

## **Paese che vai, responsabilità che trovi: il “sistema 231” italiano e la *corporate compliance* estera. \***

di **Luca Bassi** e **Matteo Morelli**

**Sommario.** **1.** La società straniera operante in Italia e la responsabilità da reato dell’ente: interviene la Cassazione. - **2.** Gli elementi essenziali della *corporate compliance* tra *FCPA*, *UK Bribery Act* e *Sapin II* - **3.** “Sistema 231” e *compliance* internazionale. - **4.** D.lgs. 231/2001 e società straniera operante in Italia: adeguare il sistema di *compliance*?

### **1. La società straniera operante in Italia e la responsabilità da reato dell’ente: interviene la Cassazione.**

A quasi vent’anni dall’affermazione normativa del ‘*societas delinquere potest*’, la Cassazione interviene su una delle zone grigie<sup>1</sup> del d.lgs. 231/2001 (in seguito anche ‘Decreto 231’) e lo fa confermando l’indirizzo della giurisprudenza di merito<sup>2</sup>: «la persona giuridica è chiamata a rispondere dell’illecito amministrativo derivante da un reato-presupposto, per il quale sussista la giurisdizione nazionale, commesso dai propri legali rappresentanti o soggetti sottoposti all’altrui direzione o vigilanza, in quanto l’ente è soggetto all’obbligo di osservare la legge italiana e, in particolare, quella penale, a prescindere dalla sua nazionalità o dal luogo ove esso abbia la propria sede legale ed indipendentemente dall’esistenza o meno nel Paese di appartenenza di norme che disciplinino in modo analogo la medesima materia anche con riguardo alla predisposizione e all’efficace attuazione di modelli di organizzazione e di gestione atti ad impedire la commissione di reati fonte di responsabilità amministrativa dell’ente stesso»<sup>3</sup>.

Tale principio di diritto è stato affermato nell’ambito di un procedimento per corruzione che vedeva imputati alcuni enti stranieri, ex art. 25 d.lgs. 231/2001, per fatti verificatisi in Roma tra il 2001 ed il 2004. In particolare, le difese, tra i motivi a cui affidavano il ricorso denunciavano come, sebbene si trattasse

---

\* *Il contributo – già pubblicato su Rivista 231, 2020, 3 – viene qui pubblicato con il consenso dell’Editore e degli Autori.*

<sup>1</sup> Così, BAFFA-CECCHINI, *Limiti spaziali di validità della responsabilità “da reato” degli enti: applicabilità del d.lgs. n. 231/2001 all’ente “italiano” per reato commesso all’estero e all’ente “straniero” per reato commesso in Italia*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 7-8.

<sup>2</sup> Cfr. Trib. Milano, 28 ottobre 2004, (ord.), Siemens AG, in [www.rivista231.it](http://www.rivista231.it).

<sup>3</sup> Così, Cass. Pen., sez. VI, 7 aprile 2020, n. 11626.

di condotte commesse in Italia da società aventi sede principale all'estero, fosse stata erroneamente ravvisata la giurisdizione dell'Autorità Giudiziaria nazionale in violazione degli artt. 20 cod. proc. pen. e 5 e 25 d.lgs 231/2001. Invero, i ricorrenti ritenevano che non si potesse muovere all'ente un rimprovero derivante da una 'colpa di organizzazione' se non nel luogo ove esso aveva il suo centro decisionale. A sostegno di tale tesi, la difesa rimarcava che la responsabilità dell'ente, sebbene oggetto di accertamento in sede penale, mantiene comunque natura amministrativa, così che la giurisdizione per l'accertamento deve essere radicata nel luogo ove si è verificata la lacuna organizzativa, inoltre, le società imputate non avevano alcuna effettiva operatività sul territorio nazionale, «limitandosi a svolgere in Italia un'attività prettamente formale».

La Cassazione, soffermandosi per la prima volta sulla responsabilità ex Decreto 231 dell'ente straniero operante in Italia con sede principale all'estero, fonda l'orientamento dianzi esposto sulla base delle seguenti considerazioni:

- con riguardo all'ambito di applicabilità, il Decreto 231 non prevede alcuna distinzione fra gli enti aventi sede in Italia e quelli aventi sede all'estero<sup>4</sup>;
- la responsabilità dell'ente, ancorché autonoma, "deriva" dal reato, ed è appunto rispetto al reato-presupposto che va apprezzata la giurisdizione, non avendo rilievo il fatto che la "colpa d'organizzazione", dunque la predisposizione di modelli non adeguati – o la mancata predisposizione, riteniamo si possa aggiungere – sia avvenuta all'estero<sup>5</sup>;

---

<sup>4</sup> «La prassi applicativa [...] aderisce pedissequamente alla tesi della coincidenza tra i criteri di radicamento della giurisdizione per la persona fisica e quella giuridica, individuando – per l'appunto – nel reato dell'apicale o del sottoposto, commesso in territorio nazionale (art. 6 c.p.), l'elemento dirimente ai fini di definire il perimetro di efficacia spaziale del [d.lgs. 231/2001]», così DI VETTA, in *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, CASTRONUOVO *et al.* (a cura di), Milano, 2019, 80. Si veda, altresì, per ulteriori riflessioni sul punto, CERQUA, *L'applicabilità del d.lgs. 231/2001 alle società estere operanti in Italia: il caso degli istituti di credito e degli intermediari finanziari*, in questa *Rivista* 2/2009, 113 ss.

<sup>5</sup> Nel medesimo motivo, sottolinea la Suprema Corte che: «coerentemente con tale impostazione, l'art. 36 del d.lgs. 231/2001 affida, al giudice penale competente per i reati dai quali essi dipendono, la competenza a conoscere gli illeciti amministrativi, inoltre l'art. 38 dello stesso decreto esprime un chiaro favore verso il *simultaneus processus* ai fini dell'accertamento del reato-presupposto e dell'illecito amministrativo da esso derivante nell'ambito dello stesso procedimento». In accordo con tale orientamento, si veda Trib. Milano, 13 giugno 2007, (ord.), UBS Limited ed altre, in *www.rivista231.it.*, nonché Trib. Milano, 23 aprile 2009, (ord.), Deutsche Bank A.G. ed altri, in *www.rivista231.it.*, ove, in particolare, si era ritenuto che «le disposizioni di cui al D. Lgs. 231/2001 sono applicabili anche nei confronti delle persone giuridiche aventi sede all'estero, qualora presupposto dell'illecito

- nel disciplinare la situazione opposta in cui il reato-presupposto sia stato commesso all'estero, nell'interesse o a vantaggio di un ente con sede principale in Italia, il disposto dell'art. 4 del d.lgs. 231/2001 conferma l'assunto secondo il quale la giurisdizione va apprezzata con riferimento al reato-presupposto<sup>6</sup>;
- la nazionalità dell'ente è irrilevante ai fini della procedibilità in ordine all'illecito amministrativo, dal momento che non v'è ragione alcuna per ritenere che le persone giuridiche siano soggette ad una disciplina speciale rispetto a quella vigente per le persone fisiche, sfuggendo ai principi di obbligatorietà e di territorialità della legge penale codificati agli artt. 3 ("la legge penale italiana obbliga tutti coloro che, cittadini o stranieri, si trovano nel territorio dello Stato, salve le eccezioni stabilite dal diritto pubblico interno e dal diritto internazionale") e 6, comma primo, cod. pen. ("chiunque commette un reato nel territorio dello Stato è punito secondo la legge italiana")<sup>7</sup>;

---

amministrativo sia un reato commesso in Italia. A dette conclusioni si giunge alla luce del combinato disposto degli artt. 36 e 4 D. Lgs. 231/2001 e dell'applicazione dei principi che governano la competenza nell'ambito del diritto penale. Invero, l'art. 36 attribuisce la competenza a decidere sulla responsabilità amministrativa dell'ente all'A.G. del luogo ove viene commesso il reato presupposto, indipendentemente dal luogo ove ha sede l'ente, sia esso in Italia che all'estero. Differentemente, l'art. 4 prevede in caso di reato commesso all'estero l'applicabilità della normativa esclusivamente all'ente avente la sede principale in Italia. Dalle suddette disposizioni si desume, pertanto che il criterio che radica la competenza è quello del luogo di commissione del reato e non di commissione dell'illecito amministrativo né di sede dell'ente e che l'art. 36 costituisce una deroga a detto principio, consentendo di procedere anche per i reati commessi all'estero ma solo nei confronti degli enti aventi la sede principale in Italia». Inoltre, le medesime considerazioni sono riprese, da ultimo, da Corte di Appello di Firenze, sez. III, 16 dicembre 2019, n. 3733, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 805.

<sup>6</sup> Invero, precisano gli ermellini come in questo modo si assoggetti «l'ente alla giurisdizione nazionale nei casi e alle condizioni previste dagli artt. 7, 8, 9 e 10 cod. pen., purché nei suoi confronti non proceda lo Stato del luogo in cui è stato commesso il fatto, realizzando una parificazione rispetto all'imputato persona fisica (fatto salvo il limite del *bis in idem* internazionale)».

<sup>7</sup> Sul punto, la Suprema Corte precisa anche che il «comma secondo dello stesso art. 6 considera commesso il reato in Italia, sottoponendolo alla giurisdizione del giudice italiano, anche qualora sia qui commessa una sola frazione dell'azione o dell'omissione o si sia qui verificato l'evento di condotta delittuosa, a maggior ragione allorché sia stato commesso in Italia (o qui debba ritenersi commesso) il reato-presupposto, componente la struttura complessa dell'illecito amministrativo. D'altronde, l'esigenza di ripristinare la legalità e l'ordine violato - che appunto sta alla base del riconoscimento della giurisdizione nazionale e della connessa istanza punitiva - non potrebbe non riconoscersi in relazione ad un illecito che discenda

- la lettura proposta dagli enti ricorrenti<sup>8</sup>, oltre a contrastare con i principi di obbligatorietà e di territorialità della legge penale, violerebbe il principio di eguaglianza<sup>9</sup>;
- al pari di “chiunque”, l’ente è tenuto a rispondere degli effetti della propria “condotta”, a prescindere dalla sua nazionalità o dal luogo ove si trova la sua sede principale o esplica in via preminente la propria operatività, qualora il reato-presupposto sia stato commesso sul territorio nazionale (o debba comunque ritenersi commesso in Italia o si versi in talune delle ipotesi nelle quali sussiste la giurisdizione nazionale anche in caso di reato commesso all’estero), all’ovvia condizione che siano integrati gli ulteriori criteri di imputazione della responsabilità ex artt. 5 e seguenti d.lgs. 231/2001<sup>10</sup>;

---

direttamente da un fatto-reato che abbia realizzato sul territorio nazionale l’offesa o la messa in pericolo del bene protetto».

<sup>8</sup> Si veda, Cass. Pen., sez. VI, 7 aprile 2020, n. 11626, 5 ss.

<sup>9</sup> Invero, ritengono i supremi giudici che, in tal modo, si realizzerebbe «una chiara - ed ingiustificata - disparità di trattamento fra la persona fisica straniera (pacificamente soggetta alla giurisdizione nazionale in caso di reato commesso in Italia) e la persona giuridica straniera (in caso di reato-presupposto commesso in Italia)».

<sup>10</sup> La Suprema Corte, inoltre, precisa che: «per tale ragione è del tutto irrilevante la circostanza che il centro decisionale dell’ente si trovi all’estero e che la lacuna organizzativa si sia realizzata al di fuori dei confini nazionali, così come, ai fini della giurisdizione dell’A.G. italiana, è del tutto indifferente la circostanza che un reato sia commesso da un cittadino straniero residente all’estero o che la programmazione del delitto sia avvenuta oltre confine. Né la soluzione ermeneutica sin qui tratteggiata - nel prevedere l’assoggettamento dell’ente straniero all’illecito amministrativo conseguente dall’omessa predisposizione di modelli organizzativi conformi a quello imposti dal decreto 6 giugno 2001, n. 231 -, può ritenersi tale da introdurre un trattamento discriminatorio fra soggetti anche giuridici comunitari in contrasto con la libertà di stabilimento stabiliti dagli artt. 43 e 48 del Trattato CE, come ventilato dalle difese. Seguendo la linea del ragionamento difensivo si dovrebbe allora ritenere che il cittadino straniero non possa essere chiamato a rispondere di un reato commesso in Italia per il solo fatto che, nel proprio ordinamento, le regole a disciplina dell’attività presidiata dalla sanzione penale siano diverse, conclusione - questa - in chiaro contrasto con i principi di obbligatorietà e di territorialità espressi dal nostro codice penale. Anzi, in senso contrario, non può non rilevarsi come l’inapplicabilità alle imprese straniere delle regole e degli obblighi previsti dal decreto n. 231 ed il conseguente esonero da responsabilità amministrativa realizzerebbe un’indebita alterazione della libera concorrenza rispetto agli enti nazionali, consentendo alle prime di operare sul territorio italiano senza dover sostenere i costi necessari per la predisposizione e l’implementazione di idonei modelli organizzativi». Sul punto, DI VETTA, in *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit. 83. Si veda, altresì, PISTORELLI, *Profili problematici della*

- l'inapplicabilità alle imprese straniere delle regole e degli obblighi previsti dal decreto n. 231 ed il conseguente esonero da responsabilità amministrativa realizzerebbe un'indebita alterazione della libera concorrenza rispetto agli enti nazionali, in quanto consentirebbe alle prime di operare sul territorio italiano senza dover sostenere i costi necessari per predisporre e implementare idonei modelli organizzativi<sup>11</sup>;
- a rinforzo dell'interpretazione proposta anche la disposizione introdotta all'art. 97-bis, comma 5, d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, con il d.lgs. 9 luglio 2004, n. 197 (in attuazione della direttiva 2001/24/CE in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi), che estende la responsabilità per l'illecito amministrativo dipendente da reato "alle succursali italiane di banche comunitarie o extracomunitarie", considerando dunque - ai fini della responsabilità ex Decreto 231 - l'aspetto dell'operatività sul territorio nazionale a discapito di quello della nazionalità o del luogo della sede legale e/o amministrativa principale dell'ente<sup>12</sup>;
- non ha rilievo il fatto, opposto dai ricorrenti, che a norma dell'art. 25 della legge 31 maggio 1995, n. 218 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato), le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa, siano disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione e dalla legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti<sup>13</sup>.

La conferma, da parte della Suprema Corte, della configurabilità in capo alla società straniera operante in Italia, con sede principale all'estero, della responsabilità ex d.lgs. 231/2001, impone all'ente straniero, che decida di affacciarsi operativamente sul bel paese e voglia farlo accertandosi di essere organizzato in maniera adeguata rispetto alla normativa nostrana, di

---

*"responsabilità internazionale" degli enti per i reati commessi nel loro interesse o vantaggio*, in questa *Rivista*, 1/2011, 19.

<sup>11</sup> Cfr. Corte di Appello di Firenze, sez. III, 16 dicembre 2019, n. 3733, cit., 808.

<sup>12</sup> Per un approfondimento sul tema, FONDAROLI, *La responsabilità dell'ente straniero per il reato-presupposto commesso in Italia. Le succursali italiane di banche "estere"*, in questa *Rivista*, 2/2014, 55 ss.

<sup>13</sup> Sottolineano gli ermellini, sul punto, che «detta disposizione ha chiaramente riguardo a profili civilistici (di regolamentazione degli aspetti costitutivi, statutari, organizzativi, operativi ecc. degli enti) e non può in alcun modo esonerare le persone giuridiche che 'si trovano nel territorio dello Stato', qualunque nazionalità esse abbiano, dall'osservare - al pari delle persone fisiche - la legge penale vigente in Italia a norma dell'art. 3, comma primo, cod. pen. e, dunque, dal rispondere degli illeciti commessi con le condotte e le attività che esse svolgano nel nostro Paese a mezzo dei propri rappresentanti e/o soggetti sottoposti all'altrui direzione o vigilanza».

verificare l'idoneità della propria struttura organizzativa anche rispetto al d.lgs. 231/2001. Invero, l'aver perfezionato i presidi richiesti dalla normativa del paese d'origine, non sarà elemento di per sé sufficiente a far valutare, *ex post*, l'adeguatezza degli stessi rispetto alla gestione del rischio-reato attesa dal legislatore italiano.

A parere di chi scrive, dunque, non ci si potrà limitare, ad effettuare una valutazione comparata dei sistemi normativi interessati, ad esempio affermando che l'essere *compliant* alla normativa del paese d'origine sia di per sé sinonimo di adeguatezza al d.lgs. 231/2001. Sul punto, rileva ricordare quanto affermato pochi mesi or sono dalla Corte d'Appello di Firenze, intervenuta in materia pronunciandosi sulla cd. "strage di Viareggio" – espressamente citata dalla Corte di Cassazione nella sentenza in esame. In particolare pare da sottolineare il passaggio in cui i giudici fiorentini, nell'affermare l'applicabilità della responsabilità italiana alle società straniere, aprono ad una «interpretazione del d.lgs. 231/2001 consistente nel valutare in concreto, al di là degli aspetti formali, se l'organizzazione adottata dall'ente era idonea per evitare la commissione del reato»<sup>14</sup>.

Pertanto, oggetto dell'*assessment* non saranno previsioni normative in astratto, ma la struttura organizzativa concretamente definita dalla società straniera. Tale attività, ovviamente, dovrà essere tracciata così come dovranno essere formalizzate le conclusioni raggiunte. A titolo esemplificativo, dovrà essere specificamente indicato il motivo per cui sia da ritenere necessaria l'adozione di un Modello organizzativo ex d.lgs. 231/2001, piuttosto che considerare tale misura ridondante rispetto alle attività di gestione del rischio già svolte dall'ente nel rispetto della normativa di origine. Invero, qualora dovesse instaurarsi un giudizio "italiano", proprio il risultato del predetto esercizio sarà la prova del fatto, ad esempio, che la mancata adozione del Modello Organizzativo di cui al d.lgs. 231/2001 sia una scelta, e come tale basata su un'attenta valutazione organizzativa, e non una censurabile lacuna.

## **2. Gli elementi essenziali della *corporate compliance* tra *FCPA*, *UK Bribery Act* e *Sapin II***

Passando all'analisi dell'ambiente normativo internazionale, del quale la società straniera sarà chiamata ad effettuare la valutazione "in concreto" di adeguatezza del proprio sistema di *compliance* rispetto al d.lgs. 231/2001, si ritiene utile focalizzare l'attenzione sul settore dell'anti-corrruzione, il cui impatto, anche a livello internazionale, è sempre più significativo. In particolare, i riferimenti si concentreranno sui principi che ispirano i "sistemi di *compliance*" dei due ordinamenti, statunitense e britannico, che risultano

---

<sup>14</sup> Così, Corte di Appello di Firenze, sez. III, 16 dicembre 2019, n. 3733, cit., 807.

essere i più attivi<sup>15</sup> dal punto di vista dell'*enforcement* della corruzione internazionale e di quello francese, per ragioni di vicinanza geografica nonché economica (trattandosi infatti di uno dei maggiori investitori in Italia<sup>16</sup>).

Partendo dall'americano *United States Foreign Corrupt Practices Act*<sup>17</sup>, e senza volersi spingere in un'analisi eccessivamente approfondita in questa sede, è possibile individuare nei seguenti punti la base<sup>18</sup> su cui, secondo le *United States Federal Sentencing Guidelines*<sup>19</sup>, dovrebbe poggiare, per essere minimamente adeguato<sup>20</sup>, un "*compliance program*":

1	<i>Standards and procedures to prevent and detect criminal conduct</i>
2	<i>Leaders understand / oversee the compliance program to verify effectiveness and adequacy of support; specific individuals vested with implementation authority / responsibility</i>
3	<i>Deny leadership positions to people who have engaged in misconduct</i>
4	<i>Communicate compliance program standards and procedures, and conduct effective training</i>
5	<i>Monitor and audit; maintain reporting mechanism</i>
6	<i>Provide incentives; discipline misconduct</i>
7	<i>Respond quickly to allegations and modify program</i>

Ulteriore riferimento è rappresentato dalle linee guida rilasciate dalla "*Criminal Division*" dello "*U.S. Department of Justice*" e dalla "*Enforcement Division*" della "*U.S. Securities and Exchange Commission*" nel 2012<sup>21</sup>, che si richiamano solo per completezza, essendo sufficiente ai nostri fini soffermarsi sul più recente documento rilasciato dalla medesima *Division*. Invero, nel 2017, la "*Fraud Section*" della "*Criminal Division*" del *Department*

<sup>15</sup> Cfr. *Global Enforcement Report*, in [www.traceinternational.org](http://www.traceinternational.org).

<sup>16</sup> Cfr. *Direct investment by counterparty country*, in [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it).

<sup>17</sup> Per un approfondito excursus storico della normativa statunitense, si veda TARUN, TOMCZAK, *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*, Chicago, 1 ss.

<sup>18</sup> Cfr. Baker McKenzie, *5 Essential Elements of Corporate Compliance*, 2018 in [www.globalcompliance.com](http://www.globalcompliance.com).

<sup>19</sup> Cfr. *United States Sentencing Commission Guidelines Manual, 2018*, in [www.ussc.gov](http://www.ussc.gov).

<sup>20</sup> «Due diligence and the promotion of an organizational culture that encourages ethical conduct and a commitment to compliance with the law within the meaning of subsection (a) minimally require the following», così *United States Sentencing Commission Guidelines Manual*, cit. 517.

<sup>21</sup> Consultabili in [www.justice.gov](http://www.justice.gov).

*Of Justice*, ha elaborato un "*Evaluation of Corporate Compliance Programs*"<sup>22</sup>, cioè una guida per il *prosecutor* chiamato a valutare il *compliance program*<sup>23</sup>. Tale documento prevede undici punti fondamentali per la costruzione e il mantenimento nel tempo di un *compliance program* adeguato:

1	<i>Analysis and remediation</i>
2	<i>Senior and middle management</i>
3	<i>Autonomy and resources</i>
4	<i>Policies and procedures</i>
5	<i>Risk assessment</i>
6	<i>Training and communications</i>
7	<i>Confidential reporting and investigation</i>
8	<i>Incentives and disciplinary measures</i>
9	<i>Continuous improvement, periodic testing, and review</i>
10	<i>Third-party management</i>
11	<i>Mergers and acquisitions</i>

Portando poi l'attenzione al Vecchio continente, in particolare su la Gran Bretagna e lo *UK Bribery Act*<sup>24</sup>, sono sei i principi<sup>25</sup> che guidano l'ente nel definire delle "procedure adeguate"<sup>26</sup> a prevenire la corruzione:

1	<i>Proportionate procedures</i>
2	<i>Top-level commitment</i>
3	<i>Risk Assessment</i>
4	<i>Due diligence</i>
5	<i>Communication (including training)</i>
6	<i>Monitoring and review</i>

Per comprendere la portata di tali principi, si riassume quanto precisato a riguardo nelle linee guida del *Ministry of Justice*: «*these principles are not prescriptive. They are intended to be flexible and outcome focussed, allowing for the huge variety of circumstances that commercial organisations find themselves in. Small organisations will, for example, face different challenges to those faced by large multi-national enterprises. Accordingly, the detail of*

<sup>22</sup> Consultabili in [www.justice.gov](http://www.justice.gov).

<sup>23</sup> Così TARUN, TOMCZAK, *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*, Chicago, 141.

<sup>24</sup> Consultabile in [www.legislation.gov.uk](http://www.legislation.gov.uk).

<sup>25</sup> Cfr. *Ministry of Justice Guidance, The Bribery Act 2010*, in [www.gov.uk](http://www.gov.uk).

<sup>26</sup> Non è mancato chi non abbia osservato come, in modo significativo, non si pretenda dall'ente la definizione ed adozione di procedure perfette ma, appunto, adeguate. In tal senso, TARUN, TOMCZAK, *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*, Chicago, 103.



*how organisations might apply these principles, taken as a whole, will vary, but the outcome should always be robust and effective anti-bribery procedures».*

Infine, venendo alle previsioni d'oltralpe, la cd. *Sapin II* impone alle società, a determinate condizioni<sup>27</sup>, di adottare dei modelli di prevenzione capaci di mitigare il rischio corruzione. In particolare, l'Agenzia Francese Anticorruzione (AFA) ha pubblicato delle linee guida<sup>28</sup> elencanti le attività che caratterizzano tali "*programme de conformité anti-corruption*", per i quali è la stessa *Sapin II* (Article 17.II) a prevedere e descrivere le otto "*mesures et procédures*" imprescindibili:

1	<i>Code of conduct</i>
2	<i>Whistleblower hotline</i>
3	<i>Regularly updated risk mapping</i>
4	<i>Due diligence and risk assessment procedures for customers, major suppliers, and intermediaries</i>
5	<i>Accounting checks</i>
6	<i>Training of directors and staff most exposed to corruption</i>
7	<i>Disciplinary sanctions Po</i>
8	<i>Internal check and assessment system regarding the implemented measures</i>

Dunque, risulta evidente come, ancorché le differenti giurisdizioni e relative *autorithies* possano descrivere e dettagliare in maniera diversa le attività da porre in essere, tutte pretendono dall'ente la gestione del rischio-corruzione e, nel fare ciò, condividono una serie di elementi essenziali che paiono riconducibili alle seguenti macro-aree: (i) *leadership*; (ii) *risk assessment*; (iii) *standards and controls*; (iv) *training and communication*; (v) *oversight*.

Per valutare se sia possibile sussumere le previsioni di cui al d.lgs. 231/2001 al di sotto degli "elementi essenziali" della *corporate compliance*, pare utile tratteggiare, senza pretese di esaustività, una breve descrizione di ciascun elemento, così che possa emergere, con maggior forza, come gli stessi

<sup>27</sup> LOI n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, Article 17.I: *Les présidents, les directeurs généraux et les gérants d'une société employant au moins cinq cents salariés, ou appartenant à un groupe de sociétés dont la société mère a son siège social en France et dont l'effectif comprend au moins cinq cents salariés, et dont le chiffre d'affaires ou le chiffre d'affaires consolidé est supérieur à 100 millions d'euros sont tenus de prendre les mesures destinées à prévenir et à détecter la commission, en France ou à l'étranger, de faits de corruption ou de trafic d'influence selon les modalités prévues au II.*

<sup>28</sup> Il riferimento è alle "*Recommandations destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme*", consultabili in [www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr](http://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr).

abbiano ampi punti di contatto con la normativa italiana e la relativa *best practice*.

- *Leadership*<sup>29</sup>: la base imprescindibile su cui andrà a poggiare qualsiasi *compliance program* / modello organizzativo / programma anti-corruzione. Invero, laddove manchi il supporto del *top management* nella gestione del rischio e nel rispetto delle regole, anche attraverso una comunicazione chiara e diffusa, l'efficacia di qualsiasi previsione interna sarebbe minata alle fondamenta. Inoltre, affinché le decisioni prese dal *management* siano sempre orientate ad una corretta gestione del rischio, risulta dirimente prevedere strumenti ed occasioni organizzative che consentano al *management* stesso di confrontarsi periodicamente con le funzioni *compliance*. Queste ultime, necessariamente, dovranno essere adeguate alle strutture in cui operano in termini di professionalità, integrità e autonomia finanziaria.
- *Risk assessment*<sup>30</sup>: tale attività è il punto di partenza per poter procedere alla definizione di procedure, modelli o programmi adeguati alla gestione del rischio "in concreto". Invero, si tratta dell'anello di congiunzione tra la teoria e la realtà. Grazie all'analisi del rischio cui è esposta l'attività aziendale *de qua*, e cioè una valutazione di tutti gli elementi che ne caratterizzano il *business*, sarà possibile adeguare le previsioni astratte – *rectius* la *best practice* – alle necessità concrete. Ovviamente, le modalità con cui l'operazione verrà svolta saranno determinanti per garantirne l'efficacia, si pensi, ad esempio, alla tracciabilità, periodicità e necessità di aggiornamento.
- *Standards and Controls*: il documento certamente più diffuso e conosciuto rispetto a tale ambito è il *code of ethics* – presente in numerose realtà, anche prive di qualsiasi altro elemento di auto-organizzazione. Si tratta,

---

<sup>29</sup> «Closing the ethical gap in an organization requires a thorough audit of top leaders' decisions and behavior. Lacking a leader who believes in ethical decision making, an organization won't behave ethically», così BAZERMAN – TENBRUNSEL, *Blind Spots – Why we Fail to Do What's Right and What to Do about it*, Princeton-Oxford, 2011, 160. Inoltre, per approfondire quanto e come l'organizzazione e la sua cultura possano incidere sull'individuo, si veda PALAZZO *et al.*, *Ethical Blindness*, in *Journal of Business Ethics*, 2013, 109, 323 ss. Si veda, altresì, sulla 'miopia organizzativa', CATINO, *Miopia Organizzativa. Problemi di razionalità e previsione nelle organizzazioni*, Bologna, 2009.

<sup>30</sup> «Companies should design custom risk-based compliance programs that consider the particular risks», così TARUN, TOMCZAK, *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*, Chicago, 148. Inoltre, rileva richiamare quanto precisato nella *Resource Guide* allo US FCPA, già citata, circa l'importanza del *risk assessment*: «Individual companies may have different compliance needs depending on their size and the particular risks associated with their businesses, among other factors. When it comes to compliance, there is no one-size-fits-all program».

infatti, a parere di chi scrive, anche della previsione meno significativa in termini di efficacia e concretezza<sup>31</sup>. Invero, non sarà sufficiente una mera dichiarazione d'intenti per plasmare l'agire concreto di un'organizzazione. Il codice etico sarà il biglietto da visita di una struttura che, per riflettere quanto ivi dichiarato, dovrà essersi dotata di codici di condotta, procedure specifiche relative alle aree di rischio (ad esempio rapporti con i pubblici ufficiali, ambito finanziario e fiscale) e strumenti di controllo interni che monitorino l'effettivo rispetto di queste previsioni.

- *Training and communication*<sup>32</sup>: formazione e comunicazione sono gli elementi che cooperano, insieme alla struttura di gestione del rischio, affinché tutti, dal *senior management* ai soggetti subordinati, siano consapevoli delle possibili criticità e dell'approccio da adottare nell'esecuzione delle proprie mansioni, con peculiare riferimento a quelle individuate dal *risk assessment* quali maggiormente sensibili. Il *training*, oltre che tenuto da soggetti esperti, è opportuno che sia periodico, strutturato in maniera tale da essere adeguato all'*audience* prevista e documentato. La comunicazione si caratterizza, invece, come uno strumento fondamentale a disposizione del *top management* per ribadire l'importanza della *compliance* all'interno dell'ente in maniera effettiva, concreta e continuativa.
- *Oversight*<sup>33</sup>: definita la struttura organizzativa sulla base del *risk assessment*, divengono fondamentali e determinanti, per la stessa adeguatezza del modello o del programma implementato, le fasi di monitoraggio, *auditing* e gestione delle violazioni. Invero, le risultanze di tali attività saranno il patrimonio informativo che consentirà l'aggiornamento delle procedure interne, nonché dei *compliance training*.

---

<sup>31</sup> A sostegno di questa affermazione, si veda il codice etico della tristemente nota Enron, titolato "*Business Ethics*", riportato in BAZERMAN – TENBRUNSEL, *Blind Spots – Why we Fail to Do What's Right and What to Do about it*, cit., 121. La lettura del documento, a fronte dei fatti accaduti, avrà un sapore alquanto amaro.

<sup>32</sup> «*Prosecutors should also assess whether the training adequately covers prior compliance incidents and how the company measures the effectiveness of its training curriculum. Prosecutors, in short, should examine whether the compliance program is being disseminated to, and understood by, employees in practice in order to decide whether the compliance program is "truly effective"*», così *Evaluation of Corporate Compliance Programs*, cit., 5.

<sup>33</sup> «*Monitoring is a commitment to reviewing and detecting compliance problems in "real time," then acting quickly to remediate them. The primary goal is to identify and address gaps in your program on a regular basis. An audit is a more limited review that targets a specific business component, region, or market sector during a particular timeframe to uncover or evaluate certain risks*», così, Baker McKenzie, *5 Essential Elements of Corporate Compliance*, cit., 17.

### 3. “Sistema 231” e *compliance* internazionale.

Venendo al “sistema 231” italiano, il legislatore non è stato particolarmente generoso nel dettagliare le attività cui è chiamato l’ente che voglia dotarsi di un Modello Organizzativo. Invero, il d.lgs. 231/2001 all’art. 6, comma secondo, prevede che i modelli – la cui valutazione di idoneità sarà svolta rispetto ai reati della specie di quello verificatosi – devono rispondere alle seguenti esigenze: (i) individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi i reati; (ii) prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l’attuazione delle decisioni dell’ente in relazione ai reati da prevenire; (iii) individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati; (iv) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell’organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l’osservanza dei modelli; (v) introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello. Inoltre, la novella normativa intervenuta nel 2017<sup>34</sup> ha aggiunto una serie di previsioni da soddisfare in materia di *whistleblowing* e, in quest’ottica, impone specifiche cautele da adottarsi a tutela del *whistleblower*.

Dal punto di vista operativo, maggior dettaglio circa le attività da porre in essere per realizzare un Modello idoneo è fornito dalle linee guida elaborate dalle associazioni di categoria, nonché dalla dottrina e la giurisprudenza. Il quadro che emerge da queste fonti è quello di un “Modello 231” che si caratterizza per un approccio basato sull’analisi del rischio della commissione dei reati-presupposto e sull’implementazione di un sistema di *compliance* capace di prevenirla, obiettivo da raggiungere attraverso una serie di passaggi che paiono largamente sovrapponibili a quelli individuati in ambito internazionale. In particolare, dopo più di quindici anni, la più efficace *summa* da richiamare circa la definizione di adeguatezza di un Modello organizzativo – da integrare con la novella normativa sul *whistleblowing* –, pare rimanere quella elaborata sulla base di una nota ordinanza del Tribunale di Milano<sup>35</sup>, diffusamente richiamata in dottrina quale “decalogo 231”<sup>36</sup>, secondo cui il Modello deve:

---

<sup>34</sup> L. 30 novembre 2017, n. 179, recante «disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell’ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato». Per un’approfondita analisi ricca di spunti operativi, si veda SANTORIELLO, *Alcune note in tema di whistleblowing. Qualche precisazione (assolutamente necessaria) ed alcuni suggerimenti operativi*, in questa *Rivista*, 1/2019, 49 ss.

<sup>35</sup> Trib. Milano, GIP., ord. 20 settembre 2004, Giud. Secchi, Soc. IVRI Holding e altre, in [www.rivista231.it](http://www.rivista231.it).

<sup>36</sup> Così, ARENA, *Il decalogo 231 del Tribunale di Milano*, in [www.reatisocietari.it](http://www.reatisocietari.it).



- (i) essere adottato partendo da una mappatura dei rischi di reato specifica ed esaustiva e non meramente descrittiva o ripetitiva del dettato normativo;
- (ii) prevedere che i componenti dell'organo di vigilanza posseggano capacità specifiche in tema di attività ispettiva e consulenziale;
- (iii) prevedere quale causa di ineleggibilità a componente dell'Organismo di Vigilanza la sentenza di condanna (o di patteggiamento) non irrevocabile;
- (iv) differenziare tra formazione rivolta ai dipendenti nella loro generalità, ai dipendenti che operino in specifiche aree di rischio, all'organo di vigilanza ed ai preposti al controllo interno;
- (v) prevedere il contenuto dei corsi di formazione, la loro frequenza, l'obbligatorietà della partecipazione ai corsi, controlli di frequenza e di qualità sul contenuto dei programmi;
- (vi) prevedere espressamente la comminazione di sanzione disciplinare nei confronti degli amministratori, direttori generali e *compliance officers* che per negligenza ovvero imperizia non abbiano saputo individuare, e conseguentemente eliminare, violazioni del modello e, nei casi più gravi, perpetrazione di reati;
- (vii) prevedere sistematiche procedure di ricerca ed identificazione dei rischi quando sussistano circostanze particolari (es. emersione di precedenti violazioni, elevato turn-over del personale);
- (viii) prevedere controlli di routine e controlli a sorpresa – comunque periodici – nei confronti delle attività aziendali sensibili;
- (ix) prevedere e disciplinare un obbligo per i dipendenti, i direttori, gli amministratori della società di riferire all'Organismo di Vigilanza notizie rilevanti e relative alla vita dell'ente, a violazioni del modello o alla consumazione di reati. In particolare deve fornire concrete indicazioni sulle modalità attraverso le quali coloro che vengano a conoscenza di comportamenti illeciti possano riferire all'organo di vigilanza;
- (x) contenere protocolli e procedure specifici e concreti.

#### **4. D.lgs. 231/2001 e società straniera operante in Italia: adeguare il sistema di *compliance*?**

Se gli *step* operativi per la progettazione di un modello idoneo "italiano", insieme con quelli necessari a consentirne l'efficace attuazione, paiono perfettamente riconducibili agli elementi identificati quali essenziali della *corporate compliance*, pare necessario svolgere una riflessione finale sull'efficacia esimente del Modello organizzativo ex d.lgs. 231/2001. Invero, la società straniera che condivida un approccio fondato sui principi di (i) analisi e monitoraggio del rischio e (ii) sviluppo di un modello o programma

di *compliance* "sartoriale"<sup>37</sup>, ben potrà avvicinarsi al d.lgs. 231/2001 con la certezza che il patrimonio informativo acquisito, nonché il *know-how* nella gestione del rischio-reato, possano essere elementi da sfruttare e valorizzare nella valutazione "in concreto", che dovrà essere svolta per verificare «al di là degli aspetti formali, se l'organizzazione adottata dall'ente» sia idonea per evitare la commissione dei reati-presupposto di cui al d.lgs. 231/2001 nell'ambito della propria operatività in Italia. Tuttavia, tale *assessment* rappresenterà 'solo' il patrimonio informativo per valutare l'opportunità, se non la necessità, di dotarsi di un Modello organizzativo "italiano", oppure ritenere che, sulla base delle risultanze emerse, i rischi siano adeguatamente presidiati e gestiti con il programma di *compliance* 'straniero' già in essere. Tale ultimo aspetto, a parere di chi scrive, sembra essere il più critico ed anche quello privo di qualsiasi certezza operativa. Invero, laddove la società straniera, a fronte del *risk assessment* svolto sulla propria operatività in Italia, ritenga necessaria l'adozione di un "Modello 231", *nulla quaestio* – si seguiranno i necessari *step* per realizzare il Modello organizzativo e si procederà, fra l'altro, alla nomina dell'Organismo di Vigilanza, così come richiesto dal d.lgs. 231/2001 (ovviamente sarà anche necessario un coordinamento tra il Modello 231 italiano e il sistema di *compliance* eventualmente già in essere a livello *global*). Invece, laddove la società ritenga di essere già dotata di un sistema di *compliance* idoneo a prevenire la commissione dei reati-presupposto, quale sarà il valore, ad esempio, di tale *compliance program, adequate procedures* o del *programme de conformité anti-corruption*? Soltanto il tempo potrà dirci se effettivamente ci sarà un giudice italiano che – nel caso in cui si apra un procedimento nei confronti di una società straniera operante in Italia che, pur priva di un Modello Organizzativo dunque anche di un OdV, abbia documentato un *risk assessment* "italiano" sulla base del quale abbia ritenuto idoneo il proprio sistema di *compliance* rispetto alla prevenzione della commissione dei reati-presupposto di cui al d.lgs. 231/2001 – valuterà «in concreto, al di là degli aspetti formali, se l'organizzazione adottata dall'ente era idonea per evitare la commissione del reato»<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> «Resta, peraltro, il fatto che solamente il modello tagliato "su misura" sia idoneo a garantire la società dai rischi "231": detto altrimenti, le cc.dd. linee-guida non assicurano alcuna automatica esenzione di responsabilità, essendo demandato al giudice penale la verifica dell'idoneità e dell'efficacia del singolo modello organizzativo, potendo egli rinvenire nel codice di comportamento di categoria esclusivamente un termine di confronto» così, FIORIO, *Presunzione di non colpevolezza e onere della prova*, in *La prova nel processo agli enti*, cit., 152.

<sup>38</sup> Così, Corte di Appello di Firenze, sez. III, 16 dicembre 2019, n. 3733, cit., 807.