

**RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI:
PROBLEMATICHE E PROSPETTIVE
DI RIFORMA A VENTI ANNI
DAL D. LGS. 231/2001**

2021 / 1-BIS

**Valorizzazione del sistema premiante previsto dal
D. Lgs. 231/2001.**

di Federica Assumma

di Federica Assumma

Abstract

I vent'anni, ormai alle porte, dall'entrata in vigore del Dlgs 231/2001 (di seguito il Decreto) inducono ad effettuare una valutazione critica, in concreto, sull'applicazione della normativa in esame ed una proposta di riforma conseguente. Il Decreto ha avuto il merito di introdurre un nuovo approccio culturale, prevedendo un meccanismo esimente connesso ad un sistema preventivo di commissione dei reati che avrebbe dovuto valorizzare lo sforzo economico e l'impegno delle aziende virtuose.

Dall'analisi della giurisprudenza emessa sull'idoneità del Modello, tale effetto premiante, purtroppo, non si è quasi mai concretizzato. Ciò che emerge dall'analisi di alcune delle cause di questo insuccesso è la mancanza di criteri di determinatezza previsti dalla norma e dalle attuali linee guida delle associazioni di categoria in relazione alle caratteristiche del modello e dei suoi contenuti specifici correlati alla prevenzione dei rischi reato. Se tale indeterminatezza può essere giustificata dalla volontà del legislatore di rispettare il diritto di libera iniziativa economica privata previsto dall'art. 41 della Costituzione ed il principio del cd. libero convincimento del giudice, dall'altro lato ciò comporta il rischio di non fornire parametri tali da poter guidare la valutazione del giudice circa l'idoneità del modello. In ciò potrebbe essere ravvisata la ragione per la quale la Giurisprudenza non sia quasi mai riuscita a riconoscere l'esimente prevista. A fronte di ciò, l'esimente che doveva essere la grande novità del Decreto, rischia di rimanere svilita.

Si pone a questo punto il quesito se tale maggiore determinatezza possa essere conseguita tramite il più efficace strumento della *Soft Law*. Il vantaggio di ricorrere alla *Soft Law* nella definizione dei contenuti del Modello comporta una maggiore concretezza, effettività e flessibilità, in termini di previsione di specifiche norme comportamentali applicabili ai singoli e diversi settori merceologici, oltreché la previsione di una più rapida procedura di aggiornamento.

L'uso della *Soft Law* nel nostro ordinamento, seppur di difficile conciliazione con il dettato costituzionale è fenomeno molto utilizzato già da diverso tempo, basti pensare ai contratti collettivi di lavoro, al Piano Nazionale Anticorruzione adottato dall'ANAC o alle Linee guida emesse da quest'ultima Autorità, alle Istruzioni della Banca d'Italia, i Formulari e le Comunicazioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, gli orientamenti interpretativi della COVIP, i provvedimenti, le Linee Guida, i pareri, le pronunce e le risposte ai quesiti del Garante per la Protezione dei dati personali, le Comunicazioni e le Risposte ai quesiti della Consob. E' opportuno ricordare anche la recente introduzione dell'art. 590 *sexies* ad opera dell'art. 6 della Legge 24/2017 cd. Legge Gelli che espressamente prevede la responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario, così come l'esperienza maturata nella Pandemia con il "Protocollo condiviso di regolazione delle misure per il contrasto ed il contenimento della diffusione del Virus Covid 19 negli ambienti di lavoro Anti Covid" del 24 aprile 2020 .

La proposta di riforma prospettata prevede una modifica del comma 3 dell'art 6 del Decreto, volta ad introdurre un chiaro riferimento a linee guida dettagliate, obbligatoriamente predisposte dalle associazioni di categoria che devono ricevere una formale approvazione del Ministero della Giustizia di concerto con i Ministeri competenti e con l'Anac.

La modifica proposta pone al centro le Linee guida delle associazioni di categoria che assumono un valore di vero e proprio indirizzo specifico e tipico del settore merceologico a cui fanno riferimento. Costituiranno, così, un importante punto di riferimento per le aziende che dovranno metterle in pratica e per il giudice che dovrà verificare la concreta attuazione delle stesse

Un'altra sinergia in ambito anticorruzione che potrebbe rendere molto più efficace l'impianto preventivo previsto dal Dlgs 231/2001 e da quello previsto dalla L.190/2012 per le pubbliche amministrazioni, potrebbe concretizzarsi nell'ipotesi di creare un dialogo condiviso tra il mondo rappresentativo delle imprese private con quello della pubblica amministrazione. Essendo i reati di corruzione a concorso necessario è indispensabile dettare regole comportamentali per i pubblici ufficiali o per gli incaricati di

pubblico servizio che siano speculari ed armonizzate con quelle del mondo privato. Le linee guida di ciascuna associazione di categoria, infine, dovranno prevedere un'apposita sezione dedicata agli enti di piccole dimensioni .

Almost twenty years have passed since the entry into force of Legislative Decree 231/2001 (hereinafter the Decree) lead, in practice, to a critical assessment of the application of the legislation in question and a proposal for a subsequent reform. The Decree has had the merit of introducing a new cultural approach, providing for an exemption mechanism linked to a system designed to prevent the commission of crimes, which should have enhanced the economic effort and commitment of virtuous companies.

An analysis of the case law on the suitability of the Model shows that unfortunately this rewarding effect has never materialized. What emerges from an analysis of some of the causes of this failure is the lack of determinative criteria required by the law and by the current trade association guidelines regarding the characteristics of the Model and its specific contents relating to the prevention of crime. If this indeterminateness can be justified by the will of the legislator to respect the principals of freedom of enterprise provided for by art. 41 of the Constitution and that of the so-called judicial discretion of the court, it also runs the risk of not providing parameters which could guide the judge in assessing the suitability of the Model. This may be the reason why the case law has almost never been able to recognize the provided exemption. In view of this, the great novelty of the Decree is likely to remain debased.

At this point, the question is whether greater determination can be achieved through the more effective tool of the Soft Law. The advantage of using Soft Law in defining the contents of the Model is that it entails greater clarity, effectiveness and flexibility, in terms of setting specific behavioral standards applicable to individual and diverse product sectors, as well as provides a faster updating procedure.

The use of the Soft Law in our legal system, although difficult to reconcile with the provisions of the Constitution, has been a long-standing phenomenon, for example, through the use of collective labor agreements, the National Anti-Corruption Plan adopted by the ANAC or the Guidelines issued by this last authority, the instructions of the Bank of Italy, the Forms and Communications of the Italian Competition Authority, the interpretative guidelines of COVIP, the provisions, Guidelines, opinions, rulings and answers to the questions of the Italian Data Protection Authority, Consob's Communications and Answers to questions. It is also worth mentioning the recent introduction of Art. 590 sexies to Art. 6 of Law 24/2017, the so-called Gelli Law, which expressly provides for negligence liability for death or personal injury in the health sector, as well as the experience gained during the Pandemic with the "Shared Protocol for the Regulation of Measures to Combat and Contain the Spread of the Covid-19 Virus in the Workplace" of 24 April 2020.

The reform proposal put forward envisages an amendment of paragraph 3 of Article 6 of the Decree, aimed at introducing a clear reference to detailed guidelines, which must be drawn up by trade associations and must be approved formally by the Ministry of Justice in agreement with the other relevant Ministries and the Anac.

The reform proposal places at the center the guidelines of the trade associations that take on a real specific and typical address value of the product sector to which they refer. They will constitute an important point of reference for the companies that will have to put them into practice and for the judge who will have to verify the concrete implementation.

Another synergy in the anti-corruption field that could make the preventive system envisaged by Legislative Decree 231/2001 and the one envisioned by Law 190/2012 for public administrations much more effective could be achieved by creating a dialogue shared between the world of private business and the public administration. Since corruption is a necessary offense, it is essential to lay down behavioral rules for public officials or persons in charge of public services that mirror and harmonize with those of the private sector.

Finally, the guidelines of each trade association must include a special section dedicated to small entities.

Sommario

1. Premessa - **2.** Valorizzazione dello strumento della *Softlaw* - **3.** La proposta di riforma - **4.** Gli Enti di piccole dimensioni - **5.** Conclusioni

1. Premessa

I vent'anni, ormai alle porte, dall'entrata in vigore del Dlgs 231/2001 (di seguito il Decreto) inducono ad effettuare una valutazione critica, in concreto, sull'applicazione della normativa in esame ed una proposta di riforma conseguente. Il Decreto ha avuto il merito di introdurre un nuovo approccio culturale, prevedendo un meccanismo esimente connesso ad un sistema preventivo di commissione dei reati che avrebbe dovuto valorizzare lo sforzo economico e l'impegno delle aziende virtuose. La "svolta modernizzatrice ed eticizzante" apportata dal Dlgs 231/2001 è un merito che le va senz'altro riconosciuto e che non può essere annullato dall'insuccesso riscontrato nella mancata applicazione del valore premiante promesso dalla norma. Dall'analisi della giurisprudenza emessa sull'idoneità del Modello, tale effetto premiante, purtroppo, non si è quasi mai concretizzato, generando un approccio pessimistico che ha comportato "il diffondersi del sospetto della totale inutilità degli sforzi di prevenzione del rischio di realizzazione dei reati, in quanto sembra prevalere la sbrigativa logica secondo cui la stessa commissione di un reato nell'ente riveli, *ex post*, l'inidoneità del Modello"¹.

Ciò che emerge dall'analisi di alcune delle cause di questo insuccesso è la mancanza di criteri di determinatezza previsti dalla norma che risulta eccessivamente stringata, non dando indicazioni puntuali e precise all'imprenditore che si è determinato ad avviare una progettualità per la predisposizione di un modello preventivo. Di ciò ne è riprova il fatto che la stessa norma demanda alle associazioni di categoria il compito di definire in modo più dettagliato le caratteristiche del modello e i suoi contenuti specifici correlati alla prevenzione dei rischi reato tramite la predisposizione di "Codici di comportamento" più comunemente detti "Linee Guida". Peraltro, tale rinvio alle linee guida è previsto dalla norma in modo facoltativo.

Ciò ha comportato il fatto che le principali e più importanti associazioni (Confindustria, Abi, Ance, Ania, Confcommercio, Asstra, Assosim) si sono attivate per redigere i documenti citati, ma molte, soprattutto le più piccole, non hanno provveduto o hanno completamente ripreso quelle predisposte da Confindustria.

Ci sono, pertanto, interi settori che non possono beneficiare di Linee Guida di categoria specifiche. In altri casi, tali linee guida non sono riuscite a tenere il passo ai numerosi interventi normativi effettuati fino ad oggi.

Se tale indeterminatezza può essere giustificata dalla volontà del legislatore di rispettare il diritto

di libera iniziativa economica privata, previsto dall'art. 41 della Costituzione ed il principio del cd. libero convincimento del giudice, dall'altro lato ciò comporta il rischio di non fornire parametri tali, da poter guidare la valutazione del giudice circa l'idoneità del modello. In ciò potrebbe essere ravvisata la ragione per la quale la Giurisprudenza non sia quasi mai riuscita a riconoscere l'esimente prevista.

A fronte di ciò, l'esimente che doveva essere la grande novità del Decreto, rischia di rimanere svilita.

Il timore legato alla possibile violazione del diritto costituzionalmente previsto di libera iniziativa economica privata, rischia di determinare la conseguenza paradossale secondo cui, tale libertà finisce per ritorcersi contro l'imprenditore stesso che non è in grado di predisporre un modello preventivo che gli assicuri un sufficiente grado di certezza in merito all'ottenimento dell'esimente.

2. Valorizzazione dello strumento della *Softlaw*

Si pone a questo punto il quesito, se tale maggiore determinatezza possa essere conseguita tramite il più efficace strumento della *Soft Law*. Quest'ultima rappresenta "un sistema di regole che si connota essenzialmente per il fatto di non essere caratterizzata dai tratti più tipici e ricorrenti della norma giuridica: l'essere parte di un ordinamento giuridico e l'essere dotata di una qualche forza vincolante o precettiva. Quanto alla provenienza, le regole di soft law possono essere il frutto delle iniziative, private o pubbliche, individuali o collettive, più diverse ed essere rivolte a soggetti assolutamente indeterminati o a categorie ben specifiche di possibili fruitori". La *Soft law* si contrappone, quindi, ai tradizionali strumenti di normazione (leggi, regolamenti) emanati da soggetti che ne hanno l'autorità (Parlamenti e Governi), i quali producono norme dotate di efficacia vincolante nei confronti dei destinatari. Il fenomeno riguarda una variegata gamma che va dai codici di autoregolamentazione adottati da organizzazioni e dai codici deontologici o simili adottati da associazioni professionali o di categoria fino alle disposizioni emanate dalle Autorità indipendenti (ANAC, Garante della Privacy, ecc) che si posizionano al confine tra la *soft law* e la normativa secondaria. La ragione del ricorso a tali tipi di norme può ravvisarsi solitamente nell'esigenza di usufruire di una disciplina più flessibile in grado di adattarsi rapidamente all'evoluzione che caratterizza la via economica o sociale. Di contro, tali normative, al pari della

normativa secondaria, non garantiscono le tutele insite nel processo di formazione della normativa primaria.

Il vantaggio di ricorrere alla *Soft Law* nella definizione dei contenuti del Modello comporta una maggiore concretezza, effettività e flessibilità, in termini di previsione di specifiche norme comportamentali applicabili ai singoli e diversi settori merceologici, oltretutto la previsione di una più rapida procedura di aggiornamento.

“Si assiste ormai “quotidianamente” al proliferare di atti e strumenti, fino a poco tempo fa assolutamente sconosciuti al mondo giuridico tradizionale, cui ricorrono con disinvoltura tutte le Istituzioni politiche, legislative e amministrative mondiali, statali e comunitarie. Siamo in presenza di una vera e propria rivoluzione del modo di intendere il fenomeno della produzione normativa, a qualunque livello essa si situi”².

Tornando alla responsabilità amministrativa degli enti, la scelta iniziale del legislatore del Decreto di far riferimento ad un sistema di *Soft Law*, ricorrendo al recepimento di discipline non legislative per formulare un giudizio di idoneità, è stata poi riconfermata in modo più deciso con l'estensione del Decreto 231 ai reati di lesioni personali ed omicidio colposo per cui è prevista una presunzione di idoneità, se i Modelli risultano conformi alle linee guida Uni Inail per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro o ai British standard OHSAS 18001:2007.

L'uso della *Soft Law* nel nostro ordinamento è fenomeno molto utilizzato già da diverso tempo, basti pensare ai contratti collettivi di lavoro, al Piano Nazionale Anticorruzione adottato dall'ANAC o alle Linee guida emesse da quest'ultima Autorità, alle Istruzioni della Banca d'Italia generalmente funzionali ad interpretare ed individuare la normazione vigente, i Formulari e le Comunicazioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, gli orientamenti interpretativi della COVIP, i provvedimenti, le Linee Guida, i pareri, le pronunce e le risposte ai quesiti del Garante per la Protezione dei dati personali, le Comunicazioni e le Risposte ai quesiti della Consob.

E' opportuno ricordare anche la recente introduzione dell'art. 590 *sexies* c.p. ad opera dell'art. 6 della Legge 24/2017 cd. Legge Gelli - Bianco che espressamente prevede la responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario “*Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma.*”

Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono

rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto.

Ancor più recente è l'esperienza maturata nella Pandemia con il Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del COVID-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 14 marzo 2020 e poi integrato il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali. A seguito, infatti, della polemica conseguente alle previsioni dell'art. 42 del Decreto legge 17 marzo 2020 n. 18 che, confermando anche per le infezioni da SARS - CoV-2, l'applicazione del principio generale in base al quale le malattie infettive, ad esclusione di quelle inquadrate come malattie professionali, contratte in occasione di lavoro sono considerate infortuni sul lavoro, ha sollevato la preoccupazione del fronte imprenditoriale per l'eventuale responsabilità del datore di lavoro connessa a possibili casi di infezione da Covid 19 contratta dai propri dipendenti. A seguito di ciò è stato necessario l'intervento dell'Inail che, con un comunicato stampa del 15 maggio 2020 e poi con una Circolare del 20 maggio n. 22, ha anticipato i contenuti poi recepiti dall'art 29 *bis* (Obblighi dei datori di lavoro per la tutela contro il rischio di contagio da COVID-19) del Decreto legge 23/2020 poi convertito con la legge 40/2020, il quale prevede che “*Ai fini della tutela contro il rischio di contagio da COVID-19, i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all'obbligo di cui all'articolo 2087 del codice civile mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del COVID-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni, e negli altri protocolli e linee guida di cui all'articolo 1, comma 14, del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, nonché mediante l'adozione e il mantenimento delle misure ivi previste. Qualora non trovino applicazione le predette prescrizioni, rilevano le misure contenute nei protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.*”

Le due ultime norme indicate fanno riferimento a linee guida e protocolli per escludere la responsabilità penale dei soggetti destinatari delle norme. Negli ultimi anni più volte, anche in riferimento a queste due previsioni normative, “si è utilizzato il termine improprio di Scudo penale

che lascia presupporre una irragionevole pretesa di impunità di soggetti certamente responsabili. Certamente più corretto è parlare di norme di indirizzo quale guida dell'interpretazione giurisprudenziale nei casi complessi. L'Auspicio più realistico è che, introducendosi nel tessuto normativo indizi di certezza del diritto – in termini di riconoscibilità del precetto e prevedibilità della risposta sanzionatoria e prospettandosi il passaggio verso un'eteronormazione, si possano in ogni caso attenuare le più macroscopiche problematiche legate all'accertamento della colpa generica, allontanando la tentazione di un pericoloso scivolamento verso la logica semplificatoria del giudizio *ex post*, per la quale – a posteriori – si può e si potrà sempre pretendere qualcosa in più da parte dei datori di lavoro⁷³.

Tale ultimo ragionamento può essere facilmente traslato alle previsioni del Dlgs 231/2001 che, come noto, “prevede un modello di imputazione strutturalmente assimilabile a quello *colposo*, in quanto imperniato sulla nozione, squisitamente normativa e “colma di istanze preventive”, di “colpa di organizzazione” (sebbene con le peculiarità legate alla differenziazione del relativo regime probatorio, a seconda che il reato base sia stato commesso da soggetti di vertice dell'organizzazione o loro sottoposti). Infatti, il nucleo del “rimprovero” mosso all'ente per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio da soggetti *ex lege* qualificati, risiede proprio in un *deficit* oggettivo di organizzazione in chiave preventiva⁴⁷.”

3. La proposta di riforma

La proposta di riforma che si espone, vuole valorizzare e sfruttare ciò che di positivo c'è già nella norma, prendendo in considerazione soprattutto le Linee guida delle Associazioni di categoria. Il tutto migliorato da un approccio critico che nasce dall'esperienza maturata nel corso di questi vent'anni in cui la cultura etica della gestione aziendale è andata evolvendosi in modo sostanziale, anche grazie all'adeguamento alle previsioni del Dlgs 231/2001 con il supporto dei contenuti delle Linee guida citate. E' importante soffermarsi sul valore aggiunto apportato dal Decreto nella cultura aziendale italiana, facendo, altresì da apripista a tutti i sistemi preventivi cd di *Compliance* che si sono sviluppati e diffusi negli anni a seguire e che condividono un medesimo *framework* di riferimento. Si pensi, a titolo esemplificativo, al Codice Privacy del 2003, poi aggiornato nel 2018 a seguito dell'entrata in vigore del GDPR, alla normativa antiriciclaggio del 2007, al Decreto legislativo 81/2008 sulla

Sicurezza e salute sui luoghi di lavoro, al Piano Nazionale Anticorruzione introdotto dalla Legge 190 del 2012, ecc. La cultura della *Compliance* si è sviluppata negli ultimi 20 anni, grazie anche alla spinta europea ed ha avuto il grande merito di diffondere principi quali la segregazione delle funzioni, il controllo interno, la tracciabilità delle operazioni, i criteri di organizzazione, ordine, definizione e formalizzazione di processi aziendali, che, prima del 2000, erano lasciati, per la gran parte, in balia delle prassi che venivano, talvolta, trasmesse oralmente tra colleghi.

L'evoluzione e l'applicazione in concreto dei sistemi di *Risk assessment*, della cultura del controllo, della valutazione critica dei propri processi aziendali e dei conseguenti comportamenti con la volontà di poterli migliorare e renderli conformi ad un'etica che mira al rispetto del bene comune, fanno oggi parte del sentire di molte aziende. Tutto ciò vent'anni fa era fantascienza. Si pensi, ad esempio, all'ambito ambientale, al concetto di sostenibilità o sviluppo sostenibile, entrato nel nostro linguaggio comune solo da qualche anno ma che vede i suoi albori già negli anni '70 – '80. L'impegno attuale in materia da parte di molte società o gruppi nasce, realmente, solo di recente, quando la valutazione critica delle proprie attività e dei comportamenti aziendali rispetto a criteri di riferimento volti al bene comune ed al miglioramento globale, hanno preso il sopravvento sulla cultura fortemente individualista, volta solo ed esclusivamente al raggiungimento di obiettivi di maggior ricavo che regnava nei decenni passati.

Negli stessi termini, non si può pensare, ad esempio, di ridurre i fenomeni corruttivi, utilizzando la “sanzione penale” nei confronti degli enti, senza andare ad analizzare e valutare in profondità se vi è stato un percorso di analisi critica delle proprie attività ed una volontà di miglioramento attuata in concreto. L'analisi della realizzazione del reato eventualmente verificatosi, va considerata non dando per scontato che, se lo stesso è stato realizzato, il modello non ha funzionato. E' necessario, poi, riflettere sul fatto che l'applicazione delle sanzioni interdittive che, per loro natura, possono essere tutte riconducibili inevitabilmente alla morte della Società, arreca un danno concreto non solo all'imprenditore in se, ma ad una collettività diffusa riconducibile ai dipendenti, ai fornitori, alle loro rispettive famiglie ed all'indotto in genere che ruota intorno all'attività aziendale in esame.

E necessario, perciò, recuperare ciò che di positivo si è prodotto in questi anni dall'applicazione della norma ed andare a modificare ciò che non ha funzionato.

L'art. 5 del Decreto prevede l'esonero della responsabilità se l'ente, prima della realizzazione del fatto ha adottato ed efficacemente attuato un Modello di Organizzazione e Controllo idoneo a prevenire i reati. Al momento i concetti di idoneità e di efficace attuazione sono elementi lasciati alla valutazione del giudice sulla base di criteri di prevedibilità ed evitabilità che sono assolutamente generici e suscettibili di arbitraria interpretazione, se non ancorati ad elementi oggettivi che devono trovare fondamento in analisi specifiche di settore. "Non avendo il legislatore delineato il contenuto dei modelli organizzativi, il giudice potrebbe, infatti, stigmatizzare la mancata adozione da parte dell'ente di cautele organizzative previamente non riconoscibili o, persino, ignote per l'ente perché consolidatesi solo successivamente alla commissione del reato o perché enucleate dal giudice solo in sede processuale"⁵ "Nessuno può dubitare, perciò dell'utilità, se non della necessità, di avere una "casa comune", che consenta di individuare criteri condivisi sia dagli enti, che intendono adeguarsi alla normativa, sia ai magistrati che sono chiamati a formulare i giudizi di cui abbiamo parlato"⁶. Risulta difficile per l'impresa essere sottoposta a giudizio sull'idoneità del proprio Modello organizzativo senza avere parametri certi e definiti in regole di condotta espresse da fonte normativa primaria o secondaria. Gli artt. 6 e 7 del Decreto evidenziano il contenuto tipico minimale dei modelli, ma non individuano in modo chiaro e preciso le fonti da cui estrarre idonee prescrizioni organizzative. Ogni ente è, infatti, tenuto ad adottare un modello organizzativo proprio, costruito sulla base delle attività svolte e dalle peculiarità tipiche del settore di riferimento, così come dalle dimensioni e dalla natura dell'impresa.

La proposta di riforma prospettata prevede la modifica del comma 3 dell'art. 6 del Decreto.

In particolare, la nuova formulazione potrebbe essere così definita: "I modelli di organizzazione e di gestione devono essere adottati, garantendo le esigenze di cui al comma 2, sulla base di Linee guida obbligatoriamente redatte dalle associazioni rappresentative degli enti, comunicate al Ministero della giustizia che, di concerto con i Ministeri competenti e con l'ANAC, ciascuno per gli aspetti di competenza, deve dare un visto di approvazione delle linee guida o formulare, entro trenta giorni, osservazioni sulla idoneità delle stesse. Nel caso di osservazioni, le associazioni di categorie entro sessanta giorni devono approfondire le osservazioni proposte e provvedere a definire quanto richiesto. Le linee guida devono prevedere una Parte generale ed un Parte Speciale. La Parte Generale deve,

preliminarmente, rilevare un quadro completo di eventuali parametri normativi o regolamentari del settore merceologico di riferimento e trattare e definire gli elementi del Modello organizzativo così come previsti dal comma 2 dell'art. 6. In particolare: a) criteri e metodologie per effettuare la mappatura delle aree di rischio; b) indicazioni in merito all'idonea composizione dell'Organismo di vigilanza ed ai criteri di funzionamento; c) parametri per la predisposizione di un sistema idoneo di flussi informativi verso l'Organismo di vigilanza, compreso il canale di Whistleblowing; d) puntuale definizione dei cd "protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire"; e) regole applicabili ai gruppi di imprese ed alle imprese di piccole dimensioni, determinando anche un criterio univoco sulla definizione di "piccole dimensioni". Nella Parte Speciale dovranno essere analizzati i rischi connessi alle attività peculiari dello specifico settore merceologico e proposti dei principi etici e di controllo utilizzabili dagli associati nella redazione dei propri modelli organizzativi. Le linee guida dovranno essere revisionate ogni due anni e tempestivamente aggiornate ad ogni modifica normativa. In fase di prima attuazione, le associazioni di categorie dovranno provvedere alla predisposizione di Linee guida conformi al dettato normativo nel termine di sei mesi dall'entrata in vigore della norma. Il visto di approvazione delle stesse da parte del Ministero della Giustizia di concerto con i Ministeri competenti e con l'ANAC dovrà essere rilasciato entro tre mesi dall'invio delle Linee Guida da parte delle Associazioni di categoria".

La modifica proposta pone al centro le Linee guida delle associazioni di categoria che assumono un valore di vero e proprio indirizzo specifico e tipico del settore merceologico a cui fanno riferimento. Costituiranno, così, un importante punto di riferimento per le aziende che dovranno metterle in pratica e per il giudice che dovrà verificare la concreta attuazione delle stesse. Le associazioni di categoria, dovranno istituire Tavoli di lavoro permanenti per settore merceologico, dove poter far partecipare le rappresentanze di tutti gli associati, oltre ad esperti qualificati, di volta in volta interpellati per analizzare problematiche specifiche al fine di discutere, redigere ed aggiornare un documento che possa diventare guida nella conduzione etica delle specifiche attività. Tale documento dovrà essere messo a disposizione sui siti delle associazioni in consultazione per 30 giorni, al fine di ricevere eventuali criticità e/o proposte migliorative, non solo dalle associate che dovrebbero essere già rappresentate nel Tavolo, ma

anche dagli operatori della *compliance* esterni che potrebbero offrire un valore aggiunto alle soluzioni proposte. Le linee guida dovranno essere costituite, utilizzando lo schema vigente di molte associazioni tra cui Confindustria, da una Parte generale e da una Parte speciale. Nella prima verranno analizzati ed approfonditi i principali elementi previsti dall'art. 6 comma 2: la mappatura delle attività o processi a rischio con evidenza delle metodologie più idonee da utilizzare, la definizione chiara di cosa si intende per "protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire", il Codice etico, il Sistema disciplinare, l'Organismo di vigilanza (di seguito ODV), a cui dovrà essere dedicata una sezione apposita con approfondimenti specifici in merito ai poteri, ai compiti, alle attività di controllo minime da effettuare, alle possibili metodologie da utilizzare per condurre le attività di monitoraggio ed ai flussi informativi verso l'Organismo di vigilanza. Dovrà essere prevista anche la regolamentazione dei modelli organizzativi per gli enti di piccole dimensioni, di cui si parlerà in seguito, e per i gruppi di impresa. Se da un lato, i gruppi devono prevedere modelli separati ed autonomi per singola società, caratterizzati dalla specificità delle attività svolte da ciascuna, dall'altro devono avere un sistema di modelli necessariamente coordinato e armonizzato soprattutto nelle regole comportamentali presenti nel Codice etico, nei protocolli, policy e procedure, onde evitare situazioni di schizofrenia nella regolamentazione di insieme.

Nella Parte speciale dovranno essere analizzati i processi comuni a tutte le imprese (amministrazione, bilancio, fiscale, personale, legale, ecc) e quelli caratteristici del settore merceologico di riferimento. Per questi ultimi dovrà essere prevista un'analisi specifica con indicazioni operative e concrete per consentire alle società di comprendere, in modo chiaro, il confine tra comportamenti leciti ed illeciti, consentiti o vietati, opportuni, sconsigliati o rischiosi. Farindustria e Confindustria dispositivi medici, sono tra quelle associazioni che maggiormente si sono spinte nella direzione che si propone. L'esigenza maggiore delle imprese, nel momento in cui si trovano a predisporre o ad attuare un modello organizzativo, è comprendere quando ed in che modo, le loro attività siano illecite o possano rappresentare un rischio alto di possibile commissione di reato.

Nelle attività aziendali ordinarie, molto spesso, vi sono alcuni aspetti che possono presentare delle criticità in termini di rischiosità, a cui spesso il sentire comune non ha dato il giusto rilievo. A tal proposito si può far riferimento a note inchieste giudiziarie di alcuni decenni fa, denominate

"Tangentopoli", "Sanitopoli", ecc in cui emerse una completa assenza della percezione del disvalore sociale di certi comportamenti molto diffusi, che erano entrati a far parte dell'ordinaria conduzione dell'attività di impresa. Spesso la mancanza di percezione del disvalore sociale di alcune pratiche quotidiane è supportata dalla convinzione che "il così fan tutti" renda lecito ciò che lecito non è.

Nel mondo farmaceutico e biomedicale, ad esempio, si pone spesso l'interrogativo sul limite del lecito di alcune attività tipiche quali ad esempio l'organizzazione di eventi scientifici o l'invito dei medici alla partecipazione degli stessi, le borse di studio, le donazioni, gli atti di liberalità, ecc. E' evidente che le attività citate sono tutte attività considerate potenzialmente strumentali alla corruzione, in quanto rappresentanti una possibile "altra utilità" della corruzione stessa, ma quali sono gli esatti confini entro cui è possibile portare avanti queste attività ?

Nelle linee guida di Farindustria e Confindustria dispositivi medici vengono individuati alcuni criteri da seguire: programma dell'evento dettagliato, orari da rispettare nell'organizzazione dei voli, nella classe aerea da acquistare, nella selezione della tipologia di hotel da offrire, enti a cui è possibile elargire una donazione, documentazione da richiedere e conservare, a fronte di una richiesta di liberalità, bando per l'erogazione di una borsa di studio, ecc, ma nessuno garantisce che il rispetto di tutti questi criteri possa esonerare le imprese citate da una possibile contestazione di corruzione. Prevedere a livello di associazione di categoria, criteri comportamentali correlati ai vari processi/attività a rischio che permettano di indirizzare le condotte di lavoro quotidiano nell'ambito del lecito, consentirebbe di sviluppare una maggior consapevolezza dell'eticità delle attività di quello specifico settore merceologico ed evitare forme di discriminazione nei confronti di quelle imprese etiche che desiderano osservare comportamenti leciti nelle proprie attività lavorative. Il fenomeno discriminatorio citato ha rappresentato un'altra criticità riscontrata, soprattutto nei primi anni di applicazione della norma. Le prime aziende che si sono attivate per redigere ed attuare Modelli organizzativi con regole comportamentali anticorruptive hanno dovuto subire, almeno nel breve periodo, lo svantaggio di essere discriminate ad opera di aziende *competitor* meno etiche.

Elaborare linee guida condivise per ambito merceologico, significherebbe effettuare un *self assessment* di settore, consentendo ad intere categorie merceologiche un cambiamento culturale significativo.

Un'altra sinergia in ambito anticorruzione, che

potrebbe rendere molto più efficace l'impianto preventivo previsto dal Dlgs 231/2001 e da quello previsto dalla L.190/2012 per le pubbliche amministrazioni, potrebbe concretizzarsi nell'ipotesi di creare un dialogo condiviso tra il mondo rappresentativo delle imprese private con quello della pubblica amministrazione. Essendo i reati di corruzione a concorso necessario è indispensabile dettare regole comportamentali per i pubblici ufficiali o per gli incaricati di pubblico servizio che siano speculari ed armonizzate con quelle del mondo privato. A motivo di ciò, si ritiene indispensabile far partecipare ai Tavoli delle associazioni di categoria, rappresentanti dell'Anac. Le previsioni del Piano Nazionale Anticorruzione emanato, con cadenza triennale, dall'Anac, infatti, hanno finalità analoghe e speculari al Modello organizzativo ex Dlgs 231/2001.

4. Gli Enti di piccole dimensioni

Un'attenzione particolare va dedicata agli enti di piccole dimensioni. Il primo punto fondamentale da regolamentare e chiarire è la definizione di Ente di piccola dimensione che, così come enunciato nel Decreto, non sembra sinonimo dell'espressione, utilizzata in altri contesti, di Piccole e medie imprese (PMI). I criteri utilizzati nella definizione di PMI fanno riferimento a parametri economico-patrimoniali con fissazione di soglie di rilevanza espresse dai limiti dell'attivo, dei ricavi e del passivo o parametri dimensional-produttivi. Il riferimento previsto dal Decreto "è un concetto di sintesi e di portata descrittiva, connotato da evidente genericità e privo di qualsiasi esplicitazione o collegamento diretto a parametri economico-giuridici."⁷⁷

L'unica previsione del Legislatore del Decreto, in relazione agli enti di piccole dimensioni, è riscontrabile nel comma 4 dell'art 6, in occasione dell'identificazione dell'Organismo di vigilanza, nell'organo direttivo. La motivazione di ciò potrebbe essere rinvenuta nella stessa Relazione accompagnatoria al d.lgs. 231, da cui si evince che la riforma è calibrata su "soggetti a struttura organizzata e complessa", caratterizzati dal tipico modello manageriale verticistico, come dal fenomeno della frantumazione dei poteri decisionali su base orizzontale, oltre all'esercizio di poteri e funzioni in via fattuale. L'attuazione, in concreto, del Decreto ha dimostrato che nelle grandi e medie imprese i modelli di organizzazione, gestione e controllo sono stati adottati, seppur, talvolta, con ritardo rispetto all'entrata in vigore della norma. Nelle imprese di piccole dimensioni, invece, che peraltro sono una percentuale altissima nel nostro paese, il Decreto è stato per la gran parte ignorato, talvolta,

ancora oggi, non conosciuto. "Autodeterminarsi ad adottare un idoneo *Compliance program* costituisce scelta economicamente impegnativa. Sotto vari profili: per il costo dell'intervento elaborativo del Modello "231", per l'impatto dello stesso sull'assetto organizzativo e funzionale dell'ente, per l'appesantimento gestionale ed amministrativo, non coerente con il frequente accentramento del potere decisionale, per l'onerosità dell'implementazione (si pensi alle necessarie azioni di internalizzazione, esternalizzazione e formazione continuativa del personale di ogni livello gerarchico), per la dotazione economica dell'Organismo di Vigilanza (in termini di compenso professionale e di *budget* destinato per ciascun esercizio sociale). Tali ricadute hanno fortemente condizionato la libertà di conformazione, costituendo un "credibile" alibi per coloro i quali - nella specie, le imprese minori - hanno ritenuto di abdicare, magari temporaneamente, all'attivazione organizzativa in chiave anti-reato⁸⁷.

In questi anni di applicazione della norma, diversi sono stati i procedimenti penali che hanno interessato società di questo tipo. Le imprese di piccole dimensioni sono, nella maggior parte dei casi, padronali, ciò comporta la coincidenza di interesse e vantaggio tra persona giuridica e persona fisica "titolare" o "proprietaria" dell'azienda. "La compenetrazione tra l'ente e la persona fisica che ha agito in maniera criminosa - spesso lo stesso imprenditore- è così forte che diventa difficile escludere la responsabilità dell'ente che finisce per identificarsi ontologicamente con chi ha agito materialmente⁹⁷". E' sicuramente necessaria una modifica normativa del citato comma 4 dell'art. 2 che dovrebbe, non solo definire il concetto di impresa di piccola dimensione, come già evidenziato, ma stabilire eventuali criteri di semplificazione dei modelli di questa tipologia di impresa, oltreché eliminare l'ipotesi dell'identificazione dell'Organismo di vigilanza nell'organo direttivo. In relazione a quest'ultimo punto la previsione è piuttosto pericolosa oltre che inefficace. Il doppio ruolo di controllante/controllato, il conflitto d'interessi insito nella posizione, l'impossibilità di autocontrollarsi rendono la norma praticamente inefficace.

Non sembra possibile, né opportuno, eliminare, in un'ottica di semplificazione, alcuni elementi tipici del Modello, in quanto tutti funzionali al raggiungimento dell'obiettivo finale ravvisato nella prevenzione della commissione dei reati. Metodologie semplificate per l'identificazione delle attività a rischio, previsione di norme comportamentali contenute in codici etici e specifici protocolli correlati a ciascuna attività a rischio, ad opera delle Linee guida delle singole associazioni di categorie,

potrebbero essere un primo passo verso la presa di consapevolezza da parte di questi imprenditori dei rischi connessi alle attività di impresa tipiche del settore di riferimento. E' evidente che "in fase di elaborazione dei Protocolli, le tipiche azioni di scomposizione dei processi aziendali in sequenze routinarie, la segregazione dei poteri, delle funzioni e dei ruoli, la standardizzazione dei comportamenti richiesti, l'implementazione di sistemi di checking, raramente troveranno spazio in un sistema organizzativo contraddistinto dalla centralizzazione dei poteri, dal numero limitato delle risorse umane e dalla tendenziale carenza di sistemi di gestione e controllo. Difettando un *habitat* uniformato alla *compliance* ed alla legalità, riveste assoluta priorità l'adeguata azione di formazione, a tutti i livelli, oltre alla sensibilizzazione del vertice ad un approccio assertivo, capace di cogliere nell'adeguamento al d.lgs. 231 una preziosa opportunità, più che la forzosa soggezione a "lacci e laccioli"¹⁰. L'intervento del Legislatore potrebbe mirare anche a prevedere concrete forme di agevolazione fiscale o contributiva rivolta alle imprese di piccole dimensioni in modo da alleggerire l'impatto economico. Tale soluzione potrebbe essere traslata dalle previsioni della norma in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro .

5. Conclusioni

La necessità di una riforma puntuale del Dlgs 231/2001, non solo in relazione agli aspetti oggetto della presente trattazione, è un'esigenza condivisa già da molti anni dalla dottrina¹¹, ma anche e soprattutto dalle imprese che devono attuare le previsioni della norma stessa. Le potenzialità della norma, per poter emergere concretamente, esigono una accurata rivisitazione di diversi aspetti critici che nel corso del ventennio dalla sua entrata in vigore, si sono palesati, grazie anche alla sua reale attuazione.

Nel corso degli anni vi sono stati diversi tentativi di riforma del Decreto. Si ricorda, a titolo esemplificativo, il Progetto presentato nel 2010 in occasione del convegno organizzato dall'AREL, dall'allora Ministro della Giustizia, Onorevole Alfano, così come la proposta di legge presentata, sempre nel 2010, dall'Onorevole Della Vedova che, però, non sono andati a buon fine.

Nel 2016 l'Associazione degli Organismi di vigilanza ex Dlgs 231/2001 (AODV231) ha formulato una Proposta di Riforma che "propone la modifica dei criteri di ascrizione della responsabilità da reato degli enti, la rivisitazione dello "statuto" dell'organismo di vigilanza, la ricalibratura dei presupposti della confisca e del connesso

sequestro preventivo. Ispirata dall'intenzione di evitare stravolgimenti strutturali e di privilegiare, al contrario, taluni interventi "chirurgici" sul testo di legge, AODV231 si è astenuta tanto dal provare a sciogliere tutti i nodi controversi, concentrando i propri sforzi solo sulle criticità più emblematiche, quanto dal produrre soluzioni di rottura, originali quanto si vuole, ma che avrebbero rischiato di compromettere la funzionalità del testo e di smarrire gli operatori, ormai abituati ad acquisizioni che hanno dato buona prova di sé".

Proposte di miglioramento sono state elaborate anche dalle associazioni di categoria.

Nel 2014 Confindustria, nell'aggiornare alle nuove fattispecie di reato le proprie Linee Guida, ha apportato alcune significative innovazioni, determinate dalla necessità di adeguare il precedente testo alle novità legislative, giurisprudenziali e della prassi applicativa nel frattempo intervenute. Sono state integrate tanto la Parte Generale, quanto la Parte Speciale. Quest'ultima è stata arricchita da *case study* per approfondire i reati presupposto, introducendo una metodologia per agevolare gli operatori. "A prescindere da tali elementi di novità, il profilo più rilevante delle nuove Linee Guida pare comunque rappresentato dall'interesse ed attenzione sempre maggiore che la principale organizzazione imprenditoriale manifesta verso la disciplina della responsabilità da reato degli enti collettivi. Le nuove Linee Guida sembrano segnare, da parte della principale associazione di categoria, un approccio alla tematica della responsabilità di reato delle persone giuridiche assolutamente diverso rispetto a quanto era stato possibile finora riscontrare. Per lungo tempo, infatti, la disciplina presente nel decreto del 2001 era stata letta e considerata da Confindustria in chiave meramente sanzionatoria, con l'adozione di un approccio prevalentemente «difensivo», senza coglierne l'aderenza ad un sistema di valori etici e di efficienza che deve contrassegnare l'attività imprenditoriale: di conseguenza, anche nei documenti contenenti le Linee Guida del 2001 e del 2008 agli imprenditori il contenuto del d.lgs. 231/2001 veniva illustrato con riferimento a quali strumenti ricorrere per evitare una risposta punitiva da parte dello Stato, senza minimamente suggerire che l'applicazione in azienda della relativa disciplina potesse essere un'occasione, una modalità per ottimizzare il funzionamento e la redditività dell'impresa. Nel documento del 2014, invece, la lettura della disciplina è radicalmente modificata. Tale innovativa impostazione è particolarmente evidente nella trattazione dedicata alla redazione e predisposizione dei Modelli organizzativi¹²."

"Il Modello viene ricostruito intorno alla nozione

di «prevenzione dei rischi da reato» e questa novità segna il passaggio rispetto alla precedente impostazione: se originariamente la redazione del *compliance program* era funzionale solo ad evitare l'applicazione delle sanzioni, oggi la Confindustria espressamente qualifica la commissione del reato da parte di un soggetto appartenente ad una società come un rischio per l'efficienza della società stessa e da ciò deriva l'esigenza di prevenire la commissione dell'illecito¹³.

Nel 2019 è stato pubblicato il documento intitolato «*Principi consolidati per la redazione dei Modelli organizzativi e l'attività dell'Organismo di Vigilanza e prospettive di revisione del d.lgs. 231/2001*» redatto da un gruppo di lavoro multidisciplinare (Consiglio Nazionale Dottori Commercialisti e degli esperti contabili, Confindustria, Consiglio Nazionale Forense ed Abi). In tale documento «si intravedono i principali meriti dell'iniziativa: quello di aver instaurato un dibattito potenzialmente aperto a tutti gli operatori, di aver coinvolto enti altamente rappresentativi, di aver superato pregiudizi o interessi di categoria e soprattutto di aver condiviso la necessità di una convergenza di competenze diverse: si potrebbe dire, in questo senso, che il documento costituisce ora un'autorevole sintesi attualizzata delle posizioni (prospettate in teoria

o emerse nella prassi) sui temi affrontati, il cui pregio può e deve essere colto dalle aziende in sede di implementazione o aggiornamento del Modello e di istituzione e funzionamento dell'Organismo di Vigilanza¹⁴».

Sempre nel 2019, il gruppo di lavoro della Giunta Assonime ha elaborato un documento intitolato «Prevenzione del rischio di reato: la disciplina 231/2001 e le politiche di contrasto dell'illegalità nell'attività d'impresa» (Documento 5/2019) il cui obiettivo è «fornire un contributo di proposte finalizzato a: (i) promuovere il valore della funzione di prevenzione e dell'auto-organizzazione, tenendo conto dell'evoluzione della *compliance* e dei sistemi di controllo all'interno delle imprese; (ii) recuperare l'efficienza della funzione premiale prevista dalla disciplina 231, attraverso una più specifica individuazione delle cautele organizzative su cui si fonda la ricostruzione della colpa dell'ente».

La volontà condivisa dei diversi protagonisti in gioco di migliorare e valorizzare le potenzialità del sistema previsto dal Decreto, porta ad augurare che, in occasione del compimento del ventesimo anno della norma, si realizzi la concreta possibilità di una riforma volta a compendiare ed a sanare tutte le criticità emerse nel corso di questi anni.

1 V. MONGILLO *Il giudizio di idoneità del Modello organizzativo ex D.lgs 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *La Responsabilità Amministrativa delle Società e degli Enti* n.3/2011, p.71

2 L. PIERO *Il Soflaw*, Dottorato di ricerca in «Diritto ed Economia» Università degli Studi Federico II di Napoli Pag. 3

3 C. CUPELLI *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio da contagio da Covid - 19: un reale ridimensionamento della colpa?* In *Sistema Penale* «Opinioni 15 giugno 2020» www.sistemapenale.it

4 V. MONGILLO, *cit.* p. 70

5 A. BASSI – F. D'ARCANGELO, *Il Sistema della Responsabilità da reato dell'ente* Giuffrè Francis Lefebvre, 2020 p. 175.

6 B. ASSUMMA, *Il ruolo delle linee guida e della best practice nella costruzione del modello di organizzazione e gestione e nel giudizio di idoneità di esso*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n.4/2010 Pag. 194 .

7 S. BARTOLOMUCCI, *Sulla configurabilità del(fantomatico) Modello organizzativo ex D.lgs 231/2001 dedicato alle PMI*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n. 2/2010 pag. 97

8 S.BARTOLOMUCCI, *cit.*, pag. 93

9 C. SANTORIELLO, *I modelli organizzativi richiesti dal Dlgs 231/2001 e PMI. Una riflessione alla luce delle indicazioni di Confindustria*, in *La Responsabilità amministrativa ed elle società e degli enti*, 1/2015 1 p.186

10 S.BARTOLOMUCCI, *cit.* pag. 103

11 Si evidenzia in tal senso, D. PIVA, *Presunzioni di colpa e onere della prova dell'ente: ragioni e spunti per una riforma dell'art. 6 d.lgs. 231/2001*, *La Responsabilità amministrativa ed elle società e degli enti*, 4/2018.

12 C. SANTORIELLO, *cit.* pag. 180

13 C. SANTORIELLO, *cit.* pag. 181

14 D. PIVA, *Qualche riflessione a margine del documento Cndcec, Confindustria, Cnf-Abi: suggerimenti per le aziende su costruzione dei modelli e organismo di vigilanza nell'ottica della difesa in giudizio*, in *La Responsabilità amministrativa ed elle società e degli enti*, 3/2019.

 **GIURISPRUDENZA PENALE**