GIURISPRUDENZA PENALE

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

2021/1-BIS

A CURA DI
GUIDO STAMPANONI BASSI

Iniziativa organizzata dalla rivista **Giurisprudenza Penale** in collaborazione con il **Gruppo 24 Ore**, con il patrocinio del **Ministero della Giustizia** e con il patrocinio/la collaborazione dell'**Università Bocconi,** del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'**Alma Mater Studiorum Università di Bologna**, del Dipartimento di Giurisprudenza dell'**Università degli Studi di Brescia**, del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'**Università degli Studi di Firenze**, del Dipartimento di Giurisprudenza dell'**Università degli Studi di Foggia**, del Dipartimento di Giurisprudenza dell'**Università degli Studi di Genova**, del Dipartimento di Giurisprudenza dell'**Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia**, del Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze Umane dell'**Università degli Studi "Mediterranea" di Reggio Calabria**, del Dipartimento di Giurisprudenza dell'**Università degli Studi Roma Tre**, del Dipartimento di Giurisprudenza dell'**Università degli Studi di Torino**, dell'**Università degli Studi di Udine** e del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'**Università degli Studi di Verona**.
I contributi pubblicati nel fascicolo sono stati selezionati – in forma anonima – da un **Comitato Scientifico** così strutturato:

Coordinatore del Comitato Scientifico e curatore dell'iniziativa:
– Avv. Guido Stampanoni Bassi (*Avvocato del foro di Milano, direttore della rivista Giurisprudenza Penale, componente dell'osservatorio "Corte Costituzionale" dell'Unione delle Camere Penali Italiane*).

Componenti del Comitato Scientifico:
– Prof. Roberto Bartoli *(Ordinario di Diritto Penale – Università di Firenze)*
– Avv. Luca Bassi *(Avvocato del foro di Milano)*
– Prof. Avv. Hervé Belluta *(Associato di Diritto Processuale Penale – Università di Brescia)*
– Dott. Sergio Beltrani *(Consigliere – Corte di Cassazione)*
– Prof. Avv. Alessandro Bernasconi *(Ordinario di Diritto Processuale Penale – Università di Brescia)*
– Prof. Avv. Riccardo Borsari *(Associato di Diritto Penale – Università di Padova)*
– Dott. Renato Bricchetti *(Presidente di Sezione – Corte di Cassazione)*
– Prof. Avv. Massimo Ceresa-Gastaldo *(Ordinario di Diritto Processuale Penale – Università Bocconi)*
– Prof. Avv. Federico Consulich *(Associato di Diritto Penale – Università di Genova)*
– Prof. Avv. Luigi Cornacchia *(Associato di Diritto Penale – Università di Bergamo)*
– Dott. Roberto Crepaldi *(Giudice – Tribunale di Milano)*
– Prof. Cristiano Cupelli *(Associato di Diritto Penale – Università Tor Vergata di Roma)*
– **Dott. Prof. Emanuele D'Innella** *(Dottore Commercialista, Revisore Legale)*
– Dott.ssa Annalisa De Vivo*(Dottore Commercialista, Revisore Legale)*
– Prof.ssa Ombretta Di Giovine *(Ordinario di Diritto Penale – Università di Foggia)*
– **Avv. Anna Doro** *(Avvocato, General Counsel)*
– Prof. Avv. Désirée Fondaroli *(Ordinario di Diritto Penale – Università di Bologna)*
– Dott. Alessandro Galimberti *(Giornalista del Sole 24 Ore)*
– Prof. Marco Gambardella *(Associato di Diritto Penale – Università La Sapienza)*
– Prof. Avv. Giulio Garuti *(Ordinario di Diritto Processuale Penale – Università di Modena e Reggio Emilia)*
– Prof.ssa Elisa Lorenzetto *(Ricercatore in Diritto Processuale Penale – Università di Verona)*
– Prof. Avv. Alessandro Melchionda *(Ordinario di Diritto Penale – Università di Trento)*
– Prof. Avv. Enrico Mezzetti *(Ordinario di Diritto Penale – Università Roma Tre)*
– Dott. Avv. Guido Pavan *(Dottore Commercialista, Revisore Legale, Avvocato)*
– Prof. Andrea Perini *(Associato di Diritto Penale commerciale – Università di Torino)*
– Avv. Alessandro Pistochini *(Avvocato del foro di Milano)*
– Prof. Avv. Daniele Piva *(Ricercatore in Diritto Penale – Università Roma Tre)*
– Prof.ssa Alessandra Rossi *(Professore Ordinario di Diritto Penale – Università di Torino)*
– Dott. Ciro Santoriello *(Procura della Repubblica presso il Tribunale di Torino)*
– Prof. Nicola Selvaggi *(Associato di Diritto Penale – Università di Reggio Calabria)*
– Avv. Guido Stampanoni Bassi *(Avvocato del foro di Milano, Direttore della rivista Giurisprudenza Penale)*
– Prof. Andrea Tripodi *(Associato di Diritto Penale – Università di Macerata)*
– Prof. Avv. Gianluca Varraso *(Ordinario di Diritto Processuale Penale – Università Cattolica di Milano)*
– Dott. Paolo Vernero *(Dottore Commercialista, Revisore Legale, Docente a contratto – Università di Torino)*

Impaginazione grafica a cura di **Carolina Agosti.**

Il Ministro della Giustizia

m_dg.GAB.25/06/2020.0022165.U

Gentile Direttore,

in relazione alla Sua cortese richiesta, sono lieto di concedere il patrocinio e l'utilizzo del logo di questo Ministero per l'iniziativa "Responsabilità degli Enti: problematiche e prospettive di riforma a venti anni dal d.lgs. 231/2001".

Certo che la lodevole iniziativa riceverà il meritato riscontro, nel formulare i migliori auguri per la riuscita dell'evento, invio a Lei e a tutti gli autori e relatori i miei più cordiali saluti.

Alfonso Bonafede

Ministero della Giustizia - m_dg.GAB.25/06/2020.0022165.U pag. 1 di 1

Avv. Guido Stampanoni Bassi
Editore e Direttore della rivista giuridica online
Giurisprudenza Penale
guido.stampanonibassi@giurisprudenzapenale.com

CON IL PATROCINIO / LA COLLABORAZIONE DI:

Ministero della Giustizia

ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE

ROMA TRE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI

UNIVERSITÀ DI FOGGIA

Università Bocconi
MILANO

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA

Università di Genova | DIGI DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

UNIVERSITÀ di VERONA | Dipartimento di SCIENZE GIURIDICHE

UNIMORE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MODENA E REGGIO EMILIA

dg Università di Torino
Dipartimento di Giurisprudenza

Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI FIRENZE | DSG DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI UDINE
hic sunt futura

INTRODUZIONE
di Guido Stampanoni Bassi

Compie 20 anni uno dei provvedimenti legislativi che più di altri hanno rivoluzionato il recente diritto penale: il D. Lgs. 231/2001 avente ad oggetto la "*disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridiche a norma dell'art. 11 legge 29 settembre 2000, n. 300*".
Come è noto, con la legge delega n. 300/2000 e, successivamente, con il D. Lgs. 231/2001, il legislatore ha abbandonato il tabù del "*societas delinquere non potest*" introducendo nel nostro ordinamento un modello generale di responsabilità da reato degli enti collettivi, sulla cui natura – amministrativa, penale, *tertium genus* – moltissimo è stato scritto.
La svolta epocale del 2001 è, in realtà, il punto di approdo di un processo risalente a decenni prima, caratterizzato dalla presa d'atto dello sviluppo di vere e proprie forme di "criminalità d'impresa" (più che del singolo), con riferimento alle quali – come scriveva il prof. Carlo Enrico Paliero già nel 1996 – «*evocare, in politica criminale, il vecchio brocardo "societas delinquere non potest" più che irrealistico sembra, oggi, surreale…*».
Nato con un ambito di applicazione ridotto a pochi delitti dolosi – al dichiarato fine di «*favorire il progressivo radicamento di una cultura aziendale della legalità che, se imposta ex abrupto con riferimento ad un ampio novero di reati, potrebbe fatalmente provocare non trascurabili difficoltà di adattamento*» - il D. Lgs. 231/2001 ha visto negli anni aumentare significativamente le fattispecie di reato in grado di determinare una responsabilità dell'ente e l'elenco dei "*reati presupposto*" comprende oggi una pluralità di fattispecie: dai reati societari ai reati contro l'ambiente, dai reati informatici ai reati contro la pubblica amministrazione, dagli infortuni sul lavoro agli abusi di mercato.
Si pensi, poi, alla recente introduzione – da tempo invocata – dei reati tributari nel D. Lgs. 231/2001 nonché alla presenza di fattispecie, quale quella associativa, potenzialmente in grado di estendere la responsabilità dell'ente a qualunque fattispecie di reato, anche "*fuori catalogo*".
Tra i meriti riconosciuti al D. Lgs. 231/2001 vi è senz'altro quello di aver dato il via ad una vera e propria "*svolta modernizzatrice*", avendo stimolato l'attenzione da parte delle aziende alla adozione e attuazione di un efficace sistema di compliance interna e avendo favorito un generale processo di ammodernamento aziendale utile, oltre che alla stessa operatività in termini di raggiungimento degli obiettivi, alla prevenzione di reati da parte dei propri apicali e dipendenti.
Con il passare degli anni, le aziende – soprattutto quelle di dimensioni medio-grandi e le multinazionali – hanno preso sempre maggior consapevolezza dell'utilità della implementazione di un modello organizzativo e di sistemi di *compliance*; si pensi a quanto emerge dall'indagine condotta da Confindustria nel 2017, secondo cui tutte le imprese di grandi dimensioni prese in considerazione (con oltre 250 dipendenti o fatturato superiore ai 250 milioni di euro) si erano dotate di un modello 231 e che solo il 12% delle imprese considerate riteneva l'adozione di un modello poco utile per prevenire la commissione di reati.
Al tempo stesso, tuttavia, è opinione diffusa quella secondo cui, nei suoi primi venti anni di vita, il D. Lgs. 231/2001 non sembra aver raggiunto risultati entusiasmanti in termini di concreta applicazione, smentendo coloro i quali avevano pronosticato che la responsabilità degli enti sarebbe diventato un «*problema di quotidiana amministrazione della giustizia*».
Basti pensare alla scarsa applicazione giudiziale della normativa, testimoniata dal fatto che la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano – senz'altro una delle più sensibili sul punto – nel 2017 abbia registrato solo 29 iscrizioni di enti (-37% rispetto al 2016 e -23,7% rispetto al 2015) con uno spread tra i reati presupposto e le iscrizioni dell'ente pari all'85% nel 2016. Con riferimento a questa tendenza – si legge nel Bilancio di Responsabilità Sociale della Procura di Milano del 2016 – «*la ragione di fondo è che l'iscrizione della persona giuridica è ritenuta ancora una valutazione discrezionale, non apparendo congruo il ragionamento che sino ad oggi si è fatto che, per effettuare l'iscrizione, il PM deve prima verificare l'interesse o l'utilità dell'ente, dovendo tale valutazione seguire e non precedere l'iscrizione (anche per permettere all'ente di difendersi)*». La stessa Procura di Milano, nel commentare il calo di iscrizioni del 2017,

richiamava l'attenzione sul rischio di «*portare al fallimento, a 17 anni dall'entrata in vigore della norma, un istituto importante e decisivo che ha svolto un indubbio ruolo di ammodernamento del sistema delle imprese, dovendosi intervenire sulla scelta originaria del legislatore della responsabilità amministrativa che lascia ampio spazio alla discrezionalità delle iscrizioni*».
Da ultimo, si segnala quanto evidenziato nella relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione sulla legge 19 dicembre 2019, n. 157 (avente ad oggetto la conversione del decreto legge 26 ottobre 2019, n. 124 "*Disposizione urgenti in materia fiscale a per esigenze indifferibil*i", a seguito della quale alcuni reati tributari sono stati inseriti tra i reati-presupposto della responsabilità degli enti) nella quale si dedica ampio spazio al tema della responsabilità degli enti. Tra i tanti punti toccati, nella relazione si invitano le persone giuridiche che hanno adottato un modello organizzativo ad «*aggiornarne i contenuti al fine di implementare efficaci sistemi di gestione del rischio fiscale*», ricordando come, secondo la giurisprudenza di legittimità, «*non è idoneo ad esimere l'ente da responsabilità da reato il modello organizzativo che preveda un Organismo di Vigilanza non provvisto di autonomi ed effettivi poteri di controllo e che risulti sottoposto alle dirette dipendenze del soggetto controllato*».
In questo scenario di crescente attenzione sul tema, la *call for papers* si propone di approfondire le principali questioni interpretative che si sono poste all'attenzione degli interpreti sul D. Lgs. 231/2001 nonché le possibili prospettive di riforma.
Tanti i temi affrontati dagli Autori, che il lettore troverà – ordinati per aree tematiche e numerati progressivamente – nei 32 contributi che compongono il presente fascicolo: dalla recente introduzione dei reati tributari tra i cd. reati presupposto al ruolo e alle responsabilità dell'Organismo di Vigilanza; dai profili di responsabilità in tema di *privacy* al ruolo che potrà ricoprire nel prossimo futuro l'intelligenza artificiale; dalle vicende modificative dell'ente alle condotte riparatorie; dal "nuovo" modello di gestione e organizzazione per il comparto alimentare al ruolo dell'ente nel contrasto al "caporalato".
Conclude il fascicolo un contributo proposto dall'Osservatorio 231 dell'Unione delle Camere Penali Italiane, il quale ha voluto fare il punto sulle nozioni di interesse e colpa di organizzazione dell'ente.
Il risultato finale è, a parere di chi scrive, un'opera dagli alti standard qualitativi, nella quale riflessioni su temi "classici" della 231 si combinano perfettamente con analisi innovative e proposte di riforma: un prodotto che non sia un punto di arrivo, ma di partenza, per avviare una discussione costruttiva sulle sfide che aspettano tutti gli operatori del D. Lgs. 231/2001 nei prossimi anni.
Buona lettura!

INDICE

01 **Il giudice border guard nei «grandi spazi»: prospettive critiche intorno alla responsabilità degli enti.**
di Giuseppe Di Vetta *10*

02 **La valutazione dei modelli organizzativi: aspetti legali e sistemi di certificazione. I punti di forza del D. Lgs. 231/2001 e le prospettive di riforma.**
di Fabrizio Sardella *43*

03 **Startup innovative e implementazione del Modello Organizzativo ex d.lgs. n. 231/2001: difficoltà operative e opportunità nel settore degli investimenti in private equity.**
di Marika Fardo *72*

04 **L'Intelligenza Artificiale come ausilio alla standardizzazione del modello 231: vantaggi "possibili" e rischi "celati".**
di Remo Trezza *86*

05 **RegTech e Modelli 231: uno sguardo al futuro per un'esigenza presente.**
di Andrea Vianelli e Francesca Valenti *96*

06 **Lo strano caso delle vicende modificative dell'ente: è giusto punire Jekyll per le colpe di Hyde?**
di Jean-Paule Castagno e Andrea Alfonso Stigliano *111*

07 **Per chi suona il fischietto? Qualche nota sul c.d. paradosso del whistleblowing tra «autore» e «osservatore» in "ambito 231"**
di Marco Alessandro Bartolucci *143*

08 **Corporate governance e controlli societari: il ruolo dell'Organismo di Vigilanza nelle società con azioni quotate.**
di Marco Dell'Antonia e Cristiana Montesarchio *154*

09 **Il sistema disciplinare nel D.lgs. 231/2001: tra efficacia e difficoltà di concreta ed idonea attuazione.**
di Giuseppe Zarrella *165*

10 **Responsabilità degli enti e reati colposi: verso il tramonto dell' "interesse o vantaggio"?**
di Roberta De Paolis *170*

11 **Il modello "generale" di organizzazione e gestione delineato dal d. lgs. n. 231/2001 e quello "specifico" di cui all'art. 30 del d. lgs. n. 81/2008, valutato in correlazione al sistema di prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali.**
di Pierpaolo Rivello *187*

12 **Il rapporto tra il modello di organizzazione e gestione e il sistema di gestione della salute e sicurezza sul luogo di lavoro: lo "strano" caso dell'art. 30, D. Lgs. 81/2008.**
di Alessandro De Nicola e Valentina Mancuso *202*

13 **L'efficacia esimente dei modelli di Gestione della Sicurezza, una promessa mai mantenuta.**
di Mattia Moscardini *218*

14 **Le carenze strutturali ed organizzative delle aziende ospedaliere quale nuova frontiera della responsabilità da reato degli enti collettivi ex D.Lgs. 231/2001. Analisi in una prospettiva comparatistica e de jure condendo. alla luce dell'emergenza sanitaria Covid-19 Pandemy.**
di Giovanni Palmieri *228*

15 **Dal D.lgs. 231/2001 al GDPR (Regolamento UE 2016/679) attraversando il D.lgs. 81/2008: il modello di organizzazione gestione e controllo integrato, avanguardia di un progetto di attuazione normativa combinata, un'opportunità per le aziende da intuire e cogliere.**
di Milena Cirigliano *236*

16 **Reati informatici e tutela dei dati personali: profili di responsabilità degli enti.**
di Paolo Balboni e Francesca Tugnoli *250*

17 **Gli illeciti privacy: le ragioni di una riforma non procrastinabile.**
di Giuseppe Massimo Cannella *274*

18 **Vent'anni di Decreto 231 e di cambiamenti epocali nel diritto societario: consiglieri di sorveglianza, amministratori indipendenti (e sindaci) di fronte al rischio 231.**
di Antonio Morello *282*

19 **Il ruolo dei Modelli di organizzazione e gestione nella prevenzione della crisi d'impresa, tra prevenzionismo ed obbligatorietà.**
di Dorella Quarto *304*

20 **Prevenzione della crisi e compliance 231: binomio irrinunciabile per la governance d'impresa.**
di Roberto De Luca *327*

21 **L'estensione delle misure di prevenzione patrimoniale ai reati comuni. Amministrazione giudiziaria e controllo giudiziario quali occasione per la predisposizione degli strumenti di organizzazione, gestione e controllo aziendale.**
di Luca Del Favero e Claudia C. Corsaro *358*

22 **Modello 231 nell' ambito delle procedure di sequestro e confisca delle aziende. Spunti di riflessione.**
di Simone Maria D'Arcangelo, Enrico De Fusco, Andrea Mazzillo, Nicola Sciarra e Pasqualino Silvestre *368*

23 **Modelli e sanzioni dell'Ente nel contrasto alla fattispecie penale del "caporalato". Il superamento di un insostenibile vuoto normativo.**
di Filomena Pisconti *392*

24 **La colpa d'organizzazione e il rischio fiscale: un "nuovo volto" del modello 231?**
di Pio Gaudiano *401*

25 **Responsabilità da reato tributario dell'ente e ne bis in idem: tra "binari" doppi e multipli alla luce del d.l. n. 124 del 2019, conv. in l. n. 157 del 2019.**
di Giovanni Grasso *417*

26 **Riflessioni sulla codifica di un "peculiare" modello di gestione e organizzazione per il comparto alimentare: limiti attuali, prospettive di riforma e spunti comparatistici.**
di Cinzia Catrini *427*

27 **L'ente come soggetto di diritto metaindividuale: l'archetipo dell'imputazione soggettiva della responsabilità 231 tra dato letterale, esigenze di sistema e prospettive comparatistiche.**
di Giovanni Morgese *465*

28 **Quali occasioni di ravvedimento per l'ente sotto processo?**
Di Cesare Trabace *479*

29 **Valorizzazione del sistema premiante previsto dal D. Lgs. 231/2001.**
di Federica Assumma *503*

30 **L'illecito dell'ente tra combinazione di moduli punitivi e affievolimento di garanzie: deroghe e scostamenti disciplinari al vaglio di legittimità costituzionale e convenzionale.**
di Alice Savarino *513*

31 **La prescrizione dell'illecito amministrativo nella prospettiva del giusto processo.**
di Ugo Lecis *537*

32 **Interesse e colpa di organizzazione dell'ente: il punto di vista dell'Osservatorio D. Lgs. 231/2001 dell'Unione delle Camere Penali Italiane.**
di Osservatorio D. Lgs. 231/2001 dell'Unione delle Camere Penali Italiane *549*

01 Il giudice *border guard* nei «grandi spazi»: prospettive critiche intorno alla responsabilità degli enti.

di Giuseppe Di Vetta

Abstract
L'Autore discute il tema delle proiezioni spaziali del diritto punitivo interno (d.lgs. n. 231/2001) nell'ottica delle trasformazioni, innescate dalla globalizzazione economica, che riguardano i modi con cui gli stati definiscono i rispettivi confini giurisdizionali. Le corti domestiche, soprattutto nell'ambito della regolazione dell'attività economica di società transnazionali, hanno effettivamente assunto il ruolo di «guardiani dei confini», cui compete la definizione e ridefinizione del perimetro di applicazione del diritto interno. Muovendo da questa prospettiva critica, l'Autore contesta l'orientamento interpretativo in tema di applicabilità extraterritoriale del d.lgs. n. 231 e conclude come, allo stato, una tale soluzione non sia compatibile né con la legalità internazionale né con la struttura dell'illecito punitivo dell'ente collettivo. Si formulano, infine, alcune proposte di modifica dell'art. 4, nel senso di concepire un'autonoma base legale per il radicamento della giurisdizione nei confronti di società operative nel territorio dello Stato.

The Author addresses the geographical dimension of domestic law («d.lgs. n. 231/2001») with a view to its transformations, triggered by economic globalization, according to the ways in which states define their jurisdictional boundaries. Domestic courts, especially in the context of regulating the economic activity of TNCs, have effectively assumed the role of "border guards": it is judges who create and recreate the territorial state in a be-fitting way. Starting from this critical perspective, the Author discusses critically the national case-law concerning extraterritorial applicability of «d.lgs. n. 231/2001». In the end, the Author suggests some proposals to amend art. 4, in order to conceive an autonomous legal basis for asserting.

Sommario
1. *Finis terrae*: globalizzazione economica, rivoluzione spaziale e «crisi» della territorialità. – **2.** Dinamiche della giurisdizione nei «grandi spazi»: normativizzazione della territorialità ed estensione extraterritoriale. – **3.** L'interpretazione del d.lgs. n. 231/2001 come sistema ad applicazione extraterritoriale. Disamina e critica. – **4.** Elementi per una comparazione: la «presumption against extraterritoriality» come presidio della «foreign affairs competence». Il declino delle *global courts* nell'esperienza ordinamentale statunitense. – **5.** Dimensioni neglette nella discussione intorno alla proiezione extraterritoriale del decreto n. 231: oppure avvisaglie della «società delle corti». – **6.** Il «focus» del d.lgs. n. 231/2001: la territorialità è un'implicazione necessaria della struttura dell'illecito punitivo e risponde ad esigenze di legalità del rimprovero per colpevolezza organizzativa. – **7.** Conclusioni in ordine alla proiezione extraterritoriale del sistema di responsabilità degli enti. – **8.** La questione che giace al fondo: il diritto applicabile nella dinamica del rimprovero per colpa di organizzazione. L'assenza di una *conflict rule* e il tentativo di surrogarla: il criterio di assimilazione, il metodo della valutazione in concreto e l'«equivalenza normativa». Critica. - **9.** Proposte di modifica del decreto n. 231: stabilire un paradigma di territorialità normativa, determinata tramite l'enucleazione di indici di operatività economica.

1. Finis terrae: globalizzazione economica, rivoluzione spaziale e «crisi» della territorialità.

Il tema della responsabilità, in base al decreto 08.06.2001, n. 231, delle società prive di «sede principale» o altri elementi di collegamento con il territorio dello Stato[1] solleva profili di eccezionale spessore: ambito e limiti della giurisdizione dello Stato, «diritto applicabile» e conflitti normativi (*conflict of laws*), compatibilità delle soluzioni interne con principi ordinanti del diritto internazionale pubblico, come – su tutti – quello di non interferenza nello spazio di esercizio dell'altrui sovranità[2]. In effetti, la questione della responsabilità di società "non radicate" (art. 4 d.lgs. cit.) si colloca in un contesto più vasto e complesso che ha a che fare con le trasformazioni innescate dalla fase[3] contemporanea di globalizzazione economica. Fase che risulta caratterizzata da una progressiva e incessante transizione verso un capitalismo a base globale: i flussi economici muovono lungo traiettorie che *non* hanno più come base e limite i singoli conchiusi mercati nazionali (declinazioni artificiali di «stati commerciali chiusi») bensì assumono come prospettiva *spaziale* di sviluppo l'intero globo. In questo senso – naturalmente semplificando – il modello territoriale e interstatale di regolazione dei flussi e delle attività economiche non è più capace[4] – *non* allo stesso modo, perlomeno – di comprendere e sintetizzare dinamiche economiche e commerciali che hanno natura transnazionale (perché esorbitano i circoscritti confini nazionali) e operano in dimensioni spaziali[5] irriducibili a quelle proprie degli Stati-nazione, storicamente intesi.

La globalizzazione moderna e la rivoluzione informatica hanno posto in luce l'obsolescenza di approcci e visioni –intrisi di un certo "naturalismo" metodologico – che considerano i mercati globali come fenomeni (comunque) *territorializzati*, suscettibili di essere compresi entro precise geometrie territoriali, a loro volta corrispondenti alle pretese di "localizzazione" espresse dalle singole sovranità nazionali.

La mondializzazione presente si è in realtà espressa in forme che non appaiono affatto assimilabili a quelle dell'*internazionalizzazione* economica[6], che ha i suoi primordi già nel XVII sec. per consolidarsi, poi, nei successivi tre secoli; in essa i territori costituivano, ancora, le sedi *naturali* dei processi economici ed era ancora possibile una severa logica binaria di esclusione tra interno e esterno (dello Stato-nazione o del mercato nazionale). C'è quindi un elemento di discontinuità tra il processo contemporaneo e quello storico di mondializzazione: essa risiede essenzialmente nel *differente impatto* che il capitalismo presente determina sull'unità di territorio e sovranità che ha rappresentato – e, in forme più discrete e originali, tuttora rappresenta – il *principium individuationis*[7] dello stato moderno nazionale nonché delle relative concezioni del diritto, del rapporto tra Stati e, in ultima analisi, delle teorie sulla giurisdizione[8].

Per cogliere questa fondamentale discontinuità è utile fare ricorso ad una terminologia frequentemente impiegata nelle narrazioni sulla globalizzazione o post-modernità: *disembedding*, cioè «sradicamento», scorporazione[9]. L'espressione cattura un tratto qualificante dell'attuale fase di mondializzazione: cioè l'intrinseca forza *disaggregante* delle forme spaziali nazionali, storicamente definitesi, che si traduce in un complesso di vettori e tendenze alla scorporazione dei formanti economici (imprese, transazioni e via dicendo) dai contesti *territoriali* statuali. Tali complessi fenomeni di «scorporazione», tuttavia, non realizzano un annichilimento delle strutture spaziali e, quindi, delle forme giuridiche della territorialità che appartengono al paradigma dello Stato-nazione e dell'inter-statualità.

La parabola della detronizzazione dello Stato e della dismissione delle categorie e strumenti ordinanti (compreso il diritto *statuale*) che appartengono a quella tradizione rappresenta una riduzione concettuale, del tutto inservibile, soprattutto sul piano giuridico. Risultano più fertili e coerenti le prospettive analitiche che, scevre da semplicismi, si orientano verso un'osservazione critica delle trasformazioni – e, ancor meglio, delle *riconfigurazioni* – che intensamente investono le strutture della statualità nazionale, rifuggendo da istintive iconoclastie. In modo coerente con questo impegno metodologico, Mattia Vegetti, in una brillante indagine, ha acutamente osservato come «l'economia-arcipelago non elimini i territori e la dimensione "tellurica" delle giurisdizioni nazionali, ma piuttosto che conduca in entrambi i domini un elemento anarchico molto più potente di quello che lo ha preceduto nell'età dei mari: una geoeconomia trans-territoriale così estesa da sfidare la geografia politica della Terra con un *novus ordo mundi* dai confini fluidi e indefiniti»[10].

In tal senso, appaiono destituite di fondamento tesi e letture – a volte ideologicamente connotate – secondo le quali i processi di globalizzazione economica e specialmente quelli che riguardano l'attività delle imprese si svolgano in contrapposizione alla sovranità territoriale, con essa ingaggiando un conflitto che avrà termine una volta che la cittadella confinaria dello Stato-nazione sia finalmente espugnata. La relazione tra economia globale, Stato e territorio non può

essere interpretata impostando un vacuo schema di antagonismo tra queste diverse polarità: «i limiti della giurisdizioni territoriali […] sono all'esterno ciò che consente all'economia di mercato di sottrarsi al controllo del politico, violando e superando continuamente le sovranità territoriali […]»; la persistenza dello Stato nazionale «non è affatto in contraddizione con gli interessi dell'economia globalizzata, ma rappresenta anzi per quest'ultima l'opportunità di mettere in competizione tra loro i sistemi produttivi e fiscali nazionali, il credito e i modelli di sviluppo locali» ed infatti «le strategie di delocalizzazione e rilocalizzazione delle imprese transnazionali che plasmano la geografia economica contemporanea non avrebbero senso laddove la diversità politica dei luoghi e delle ineguaglianze sociali fossero annullate su scala globale»[11]. Sono disattese, in questo modo, le impostazioni – per vero declinanti nel panorama teorico – che indicano come esito finale dei processi di mondializzazione la progressiva scomparsa dei confini territoriali e, più generale, della territorialità come categoria giuridica e tecnologia politica di cui si serve l'attore statale. Certo: le logiche confinarie e i corrispondenti moduli di esercizio della giurisdizione, che hanno caratterizzato gli Stati nel paradigma westfaliano o interstatale, subiscono radicali mutamenti ma non è la «fine des territoires», come ha provocatoriamente dimostrato Bertrand Badie[12]: non si assiste, cioè, all'«abolizione degli spazi che, al contrario, continuano con la mondializzazione ad essere rivalutati nella loro diversità e flessibilità. Essa non segna nemmeno la scomparsa delle frontiere che sono oggi più numerose di ieri; non cancella i territori né la sacralizzazione della terra e della sua storia, proprio nel momento in cui la richiesta identitaria riprende tutto il suo vigore. La frattura è *altrove* e si colloca nell'ambito del significato. La fine dei territori sanziona il declino di un ordinamento sul quale poggiava la maggior parte dei grandi equilibri internazionali».

La «fine dei territori» designa allora qualcosa di molto più profondo dell'evidente ridimensionamento dello Stato territoriale nazionale e delle sue capacità di controllo e regolazione dell'economia globale; allude, infatti ad un complesso di tendenze e linee di sviluppo, che si osservano con evidenza nel formante giuridico, accomunate dall'essere tutte espressione di una *diversa e almeno in parte inedita dislocazione e riassetto della relazione "fondativa" tra territorio e sovranità, tra territorio e potere politico, tra territorio e diritto (giurisdizione).*

La questione dei limiti e dell'ammissibilità di una pretesa *punitiva* dello Stato italiano in relazione a società la cui attività e dimensione organizzativa presenta caratteristiche transnazionali interessa questa relazione fondativa: impone, infatti, di interrogarsi a fondo sulle trasformazioni che hanno investito questo nesso. La riflessione intorno ai limiti (spaziali) di applicazione del diritto punitivo italiano e alle soluzioni praticabili *de iure condendo* deve quindi essere arricchita dall'essenziale analisi intorno ai modi in cui gli Stati contemporanei, sferzati dai processi di mondializzazione, *continuano ad organizzare, mediante il diritto, il governo dei «grandi spazi»*[13]. Concetto, quest'ultimo, che ha la sua matrice nell'intuizione formidabile di Carl Schmitt, che qui riteniamo di assumere in tutta la sua straordinaria portata euristica: «grandi spazi» come iconografia della crisi che investe il diritto e le sue pretese di localizzazione ordinamentale, quando l'ancoraggio al fondamento tellurico, al «territorio» - al *nomos*– si fa più tenue e labile, sino quasi a smarrirsi. Dall'icona problematica dei «grandi spazi» si può muovere per comprendere come, in realtà, *proprio in essi* il diritto sia destinato ad esaltare le sue capacità di *localizzazione*, ridefinendo nuove forme spaziali, alternative a quella geografica-territoriale, in cui lo Stato – attraverso forme inedite– prosegue l'esercizio della propria sovranità. Il diritto, come tecnologia idonea a fissare *fatti* e *soggetti* in luoghi o spazi[14], concorre al governo della «rivoluzione spaziale»[15], delimita nuovi confini funzionali (non territoriali) e assicura ancora allo Stato l'esercizio delle competenze di regolazione e controllo, secondo moduli originali[16].

2. Dinamiche della giurisdizione nei «grandi spazi»: normativizzazione della territorialità ed estensione extraterritoriale.

Anche alla luce di quanto sinora osservato, risulta utile svolgere qualche considerazione che consenta di contestualizzare la questione "interna" circa la portata applicativa spaziale del decreto n. 231 nel più vasto e significativo scenario dell'evoluzione delle regole e dei modi tramite i quali gli stati esercitano la propria giurisdizione, con riferimento, in particolare, all'attività economica di società transnazionali[17]

La prima tendenza che si osserva è quella ad una «intensificazione» della componente artificiale della territorialità. La giurisdizione territoriale (*physical territoriality*), storicamente legata ad elementi di localizzazione *geografica*, è soggetta ad una profonda revisione interna. Questa si realizza sia sul piano astratto e legislativo, perché, nei differenti ambiti di regolazione, le norme di diritto transnazionale stabiliscono criteri di radicamento della giurisdizione che hanno perso qualsiasi

evidenza materiale di territorialità; il collegamento territoriale, in questo senso, è sempre più definito in base ad elementi di ordine valutativo e funzionale, concepiti in modo (tendenzialmente) congruente con gli obiettivi di regolazione perseguiti nei differenti settori normativi. In breve, ciò che si indica, anche nella prassi internazionale, come *territorial jurisdiction* o "applicazione territoriale del diritto nazionale" (*prescriptive territorial jurisdiction*) non coincide più con quel complesso di categorie e pratiche storicamente concepite in funzione della territorialità geografica e nazionale. L'emersione di questa dimensione artificiale e funzionale della territorialità, come base giurisdizionale, non costituisce, a ben vedere, una drastica discontinuità.

Come taluni studi[18] dimostrano, lo sviluppo presente del concetto di "giurisdizione territoriale" rappresenta, in realtà, soltanto un approfondimento del carattere "fittizio" e "giuridico" della territorialità. Le regole che governano la giurisdizione degli Stati – le norme di diritto transnazionale – non sono «neutral», né da un punto di vista politico né da quello economico; pertanto, le regole che stabiliscono, in vario modo, la giurisdizione *territoriale* sottendono sempre la sintesi di interessi sostanziali e la soluzione di contemperamenti tra obiettivi di regolazione, di volta in volta perseguiti, e ragioni di tutela del "national best interest" (variamente declinato). Si è a tal proposito parlato, con formula efficace, di una natura ambigua («dual existence») del territorio e del confine territoriale come parametri della giurisdizione statuale: «borders as both absolute markers of state authority and higly flexible creations that allow varying porosity depending on state law and policy is in line with che conception of statehood under public international law in terms of territoriality sovereignty»[19]. Secondo questa lettura, i limiti territoriali della giurisdizione sono confini essenzialmente giuridici (*legal construct*)[20]: ciò ne assicura una mobilità funzionale e un'innata capacità di adattamento e di resilienza, con cui gli stati reagiscono alle soverchianti dinamiche di deterritorializzazione dell'economia.

L'intensificazione della componente normativa della territorialità[21] esalta sensibilmente il ruolo delle corti: il radicamento della giurisdizione è sempre più questione di interpretazione della *portata* dei parametri che delineano il perimetro funzionale della territorialità. In tal senso, interpretando ed estendendo *quel* perimetro, i giudici operano come reali «border guard»[22]: «territoriality is deeply embedded in what may appear to be relatively insignificant procedural or technical domestic rules. These rules implement the territorial state and, in the application of these rules, it is judges who create and recreate the territorial state in befitting way».

In questa prospettiva, si comprende come la dimensione artificiale e funzionale di ciò che convenzionalmente definiamo come «territorialità» è destinata ad emergere, con maggiore evidenza, in quei settori dove le prerogative della sovranità statale si esprimono con più intensità: in buona sostanza, in tutti gli ambiti della c.d. «public law regulation» e, principalmente, nel contesto del diritto penale o punitivo. Esattamente in questi contesti si sono registrate le prime tendenze alla *normativizzazione* della territorialità o, per meglio dire, alla sua *riconfigurazione* per corrispondere alle ragioni sostanziali sottese alla pretesa giurisdizionale di volta in volta rilevante. Al riguardo, è in effetti significativo lo sviluppo, nell'esperienza del *common law* anglosassone, di un approccio "territoriale" del tutto innovativo, funzionale ad affermare la giurisdizione su fatti penalmente rilevanti, commessi in parte nel territorio dello stato e in parte all'estero. Si tratta, in buona sostanza, dei due parametri della territorialità soggettiva e della territorialità oggettiva, tuttora molto discussi nella prassi internazionale e in letteratura[23], a tenore dei quali si considera ragionevole l'esercizio della giurisdizione da parte dello stato nel cui territorio si sia realizzata una parte della condotta o gli effetti del reato. Queste due estensioni della territorialità risultano espressamente sancite dall'art. 6 c.p.[24], appunto connotato da un approccio territoriale di tipo essenzialmente ubiquitario; del resto è noto come la giurisprudenza abbia gradualmente approfondito la portata del criterio di territorialità oggettiva, valutando sufficiente anche quel minimo contatto rappresentato dalla commissione in Italia di un frammento o una scheggia di una più complessa condotta tipica.

Come si accennava, in taluni contesti il criterio di territorialità oggettiva e le sue declinazioni (lo è ad es. la c.d. «*effects doctrine*», applicata dalle corti e autorità amministrative U.S. in materia *antitrust*[25]), sono considerate come il fondamento (controverso) di autentiche forme di esercizio diretto di una giurisdizione extraterritoriale, in grado di determinare (irragionevoli) interferenze con gli ambiti di sovranità di altri stati. E ciò conferma, a ben vedere, come non soltanto la territorialità sia suscettibile di differenti configurazioni, che ne rendono impalpabile qualsiasi "radicamento" geografico; ma soprattutto che, in molti contesti, la distinzione definitoria tra forme territoriali o extraterritoriali di esercizio della giurisdizione si rivela obiettivamente sfuggente, perché in larga misura dipendente dalla *natura* degli elementi di

collegamento rilevanti e dal *consensus* che essi ricevono sia nella comunità degli interpreti sia nella prassi della relazioni internazionali. Come ha osservato Joanne Scott, «there is uncertainty and disagreement about what counts and what should count as territorial connection fort the purpose of distinguishing between the exercise of territorial and extraterritorial jurisdiction»[26].

Un altro contesto dove si osservano radicali trasfigurazioni funzionali della *strict territoriality* è rappresentato dall'attività delle *corporations*. L'esperienza storica della *common law* statunitense è notevolmente rilevante. I criteri della «corporate presence» e del «doing business» sono stati, all'origine, concepiti come surrogati funzionali della presenza della *persona fisica* nel territorio dello stato; presenza ritenuta sufficiente per l'esercizio della *personal jurisdiction* su un individuo così come su una *corporation,* economicamente e organizzativamente radicata in un dato territorio. Questa concezione territoriale e fisicalistica della giurisdizione, coniata nel noto caso *Pennoyer*[27], è presto entrata in crisi per effetto dell'emersione dei primi fenomeni di deterritorializzazione dei flussi economici e di organizzazione interstatale delle *corporation*[28]. Sono stati, quindi, progressivamente rivisitati i criteri territoriali concepiti per la persona giuridica, amplificandone – almeno in un primo momento – la portata anti-formalistica, in modo tale da assegnare rilievo, per il radicamento della pretesa giurisdizionale, anche a fatti economici e organizzativi differenti dall'esercizio *in loco* dell'attività produttiva (dislocazioni organizzative come stabilimenti, uffici di rappresentanza commerciale; presenza di dipendenti; svolgimento di attività commerciali). La svolta – di una *revolution,* senza mezzi termini, si parla nella letteratura di riferimento – è nel caso *International Shoe* (1945)[29]: la Corte Suprema supera il criterio della *corporate presence* e ne propone uno innovativo, molto più flessibile, basato sul «minimum contacts' test», programmaticamente permeabile ad un novero di valutazioni sostanziali e assiologiche («fairness»): il test «cannot be simply mechanical or quantitative; [the question] whether due process is satisfied must depend […] upon the *quality and nature* of the activity in relation to the fair and orderly administration of the laws of which it was the purpose of the due process clause to insure»; in questo senso, il parametro del "minimum contacts" esige l'esercizio nel *forum state* di una sistematica e continua attività da parte della società e il radicamento della pretesa giurisdizionale dipende anche dalla considerazione della relazione che intercorre tra questa attività rilevante e la controversia. La vaghezza operativa di questo *standard* e la complessità dei piani di valutazione ad esso sottesi ne hanno garantito un impiego costante e diffuso; allo stesso tempo, hanno posto le premesse per il suo superamento, soprattutto in ragione degli esiti abnormi derivanti dalla sua applicazione in un contesto avviato verso una reale mondializzazione delle dinamiche della produzione e organizzazione societaria. Il *minimum contacts standard* era realmente in grado di determinare l'assoggettamento di società straniere (*foreign defendant*) alla giurisdizione di corti statali statunitensi, su domanda di attori a loro volta stranieri, in forza del mero svolgimento di un segmento di attività produttiva o distributiva nel territorio federale. Questa apparente giurisdizione "territoriale" esponeva gli Stati Uniti ad una costante conflittualità internazionale per le interferenze (irragionevoli) determinate negli ambiti di sovranità ad es. degli Stati di incorporazione formale delle società; e, per altro verso, finiva per individuare nelle corti domestiche delle improprie «global courts», chiamate a regolare controversie a carattere essenzialmente transnazionale. La sentenza della Corte Suprema nel caso *Daimler AG v. Bauman,* che appunto concerne una società tedesca convenuta di fronte ad una corte federale californiana da cittadini argentini per *human rights abuses*[30], asseritamente commessi in territorio argentino, suona «the death knell for the corporate presence doctrine»[31]. La circostanza che nel territorio degli Stati Uniti una società straniera eserciti, in modo continuativo e sistematico, una determinata attività, non è sufficiente per fondare la pretesa giurisdizionale, perché quel "contatto" deve presentare una tale natura e portata da poter affermare che la *corporation* «essentially [is] at home in the forum State»[32]; ciò si verifica, al di là di casi eccezionali, quando la società ha nel territorio il suo «place of incorporation» o «its principal place of business»[33].

Si comprende, alla luce della breve sintesi di questo percorso interpretativo come effettivamente «changes in political and social conceptions of space form at least a part of context for changes in jurisdictional understandings […] in both jurisdiction and choice of law a more flexible set of tests based on fairness and context has at least in part replaced rigid, though more predictable, tests based exclusively on territorial location»[34]. Le evoluzioni delle matrici della giurisdizione e, specialmente, del paradigma territoriale sono intensamente connesse all'evolvere delle forme sociali di attraversamento degli spazi geografici: in questa prospettiva, non sorprende che le categorie fondative della *jurisdiction theory*, come quelle appena accennate, abbiano subito rivolgimenti

profondi ogniqualvolta, nei singoli casi concreti, si sia squadernata di fronte ad esse una traccia di modernità.

Peraltro, le forme di «territorialità» isomorfiche («corporate presence», «doing business», variamente declinate) sono tuttora impiegate in alcune legislazioni e in specifici ambiti di regolazione: la loro applicazione risulta, tuttavia, profondamente controversa a livello internazionale così come in letteratura[35]. Impiegando questi criteri "territoriali", così straordinariamente flessibili e indeterminati, taluni Stati (principalmente USA e UK) esercitano *concrete* forme di giurisdizione extraterritoriale su *corporations* e individui che non intrattengono alcun collegamento qualificato tale da rendere prevedibile la pretesa giurisdizionale.

La contestazione del carattere «egemonico»[36] di queste forme riguarda soprattutto alcuni ambiti di regolazione, come, in particolare, quello del contrasto della corruzione «pubblica» nel contesto delle relazioni economiche transnazionali. Si tratta, come noto, di un campo di materia caratterizzato da una singolare impegno di armonizzazione da parte della comunità internazionale, tradottosi nell'adozione di strumenti internazionali vincolanti (OECD *Convention on Combating Bribery of Foreign Officials in International Business Transactions*; UN *Convention against Corruption*) e, più in generale, nello sviluppo di un effettivo *framework* comune. In tale contesto, alcune legislazioni nazionali e, specialmente, quella statunitense (il *Foreign Corrupt Practices Act* del 1977) hanno assunto una portata dominante nel panorama globale[37]; la proiezione transnazionale di questi regimi nazionali (U.S. FCPA; UK Bribery Act) è possibile per il concorso di una serie di fattori, che qui non è possibile esaminare esaustivamente[38], tra cui sicuramente uno dei più rilevanti è rappresentato dalle peculiari soluzioni adottate sul versante dei limiti spaziali di applicazione[39]

La «rivoluzione spaziale», innescata dalle dinamiche del capitalismo globale – lo abbiamo visto[40] - ha imponenti riverberi anche sul modo in cui i singoli stati governano le interazioni con elementi di estraneità rispetto ai propri confini territoriali (l'attività economica di società transnazionale; i fenomeni di delocalizzazione produttiva; la multinazionalizzazione dell'organizzazione aziendale). Si assiste, in questo senso, ad una generale tendenza a valicare i limiti territoriali delle singole giurisdizioni, all'infuori delle strutture del diritto internazionale, ricorrendo a criteri di collegamento (nazionalità; personalità attiva, passiva; *doing business*) che alimentano espresse o surrettizie proiezioni extraterritoriali del diritto interno.

La necessità di rispondere a fenomeni che presentano una dimensione globale – è stato osservato da Stephen Allen e altri - «means that territorial and exclusive conceptions of jurisdiction are being supplanted by extraterritorial excercises of authority. These phenomena [transnational enviromental threats, cyber-activity, investment and trade practices, health epidemics, the extraterritorial application of human rights regimes] are now occurring so such an extent that extraterritoriality is increasingly viewed as starting point for the exercise of state jurisdiction rather than an exception»[41].

Nella prospettiva in esame, risulta paradigmatica la posizione che è stata formalmente adottata nell'ambito del c.d. *United Nations Protect, Respect and Remedy Framework*[42] in merito alla possibilità per gli stati aderenti di attuare il «duty to protect against human rights abuses by non-state actors» anche attraverso il ricorso a forme di regolazione extraterritoriale dell'attività di *foreign entities*, e, in particolare, delle società multinazionali[43]. Nel commentario ai *Guiding Principles on Business and Human Rights*, come noto sviluppati dal Rappresentante Speciale Gerard John Ruggie, si precisa infatti come «[…] States are not generally required under international human rights law to regulate the extraterritorial activities of businesses domiciled in their territory and/or jurisdiction. Nor are they generally prohibited from doing so, provided there is a recognized jurisdictional basis»[44]. Qualsiasi forma di giurisdizione extraterritoriale, sia essa diretta o indiretta (ad es. per estensione funzionale della territorialità) è comunque soggetta ad una duplice condizione: che la giurisdizione si radichi in forza di una base legale riconosciuta nella prassi internazionale; e soprattutto che il suo esercizio non sia irragionevole e, quindi, non si traduca un'interferenza «in the domestic affairs of another State»[45]. La verifica di ragionevolezza, da cui dipende l'esistenza o meno di un'interferenza, rappresenta – come intuibile – un aspetto straordinariamente problematico, sia a causa della carenza di parametri certi e definiti attraverso i quali il *test* dovrebbe essere condotto; sia per la circostanza che la valutazione è sostanzialmente rimessa alle singole giurisdizioni, con la conseguenza che essa varia in funzione dei criteri e dei metodi che, di volta in volta, le corti nazionali hanno enucleato per svolgerla[46].

Quando si discute di «extraterritorialità», nell'ottica della regolazione dell'attività di società che operano *cross-border,* è di estremo rilievo tenere presente come non si tratti di una categoria formale e uniforme. La stessa dicotomia, come già accennato, tra territorialità ed extraterritorialità

risulta molto più problematica di quanto possa apparire ragionando in astratto: alla luce della complessità dei criteri di collegamento e del ridimensionamento della componente materiale e geografica, i due caratteri della giurisdizione si esprimono sempre più come dimensioni graduabili e, quindi, contigue. L'intensità dei due caratteri dipende dalla natura dei nessi di volta in volta rilevanti con riferimento alla singola legislazione. In tal senso, è inevitabile concludere come «extraterritoriality is not a black and white issue, but a question of degree»[47]. In letteratura, del resto, il concetto di extraterritorialità è stato ulteriormente problematizzato ed è stata enucleata una significativa distinzione tra regimi normativi che implicano l'esercizio diretto di una giurisdizione extraterritoriale e modelli di regolazione che, invece, applicandosi territorialmente, hanno però implicazioni extraterritoriali. Nel primo caso, si è di fronte realmente ad una giurisdizione extraterritoriale che si risolve in un'interferenza con l'ambito di sovranità di altri stati; è quindi naturalmente soggetta alle condizioni già richiamate.

Le «domestic measures with extraterritorial implications»[48], invece, presuppongono un radicamento della giurisdizione a base territoriale e, in questo modo, non collidono necessariamente con il principio di non interferenza; ciò nonostante, sono dotate di un impatto (anche sensibile) negli altri ordinamenti. L'implicazione extraterritoriale – ed è questo ciò che le caratterizza e distingue – non è l'*effetto* di un'applicazione diretta di un assetto normativo interno nei confronti di soggetti o in relazione a fatti che non intrattengono *genuine connections* con l'ordinamento nazionale. Piuttosto, l'effetto extraterritoriale assume un carattere che possiamo definire *operazionale*. Molteplici regimi regolatori, soprattutto in materia finanziaria , sono riconducibili a questo modello di «extraterritorial territoriality»[49]. Sono esempi significativi le strategie di regolazione che valorizzano le dinamiche di aggregazione societaria (c.d. *parent-based method*[50]) oppure le strutture delle catene del valore. Nel primo caso, esemplificando, si può prevedere che la società incorporata nel territorio dello Stato, che ivi abbia la sede principale ("corporate presence") o che ivi svolga un segmento qualificato di attività (perché ad es. autorizzata alla collocazione di strumenti finanziari nel mercato regolamentato interno) risulti destinataria dell'obbligo di svolgere una *due diligence* o di adottare adeguati assetti di *compliance* anche con riferimento alle *subsidiaries* che operano all'estero e lì sono incorporate o hanno la loro sede principale. L'obbligo opera territorialmente, perché "territoriale" è il criterio di connessione che ne fonda l'applicazione nei confronti della società "residente", "domiciliata" o che si considera "presente" nel territorio dello Stato. La pretesa regolatoria "territoriale", come una *long-arm*, travalica il confine giurisdizionale: è la stessa società radicata ad assumere la funzione operativa di vettore di attuazione del diritto interno e specialmente degli *standard* domestici nei confronti di soggetti (come le controllate estere) che, privi di contatti con il *regulating state,* sarebbero immuni a qualsiasi pretesa extraterritoriale. Questa tipologia di misure ha assunto un rilievo dominante nel contesto della *business regulation* a livello transnazionale. Le ragioni sono intuibili: si tratta di misure che, per un verso, non espongono i singoli stati a conflitti giurisdizionali o a contestazioni sotto il profilo della violazione del principio di non interferenza, preservando – almeno formalmente – la sovranità degli ordinamenti esteri; per altro verso, innescano reali processi di «internazionalizzazione» del diritto nazionale[51] e, in particolar modo, degli *standard* applicati nei singoli ordinamenti domestici. E' significativo, a tal proposito, come la nuova generazione di strategie di regolazione e tutela dei diritti umani, con riferimento all'attività di società transnazionali, siano essenzialmente basate su questo approccio.

In Francia è stata di recente introdotta, con una modifica al Codice di commercio[52], una disciplina in materia di «devoir de vigilance» per le società (multinazionali) che abbiano la sede principale o comunque operino nel territorio francese, identificate in funzione di precisi parametri dimensionali; tale obbligo di prevenzione – ed è questo l'aspetto decisivo – si estende anche alle attività e alle strutture organizzative delle società filiali e controllate nonché a tutti i soggetti con cui esse intrattengono relazioni commerciali stabili e costanti (si tratta, in buona sostanza, dei soggetti che si inseriscono nella c.d. *supply chain*), *indipendentemente* dalla circostanza che siano radicate nel territorio nazionale francese. Le società obbligate devono elaborare, sulla scorta di un previo *risk assessment,* e poi adottare un «plan de vigilance» che preveda «mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement […]». Le procedure e i protocolli cautelativi, stabiliti nel piano, devono quindi essere attuati («mise en oeuvre») nei contesti organizzativi delle singole società "non radicate" e che esercitano le rispettive attività al di fuori del territorio nazionale; in questo modo, i livelli di tutela in materia di

ambiente, condizioni di lavoro, sicurezza sul lavoro, applicati in ambito nazionale, transitano in altri contesti ordinamentali e ciò evidentemente innesca una tendenza all'armonizzazione, che può tuttavia generare conflitti, anzitutto nei casi in cui gli "standard nazionali" risultino divergenti o, comunque, incompatibili con quelli del luogo in cui operano le *subsidiaries*. Le legislazioni sul modello di quella francese («devoir de vigilance») rappresentano, d'altra parte, il tentativo di conferire portata giuridicamente vincolante[53] allo *standard* di «due diligence» fissato da fonti di *public soft law* per le società multinazionali, all'indomani del fallimento delle iniziative volte a definire, con gli strumenti del diritto internazionale, un quadro normativo comune direttamente vincolante per le imprese transnazionali, tuttora estranee alla soggettività internazionale eppure "partecipi" al controllo e prevenzione delle esternalità connesse alle rispettive attività[54].

Anche l'Unione europea ha intrapreso, molto di recente (2020), un percorso volto all'adozione di una direttiva in materia di «corporate due diligence and corporate accountability»[55], finalizzata ad assicurare che le imprese che operino «in the internal market fulfil their duty to respect human rights, the environment and good governance and do not cause or contribute to risks to human rights, the environment and good governance in their activities and those of their business relationships»[56]. Le imprese regolate in base alla legge di uno Stato Membro o comunque stabilite nel territorio dell'Unione, così come le società "non stabilite" che operino nel mercato interno, adottano una «due diligence strategy»[57] per individuare, mitigare e prevenire le categorie di rischio specificamente individuate nella proposta di direttiva: «human rights risk», «enviromental risk» e «good governance risk» (art. 1). La «due diligence» deve riguardare – ed è un dato estremamente significativo – tutte le operazioni e le «business relationships» che l'impresa intrattiene nella catena del valore (*value chain*), come definita dall'art. 3 della proposta di direttiva. L'impresa svolge infatti una «value chain due diligence which is proportionate and commensurate to their specific circumstances, particularly their sector of activity, the size and length of their supply chain, the size of the undertaking, its capacity, resources and leverage» (art. 4, par. 9); a tal fine, la proposta di direttiva indica tutta una serie di dispositivi giuridici (codici di condotta; clausole contrattuali) attraverso i quali le imprese obbligate possono assicurare che le proprie parti negoziali, dislocate nelle catene del valore (prevalentemente transnazionali) svolgano un'adeguata *due diligence* con riferimento alle classi normative di rischio rilevanti (art. 4, par. 10). La direttiva, se adottata e attuata dagli Stati Membri (art. 4, par. 1), avrà essenzialmente l'effetto di rendere giuridicamente obbligatoria («hardening») l'adozione, da parte delle imprese "europee" od operative nel mercato europeo, di quei «soft regulatory framework» - così li definisce un autorevole studioso, Larry Catà Backer[58] - che sono stati sperimentati "spontaneamente" come soluzioni per la governance dei processi economici transnazionali.

Il percorso per l'approvazione della proposta di direttiva e, ancor di più, per la sua attuazione è ancora molto lungo e gravato da (intuibili) insidie; il fallimento dell'iniziativa svizzera per l'introduzione di un sistema di *accountability* delle società multinazionali, sul modello di quello francese, è in tal senso significativo. Non è quindi possibile formulare alcuna seria valutazione sull'impatto che la direttiva (*se* approvata) avrà nell'ordinamento italiano, quando si tratterà di trasporla nel sistema interno. Anche il terreno di attuazione è incerto: se nel contesto della responsabilità degli enti, quindi come integrazione al modello di «enforced self-regulation» delineato dal d.lgs. n. 231; oppure in un ambito sistematico nuovo e autonomo. Certo, l'introduzione di un obbligo di «due diligence» per le imprese europee, esteso sino a ricomprendere i soggetti inseriti nella catena del valore e in quella del controllo societario, avrà un impatto significativo sia sul fronte del diritto punitivo degli enti sia su quello del diritto penale delle persone fisiche: si potrebbe assistere ad un'amplificazione dei poteri di direzione e controllo, con tutte le implicazioni del caso; così come ad un'estensione dell'ambito della responsabilità colposa, qualora lo stesso obbligo di adozione di una «due diligence» avrebbe potuto impedire il verificarsi di un evento lesivo nel contesto di società controllate o inserite nella *value chain*.

In questa sede, ci si può limitare a rilevare come anche la disciplina, delineata nella proposta di direttiva, si inscriva nell'ambito del paradigma di «extraterritorial territoriality» di cui si discute; ne replica infatti la dinamica di fondo e l'approccio tattico (veicolare la pretesa regolatoria oltre il confine territoriale, senza incorrere in interferenze con altre sovranità). La categoria delle «domestic measures with extraterritorial implications» rappresenta, a ben vedere, una significativa coordinata per interpretare e comprendere l'approccio che il d.lgs. n. 231 ha adottato nel regolare la propria portata transnazionale.

3. L'interpretazione del d.lgs. n. 231/2001 come sistema ad applicazione extraterritoriale. Disamina e critica.

La giurisprudenza considera il d.lgs. n. 231/2001 come una normativa suscettibile di applicazione anche nei confronti di enti rispetto ai quali non è dato riscontrare elementi di collegamento territoriale con l'ordinamento interno[59]: cioè società prive di qualsiasi evidenza organizzativa o funzionale nel territorio dello Stato o, più in generale, di un contatto commerciale od operativo rilevante per il radicamento della giurisdizione. D'altro canto, il d.lgs. n. 231/2001 è sul punto, almeno all'apparenza, silenzioso: si limita infatti a disciplinare l'ipotesi del reato extraterritoriale (artt. 7 e ss. c.p.), fissando nella «sede principale» dell'ente nel territorio dello Stato un criterio di collegamento per l'esercizio della giurisdizione nei confronti del soggetto collettivo. In tal senso, l'art. 4 segue evidentemente un approccio territoriale, definendo per l'ente un autonomo parametro che ben può essere ricondotto alla tradizione della «corporate presence» (cfr. *retro*), al netto dei differenti modi in cui è possibile interpretare il concetto di "sede principale" e, quindi, decifrare il modello di territorialità della persona giuridica tracciato dal decreto.

L'art. 4 non ha disciplinato la fattispecie in cui il reato si consideri commesso nel territorio dello Stato (art. 6 c.p.) nell'interesse o a vantaggio di un ente non radicato, perché ad es. stabilito («sede principale») o costituito all'estero. Le decisioni che hanno affrontato il tema profondono ampio sforzo per interpretare il silenzio legislativo nel senso della sostanziale irrilevanza, per l'ipotesi del reato territoriale, di «genuine connections» tra l'ente (o la sua operatività) e il territorio dello Stato italiano. Non è ben chiaro, in effetti, alla luce di questi orientamenti applicativi, se l'affermazione della pretesa punitiva nei confronti dell'ente abbia una base apertamente extraterritoriale (e, in effetti, così si dovrebbe concludere, almeno alla luce del dibattito internazionale[60]); o se, invece, debba essere considerato come nesso tra l'ente e il territorio dello Stato lo stesso "fatto di connessione", ivi commesso (art. 6 c.p.), con la conseguenza di attribuire al decreto n. 231 una base giurisdizionale di tipo territoriale.

La giurisprudenza non esprime una posizione univoca su questo punto nodale e, nel complesso, dimostra un atteggiamento interpretativo oscillante se non del tutto evasivo. In talune decisioni[61], si afferma convintamente che l'ente replica dalla persona fisica i criteri di radicamento della giurisdizione che il codice penale stabilisce per il reato individuale (quindi, anche l'art. 6 c.p., che consacra il principio di territorialità, in tutte le sue potenzialità). Il decreto n. 231, secondo questa prospettiva, malgrado l'art. 4, non avrebbe stabilito un'autonoma disciplina transnazionale per l'illecito punitivo dell'ente; e da qui discenderebbe, come un'implicazione necessaria, che a radicare la pretesa punitiva sarebbe appunto il reato commesso dall'apicale o dal sottoposto (art. 5 del decreto), in cui, in buona sostanza, l'illecito finirebbe per identificarsi, quanto meno ai fini di definire la portata spaziale della disciplina punitiva dell'ente.

L'impianto argomentativo è poi - forse un po' retoricamente - riproposto in altre sentenze, dove, però, si aggiungono ulteriori elementi paradossali e dai quali emergono insopprimibili incertezze. Così, non ci si limita ad affermare la giurisdizione sull'ente "straniero" in funzione della territorialità del reato (art. 6 c.p.), ma a fondare la pretesa sarebbe anche l'operatività economica o commerciale della società nel territorio dello Stato[62]. Se, da un lato, si considera il fatto individuale un criterio sufficiente a radicare la giurisdizione, dall'altro si evoca suggestivamente l'operatività *territoriale* dell'ente "straniero" per suffragare l'applicazione della legge punitiva. La contraddizione insita in questo modo di argomentare rivela ad un tempo la fragilità del tentativo di concettualizzazione e la mancata considerazione della portata e delle implicazioni sistematiche che realmente connotano la questione in esame.

A sostegno della posizione sinora espressa in giurisprudenza si richiama, anche in dottrina[63], una teoria di argomenti di ordine esegetico, puntualmente tramandati di caso in caso. In questa sede, ci si limiterà ad una disamina rapida, al solo fine di dimostrare che nessuno di essi è univocamente in grado di sostenere l'interpretazione del decreto n. 231 come un regime sanzionatorio dotato di una portata sostanzialmente extraterritoriale. L'esordio della nota sequenza è l'art. 1 del decreto: nel delineare l'ambito soggettivo di applicazione, la norma non attribuisce alcun rilievo alla «territorialità» o «nazionalità» dell'ente; e, in questo senso, il legislatore non avrebbe inteso escludere dal campo di applicazione le organizzazioni sprovviste di elementi di contatto con l'ordinamento interno. Ma così si conferisce all'art. 1 una portata che non ha e non può avere: la norma seleziona i fenomeni organizzativi soggetti all'applicazione della disciplina punitiva in funzione di parametri selettivi che hanno esclusivamente a che fare con le caratteristiche intrinseche dell'aggregato

sociale[64]; di conseguenza, in questa prospettiva, alcuna rilevanza può assumere la relazione che l'ente intrattiene con lo spazio di validità del diritto interno. L'art. 1 – molto semplicemente – non è una norma che regola la materia della giurisdizione nei confronti dell'ente. La tesi prospettata nel "diritto vivente" presuppone un'improbabile confusione di piani, che il legislatore – almeno in questo caso – ha mantenuto logicamente distinti. Del resto, in modo paradossale alla lettura applicativa in esame, il comma terzo dimostra come, nel selezionare in negativo gli enti estranei all'applicabilità del decreto, si siano adottati parametri di qualificazione («enti pubblici territoriali», «enti pubblici non economici», «enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale») "domestici", cioè appartenenti ad una tradizione interpretativa (ad es. amministrativa) essenzialmente territoriale.

La teoria di argomenti prosegue poi con le disposizioni di cui agli articoli 34 e 36 del decreto n. 231. La prima norma apre, come noto, il capo del decreto relativo al procedimento di accertamento della responsabilità dell'ente e di applicazione delle relative sanzioni. Nel rinviare alle «disposizioni del codice di procedura penale» e alle disposizioni attuative, l'art. 34 autorizzerebbe l'applicazione nell'ambito materiale della responsabilità dell'ente anche dell'art. 1 del codice di rito. Disposizione, quest'ultima, che legittimerebbe il giudice penale italiano a conoscere di «tutte le violazioni commesse in Italia», indipendentemente dalla nazionalità dei relativi autori. In realtà, come si è già altrove osservato, l'art. 34 del decreto rinvia sì alle norme del codice di rito ma regola questa dinamica di rinvio attraverso una clausola di compatibilità espressa. La selezione delle norme che attengono ai modi di accertamento della responsabilità penale della persona fisica deve avvenire in funzione di una verifica di compatibilità in rapporto all'autonoma struttura e al programma teleologico del sistema di responsabilità della persona giuridica. La rilevanza della clausola di compatibilità è stata, d'altro canto, ben posta in luce dalla giurisprudenza di legittimità, quando ha escluso la costituzione di parte civile nei confronti della persona giuridica, sulla scorta di considerazioni che attengono alla struttura della fattispecie di responsabilità e alla valorizzazione della relativa autonomia di disciplina[65]. L'art. 1 del codice di rito non ha peraltro il contenuto che affrettatamente gli si attribuisce: non si tratta di una norma di diritto transnazionale[66], dal momento che essa non regola gli ambiti della giurisdizione penale sul reato; e, in questo senso, non può essere considerata – addirittura - come la fonte di un (autonomo) potere giurisdizionale sul fatto proprio della persona giuridica. Si limita, a ben vedere, ad individuare nei giudici «previsti dalle leggi di ordinamento giudiziario» gli organi istituzionalmente competenti per l'esercizio della funzione giurisdizionale in materia *penale*, nei casi stabiliti dalla legge penale (artt. 3, 6 e ss. c.p.) e dalle altre fonti a ciò abilitate.

Anche l'art. 36, come accennato, riveste un rilievo centrale nell'economia degli argomenti squadernati nelle decisioni che hanno sinora affermato la soggezione di enti "non radicati" alla disciplina punitiva del decreto n. 231. La disposizione è stata peraltro evocata da autorevole dottrina[67] come la fonte per il «decisivo» riconoscimento normativo dell'operatività dell'art. 6 c.p. anche nel contesto della responsabilità degli enti. In realtà, ancora una volta, l'aspetto critico di queste letture risiede nella valorizzazione oltre misura di un indice normativo che presenta una portata molto più circoscritta: in breve, l'art. 36 è norma che regola né più né meno che la competenza del giudice penale a conoscere dell'illecito amministrativo dell'ente; essa presuppone, quindi, che la questione relativa alla pretesa giurisdizionale nei confronti della persona giuridica sia stata già positivamente risolta in favore del giudice penale interno. Nuovamente si assiste ad un'improbabile confusione di piani (giurisdizione e competenza) sistematicamente e teoricamente equidistanti.

Gli argomenti passati in rassegna non sono in grado di sostenere – come si pretende – un'interpretazione che assegna al decreto n. 231 una portata tecnicamente *universale*, se riguardata nella prospettiva del soggetto che è il destinatario (art. 1) della disciplina punitiva: cioè l'ente. Quest'ultimo è assoggettato alla pretesa sanzionatoria domestica in funzione di una base legale (nazionalità; presenza economica; collegamento territoriale) che, come accennato, non risulta sinora precisata. Si oscilla confusamente tra territorialità del fatto di connessione e operatività commerciale della persona giuridica nel territorio nazionale. La mancata individuazione di una base legale sufficientemente determinata solleva consistenti profili di frizione con il principio di non interferenza nell'ambito di sovranità degli stati in cui gli enti sono costituiti o stabiliti. Si tratta di una dimensione del problema che non è stata in alcun caso affrontata dalla giurisprudenza interna, malgrado l'intero dibattito (teorico e applicativo) intorno alle forme di giurisdizione extraterritoriale si sia concentrato, soprattutto a livello internazionale, esattamente sulla loro compatibilità con i consolidati principi del diritto internazionale consuetudinario[68].

4. Elementi per una comparazione: la «presumption against extraterritoriality» come presidio della «foreign affairs competence». Il declino delle *global courts* nell'esperienza ordinamentale statunitense.

In realtà, rilevata l'insufficienza dell'approccio con cui la questione è stata sinora affrontata in giurisprudenza, si può tentare un percorso che muova in un'altra prospettiva. A tal proposito, si traggono significative indicazioni da una rapida comparazione con l'esperienza dell'ordinamento statunitense - storicamente dotato di un'articolata *jurisdiction doctrine* – e nel quale si è di recente osservata una radicale rivisitazione dell'approccio di fondo seguito in questa materia.

La svolta si è realizzata in due noti casi, affrontati dalla Corte Suprema, che hanno incisivamente condizionato lo sviluppo della riflessione teorica e gli approcci operativi (e legislativi) di altri ordinamenti. In entrambe, si assiste ad un vigoroso recupero del canone interpretativo della «presumption against extraterritoriality»[69] nell'ambito di un rinnovato *test* volto a verificare la *reasonableness*[70] di applicazioni extraterritoriali del diritto interno, nell'ottica di assicurarne la compatibilità e con il diritto internazionale consuetudinario e con l'assetto costituzionale.

Il canone della «presumption against extraterritoriality» si inserisce nel solco del costituzionalismo americano e si riconnette ad una concezione che enfatizza il c.d. *federative power* («foreign affairs competence») come un ambito in cui la garanzia della separazione dei poteri (soprattutto rispetto a quello giudiziario) si esprime con maggior ampiezza e vigore (*foreign affairs exceptionalism*)[71].

Nel caso *Morrison v. National Australia Bank* (2010), la Corte Suprema[72] si confronta con una fattispecie concreta che ha carattere tipicamente «transnazionale»: alcuni investitori (anche stranieri) chiamano in giudizio di fronte ad una corte federale una società estera e una stabilita in Florida perché si accerti una frode (*misconduct*), commessa nel territorio degli Stati Uniti, riguardante però una transazione su titoli, realizzata all'estero, in Australia. Si pone la questione se la legge interna (il *Securities Exchange Act* del 1934) abbia o meno una portata extraterritoriale e se sia, quindi, applicabile anche in relazione a transazioni su titoli occorse all'estero. La Corte, con l'*opinion* del Justice Scalia, innova l'approccio interpretativo, sino a quel momento seguito, e propone di guardare al *focus* «of the Act» per individuare l'elemento che deve essere considerato decisivo per accertare la portata spaziale: nel caso di specie, questo elemento rilevante deve essere identificato nella *transazione*, non già nella condotta decettiva: «the Exchange Act's focus is not on place where the deception originated [U.S.], but on purchases and sales of securities in the United States»[73]. Focalizzato questo elemento, per decifrare la portata geografica della legge interna si deve muovere dalla considerazione che «it is a longstanding principle of American Law that legislation of Congress, unless a contrary intent appears, is meant to apply only within the territorial jurisdiction of the United States»; per questa ragione, «when a statute gives no clear indication of an extraterritorial application, it has none». In questa prospettiva, secondo la Corte, la presunzione circa il carattere territoriale del diritto interno risulta insuperabile ogniqualvolta «the probability of incompatibility with other countries' law is so obvious that if Congress intended such foreign application it would have addressed the subject of conflicts with foreign laws and procedures»[74].

L'impostazione adottata in *Morrison v. National Australia Bank* è stata recepita e perfezionata in *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum co.* (2013)[75]. La Corte Suprema (*opinion* del Justice Roberts) si esprime, questa volta, in un tipico ATS's *case* (Alien Tort Statute)[76]: di fronte ad un giudice federale sono convenute, da parte di alcuni cittadini nigeriani residenti negli Stati Uniti, alcune società tedesche, inglesi e nigeriane, perché responsabili di aver agevolato e sostenuto le forze governative nigeriane nella violazione del «law of nations» (*international human rights law*) in territorio estero. La sentenza *Kiobel* assume un notevole rilievo nell'ambito dei c.d. *transnational human rights litigations* perché segna un crepuscolo per l'impiego dell'*Alien Tort Statute* (ATS) come strumento per realizzare forme di tutela transnazionale dei diritti umani, riconosciuti dalle fonti internazionali, specialmente con riguardo all'attività di società multinazionali, operative in contesti in via di sviluppo o di decolonizzazione. Prima di *Kiobel,* come dimostra la casistica più rilevante, l'applicazione extraterritoriale dell'ATS ha finito per conferire alle corti domestiche una vasta proiezione globale[77].

La Corte Suprema traccia nuovi confini giurisdizionali, applicando la *presumption against extraterritoriality*: «there is no indication that the ATS was passed to make the United State as uniquely hospitable forum for the enforcement of international norms». L'intera motivazione si muove lungo il tracciato costituzionale del principio di separazione dei poteri: la questione *reale* che si pone «is not what Congress has done but what

courts may do». La presunzione di territorialità della legge nazionale, in quest'ottica, opera come un effettivo presidio interpretativo per garantire che «the Judiciary does not erroneously adopt an interpretation of U. S. law that carries foreign policy consequences not clearly intended by the political branches»[78]. L'applicabilità extraterritoriale di una legge interna espone l'ordinamento a situazioni di conflittualità nelle relazioni internazionali e, allo stesso tempo, può determinare «unintended clashes between our laws and those of other nations». Per queste ragioni, l'extraterritorialità deve essere oggetto di un'esplicita opzione del legislatore, che non può essere surrogata da una decisione giudiziaria.

5. Dimensioni neglette nella discussione intorno alla proiezione extraterritoriale del decreto n. 231: oppure avvisaglie della «società delle corti».

I due casi sinteticamente richiamati e, più in generale, gli sviluppi che riguardano questa materia offrono spunti di riflessione e qualche indicazione, come si diceva, per reimpostare il percorso.

E' appena il caso di osservare come nella discussione teorica e applicativa intorno all'extraterritorialità del diritto punitivo interno (decreto n. 231) non siano sinora emerse le dimensioni costituzionali, poc'anzi evocate, che rappresentano invece le prospettive critiche del dibattito in altri ordinamenti, pure espressivi di culture giuridiche contigue; in effetti, la *presumption against extraterritoriality* e il corollario di argomenti che ad essa si riconnettono non appartengono alla tradizione interpretativa interna in materia di giurisdizione. Anche nei contesti sistematici, dominati da istanze di legalità formale (paradigmatico quello penale e punitivo più in generale), non sembrano rivestire rilievo risolutivo considerazioni che attengono alla necessità insuperabile di conservare la discrezionalità del legislatore nella gestione degli interstizi tra sovranità. Come dimostrano le sentenze in tema di applicabilità extraterritoriale del decreto n. 231, il silenzio legislativo è, in realtà, solo un'occasione proficua, che non deve essere mancata, per sviluppare interpretazioni in grado di impegnare l'intero ordinamento nei suoi rapporti con altri Stati. La circostanza che il decreto n. 231 non abbia approntato un'apposita disciplina per i *conflict of laws,* evidentemente prevedibili, non è reputata sufficiente a dubitare della lettura extraterritoriale; in altri ordinamenti, in assenza di una *conflict rule*, la presunzione di territorialità del diritto interno avrebbe ostacolato soluzioni alternative, conservando il silenzio normativo. In generale, la distanza tra l'approccio interno e quello adottato in altre esperienze (pure, storicamente, tendenti all'extraterritorialità), si coglie in taluni passaggi motivazionali delle decisioni in parola[79], dove le corti argomentano con considerazioni di *policy* e proclamando consapevoli impegni per reagire agli spazi di impunità dischiusi dalla globalizzazione, in modo del tutto coerente con una rappresentazione di sé quali giudici di scopo. Si tratta, come avvertito in letteratura[80], di atteggiamenti interpretativi che agevolmente si spiegano nella prospettiva di un'emergente «società delle corti»[81], innescata dalla globalizzazione, in cui i singoli giudici nazionali, nei diversi ambiti materiali, contribuiscono – spesso in misura prevalente – alla definizione di prassi interpretative od operative, condivise con altre corti "globali", che concorrono realmente alla *governance* dei fenomeni mondiali[82]. La globalizzazione – è stato già rammentato – ha intensamente esaltato la funzione giudiziaria: ciò si avverte, in modo quasi plastico, nelle fattispecie a carattere transnazionale: qui le corti nazionali operano come *border guard*, aprono e chiudono i confini dell'ordinamento, tracciano le regole dei conflitti normativi, li risolvono e li creano; poi organizzano gli spazi dell'interazione tra «l'interno e l'esterno», fissano i criteri per orientarsi nelle strutturali situazioni di multinormatività e compongono e ricompongono il diritto individuale del singolo caso[83].

In quest'ottica, come meglio si dirà, deve essere letto il tentativo delle corti di merito[84] di elaborare inediti criteri – come quello dell'equivalenza normativa e dell'assimilazione in concreto – per gestire in autonomia quelle situazioni di divergenza e conflittualità normativa che il legislatore, nel decreto n. 231, ha ritenuto di non affrontare, dettando una puntuale disciplina per l'individuazione del diritto applicabile.

La casistica in tema di extraterritorialità sottende imponenti questioni di diritto applicabile; le fattispecie transnazionali, caratteristiche degli attuali processi di mondializzazione delle imprese, sollevano conflittualità normative più acute e complesse, soprattutto in ragione della speciale "dimensione qualitativa" che presentano: i conflitti non coinvolgono esclusivamente frammenti giuridici che provengono da diritti nazionali o dal diritto internazionale, ma in modo sempre più consistente investono frammenti normativi che – come ricordato – non appartengono ad ordinamenti territoriali fissati nelle cartografie politiche; l'interazione tra diritti nazionali e questo diritto ibrido o transnazionale (public soft law; normazione tecnica; *standards*; autonormazione;

transnational private regimes) genera problemi di *conflict of laws* del tutto inediti, la cui risoluzione, in assenza di parametri orientativi legali, è delegata nuovamente al giudice del caso concreto. E' inevitabile che le fattispecie concrete di responsabilità di società transnazionali presentino queste dimensioni problematiche, come è già emerso in una precisa casistica; l'approccio delle corti rispetto a tali aspetti è ancora sintomatico di una certa inconsapevolezza, che alimenta soluzioni votate ad un certo pragmatismo che non risultano sempre risolutive né, soprattutto, coerenti con ragioni di tutela (legalità-prevedibilità) fortemente coinvolte nelle dinamiche del diritto applicabile.

In generale, l'impressione che si trae, analizzando gli orientamenti applicativi in tema di responsabilità punitiva di società "non radicate" nel territorio dello Stato, è appunto quella di una sostanziale svalutazione delle problematiche di diritto applicabile che le fattispecie transnazionali propongono in modo esemplare. Al contempo, è del tutto negletta anche la prospettiva della *legalità* e, più precisamente, della necessaria riconoscibilità della materia del divieto. Il principio di legalità e i nuclei di tutela che esso esprime non sembrano rilevanti quando si discute dell'applicabilità extraterritoriale della disciplina punitiva degli enti e dell'individuazione dei parametri legali (del «diritto applicabile») che il giudice interno adotta nella valutazione della condotta organizzativa di società altrove radicate od operative. L'esperienza di ordinamenti che hanno conosciuto, per ragioni essenzialmente storiche, una forte e reale vocazione extraterritoriale (Stati Uniti; Regno Unito), suggerisce come le questioni di giurisdizione precipitino in una verifica circa la ragionevole prevedibilità del radicamento della pretesa: non soltanto il criterio di collegamento («genuine connection») deve essere espresso, quindi prevedibile; ma deve altresì possedere una consistenza tale da porre l'individuo o la società nella condizione di determinarsi in funzione della possibilità che un altro Stato possa esercitare una pretesa giurisdizionale, applicando il relativo diritto[85].

Nelle sue *rationes* di tutela, la legalità (art. 25, co. 2, Cost.) è sensibilmente coinvolta nelle questioni transnazionali che riguardano il sistema di responsabilità degli enti; eppure, nella prassi, è ridotta ai margini e cede facilmente il passo alla prerogativa punitiva, pur a fronte di un quadro del diritto positivo (il nostro decreto legislativo) che risulta sprovvisto di sufficienti indicazioni per assicurare che essa si realizzi in modo compatibile con il principio di legalità. Anche in dottrina, per vero, la questione in esame è raramente tematizzata sul piano della legalità; anzi, in molti autorevoli contributi – come si dirà -, si tracciano percorsi interpretativi e, più in generale, letture che tentano di sanare le numerose criticità (rilevanti proprio sotto il profilo della *legalità*) invocando altri principi e differenti nuclei di garanzia. Aspetti fondamentali e quesiti importanti che attengono al "diritto applicabile" (quali parametri il giudice è tenuto ad applicare per valutare il comportamento organizzativo di società non radicate?) sono trattati e risolti sul versante concreto o processuale, richiamandosi al diritto di difendersi, provando[86]; e in tal modo si assiste alla degradazione delle istanze di tutela, per cui la legalità è destinata ad una forzosa uscita di scena, quando sarebbe stato invece il suo momento.

6. Il «focus» del d.lgs. n. 231/2001: la territorialità è un'implicazione necessaria della struttura dell'illecito punitivo e risponde ad esigenze di legalità del rimprovero per colpevolezza organizzativa.

L'approccio alternativo deve muovere esattamente dall'indagine sul «focus» del decreto n. 231 e, più in generale, della disciplina punitiva in materia di responsabilità degli enti; riprendendo le suggestioni comparatistiche, sopra brevemente svolte, occorre identificare, alla luce della struttura della fattispecie di illecito, l'«elemento rilevante» da cui risalire alla portata *spaziale* (territoriale o extraterritoriale) del sistema punitivo. Si aprono, allora, due differenti prospettive ricostruttive che, come si dimostrerà, convergono verso il medesimo esito: *i*) la prima concerne l'analisi della disciplina transnazionale espressamente prevista dal decreto n. 231 all'art. 4; in breve, è necessario verificare se questa disposizione, indicando nella «sede principale» dell'ente il criterio di collegamento che fonda la giurisdizione sulla società (art. 1), non esprima, al fondo, una riconoscibile opzione del legislatore in ordine alla proiezione spaziale del sistema di responsabilità; *ii*) muovendo dalla considerazione dell'art. 4 e delle sue implicazioni sistematiche, risulta determinante analizzare l'elemento di territorialità oggettiva («sede principale») nell'ottica della complessiva struttura dell'illecito punitivo dell'ente: ci si chiede, in altre parole, se quel criterio sia coerente con la dinamica del rimprovero normativo, delineato nel decreto; e se questa coerenza sistematica tra nesso di collegamento e modello di illecito sia o meno risolutiva per sciogliere l'alternativa tra territorialità ed extraterritorialità del sistema normativo. In realtà – lo si anticipa -, l'art. 4 e la disciplina transnazionale lì prevista

sono intrinsecamente consentanei alla struttura e al contenuto sostanziale dell'illecito punitivo dell'ente; la considerazione di questo dato sistematico assume portata risolutiva per decifrare i limiti spaziali di applicazione del decreto n. 231. E' significativo, al riguardo, come la giurisprudenza, che pure identifica nel reato l'«elemento rilevante» per definire la portata spaziale del compendio sanzionatorio, non abbia ancora verificato la reale compatibilità di una tale soluzione sia con la disciplina transnazionale espressa dell'art. 4 sia con lo stesso modello di illecito punitivo, coniato dal decreto.

L'art. 4 stabilisce uno statuto transnazionale *autonomo* per l'ente e, più precisamente, per l'illecito punitivo ad essa riferibile[87]. Quando il fatto di connessione è extraterritoriale, non sono sufficienti a fondare la pretesa sulla società i criteri (artt. 7 e ss. c.p.) che invece radicano la giurisdizione per la persona fisica. La disciplina concepita per il soggetto collettivo è quindi autonoma rispetto a quella che il codice penale stabilisce per il reato; l'art. 4 fissa un elemento di connessione oggettivo – la sede principale della società - che si rivela, d'altra parte, del tutto coerente con una compiuta e consolidata tradizione in tema di disciplina della giurisdizione per soggetti diversi dalle persone fisiche[88]. Il criterio della «sede principale» allude, in buona sostanza, al paradigma della «corporate presence», declinato, come intuibile, in un'accezione tendenzialmente formale. L'*asimmetria* che l'art. 4 instaura con le norme transnazionali che regolano la giurisdizione sul «fatto di connessione» non può essere sottovalutata; essa assume, in realtà, diversi significati. Risponde, anzitutto, ad un'esigenza di coerenza basilare della disciplina punitiva, dal momento che individua un criterio di collegamento – o, se si preferisce, una base legale della giurisdizione – in funzione della speciale natura del soggetto che ne è il destinatario, cioè l'ente collettivo (art. 1); la «corporate presence» è un nesso di collegamento storicamente elaborato per assimilazione alla presenza fisica dell'individuo; come ricordato, si è poi evoluto per corrispondere alla crescente complessità dell'organizzazione aziendale e dei processi economici. Da questo punto di vista, l'art. 4 descrive un'autonoma base legale per affermare la giurisdizione sull'ente: rimane, allora, quanto meno opinabile che la medesima esigenza di concepire un criterio di radicamento della giurisdizione *coerente* con l'ontologia normo-organizzativa della persona giuridica sia emersa solo in relazione al reato extraterritoriale. Ma non è attraverso questo genere argomenti che può maturare una tesi circa l'ambito spaziale di applicazione del decreto. Piuttosto, è utile interrogarsi sulle ragioni sostanziali che giustificano, nell'ottica del sistema in esame, la precisa opzione di circoscrivere il raggio applicativo del decreto in funzione di un collegamento territoriale tra l'ente e l'ordinamento interno. Come è stato acutamente osservato in dottrina[89], l'art. 4, nel regolare l'efficacia spaziale dell'assetto punitivo, ha introdotto un significativo temperamento, in chiave *territoriale*, dell'approccio extraterritoriale che, con varia intensità, caratterizza lo statuto transnazionale del reato (artt. 7 e ss. c.p., cui rinvia l'art. 4). Appare dirimente, per l'appunto, la ricognizione del fondamento sostanziale di questo elemento di temperamento.

La previsione della «sede principale» trova la sua ragionevole spiegazione se riguardata nell'ottica del modello di responsabilità della persona giuridica e, quindi, alla luce del contenuto del rimprovero normativo per difettosa organizzazione[90]. La localizzazione dell'ente nel territorio dello Stato, con la sua «sede principale», costituisce la *soglia sufficiente e necessaria* per *presumere* instaurato per l'ente quel dovere informativo circa la materia del "divieto" che ne consente la sanzione in caso di inosservanza. Il contatto territoriale, così intensamente qualificato («sede principale»), pone l'ente nella condizione di orientare il proprio comportamento organizzativo in funzione di parametri legali (art. 6 del decreto) che l'ordinamento può, in astratto, considerare conosciuti e ragionevolmente prevedibili. Come sovente accade – e l'analisi comparata lo dimostra, inequivocabilmente – i «nessi» che fissano il perimetro della giurisdizione dipendono in larga misura dai contenuti sostanziali della disciplina cui essi accedono. E il decreto n. 231 non si sottrae affatto a questa relazione. Il parametro della «sede principale» è, in tal senso, coerente con la dimensione fortemente normativizzata del rimprovero per colpa di organizzazione e, quindi, con la stessa conformazione dell'illecito punitivo, fondato su profili di «tipicità soggettiva»[91]. Si può discutere se la scelta così netta – non solo la «sede», ma anche quella «principale» nel territorio dello Stato – sia compatibile con valutazioni di politica-criminale che avrebbero magari suggerito di mitigare l'intensità del collegamento che l'art. 4 esige per affermare la giurisdizione sull'ente. E' però necessario considerare come l'opzione adottata nel decreto risponda ad un'esigenza, del tutto ragionevole, di contemperare l'extraterritorialità del fatto di connessione: la previsione di un nesso più lasco per la società avrebbe ulteriormente accresciuto le già consistenti criticità[92] connesse all'applicazione del decreto.

A ben vedere, nel decreto n. 231, con l'art. 4 è stata

coniata un assetto che può essere agevolmente ricondotto al paradigma – di cui si è già detto[93] - dell'*extraterritorial territoriality*. Le prevedibili implicazioni extraterritoriali del diritto punitivo interno (si pensi, ad es., alla conformazione dello stabilimento estero al modello organizzativo, coniato sul calco dell'art. 6 e 30 del d.lgs. n. 231) hanno suggerito di circoscriverne la portata applicativa ai soli enti che abbiano instaurato con l'ordinamento un contatto radicale, stabile e formale come quello dato dalla «sede principale».

A sostegno di questa ricostruzione, che propone di leggere la "territorialità" dell'ente (art. 4) come un'implicazione necessaria del contenuto del rimprovero per colpa di organizzazione, è stato evocato anche l'art. 25 della legge n. 215/1995. La soluzione adottata per gli enti dal decreto in parola si rivela del tutto coerente con questa disposizione, che ha un ambito materiale niente affatto circoscritto all'emisfero in senso lato civilistico[94]. L'art. 25 della l. n. 218 pone né più né meno che un'articolata *conflict rule* e stabilisce una criteriologia per identificare la «legge regolatrice dell'ente» (comma 2°) e, cioè, il diritto (anche straniero) che il giudice domestico applica con riferimento ad un complesso di aspetti inerenti il soggetto collettivo come, tra l'altro, la «formazione, i poteri e le modalità di funzionamento degli organi». L'art. 25, comma 1°, indica nella «sede dell'amministrazione» - costantemente interpretata come la sede da cui provengono gli impulsi volitivi direzionali – il criterio di collegamento per l'applicazione della *lex societatis* italiana, indifferentemente dalla circostanza che l'ente sia costituito all'estero, perché ivi incorporato o in altra forma registrato. Un'impostazione formalistica nega recisamente ogni rilevanza o significato sistematico all'art. 25 quando si discute della responsabilità degli enti: saremmo di fronte, cioè, ad una disciplina punitiva, che nulla avrebbe a che fare con la norma di diritto privato internazionale, al più tesa a regolare profili risarcitori conseguenti dalla violazione della legge regolatrice (una volta che questa sia stata definita). In realtà, soltanto un eccesso di formalismo induce a coltivare steccati disciplinari così (apparentemente) perfetti e solidi, trascurando di considerare – ed è questo il punto – come il modello di organizzazione, gestione e controllo e, più in generale, la competenza di autoregolazione, delegata all'ente (artt. 6 e 7), rappresenti, allo stato, una precisa modalità di funzionamento dell'organizzazione, fissata dalla legge, sino al punto da integrare – come da molti osservato – quell'obbligo di dotare la società di adeguati assetti organizzativi, funzionali a garantire la *compliance* dell'ente. In quest'ottica, l'art. 4 risulta compatibile con l'art. 25 l. cit., nella misura in cui condiziona l'applicabilità del decreto alla circostanza che l'ente abbia la sede principale nel territorio dello Stato (requisito, quest'ultimo, evidentemente assimilabile alla «sede dell'amministrazione», cui si riferisce norma di d.i.p.).

L'elemento di territorialità obiettiva, richiesto dall'art. 4, opera come una precondizione normativa del rimprovero per difettosa organizzazione; questa lettura condiziona inevitabilmente anche la decifrazione del «nesso»: come debba essere concretamente intesa la «sede principale». Su questo profilo si sono avvicendate numerose tesi, che altrove abbiamo tentato di sintetizzare, ponendo in evidenza le criticità di ciascuna, soprattutto in termini applicativi[95]. Il campo è conteso da due impostazioni radicalmente differenti: la «sede principale» (o, più in generale, il criterio di collegamento territoriale) dovrebbe essere identificata come il luogo dove si è concretamente realizzato il *deficit* organizzativo che ha consentito il verificarsi del reato (*place of organizational failure*)[96]; secondo la diversa ricostruzione, il nesso dovrebbe invece identificarsi nel luogo organizzativo in cui si formano e si assumono le decisioni strategiche di gestione e di organizzazione dell'ente, comprese le direttive in materia di *compliance*, anche con riferimento ad eventuali proiezioni organizzative radicate in territorio estero, come stabilimenti produttivi e via dicendo (*place of risk management failure*)[97]. Quest'ultima impostazione risulta preferibile, perché compatibile con la lettura – qui proposta – della «sede principale» come centro di imputazione della colpa di organizzazione, in modo consentaneo alla meccanica del rimprovero. In tal senso, si considera radicata nel territorio italiano la società che *ivi* abbia stabilito quel «centro dell'attività direttiva, amministrativa od organizzativa dell'impresa e di coordinamento dei fattori produttivi»[98], da cui dipendono le decisioni di fondo in tema di prevenzione organizzativa del rischio-reato con riferimento al contesto di attività in cui si è verificato il fatto di connessione. Sono però necessarie alcune precisazioni. Sovente si richiama, in letteratura, l'opportunità di adottare un approccio *effettuale*[99] che valorizzi, nell'individuazione della «sede principale», le reali dinamiche dei processi decisionali della società, fugando il rischio di appiattimenti formalistici sulla «sede legale», che espongono l'intero sistema punitivo ai comportamenti elusivi e strategici (opportunistici) delle imprese. Il rischio è reale ma l'approccio effettuale non può essere valorizzato oltremodo, in ragione delle (immani) difficoltà con cui il giudice dovrebbe confrontarsi a fronte

della crescente complessità dell'organizzazione aziendale e delle reali dinamiche con cui si elaborano, deliberano e attuano le decisioni strategiche nell'ambito delle società contemporanee (qui è sufficiente accennare ai fenomeni dell'informatizzazione e smaterializzazione di procedure, contesti organizzativi e soprattutto processi decisionale).

Superando ingenuità, improbabili psicologismi organizzativi (ad es. la teoria degli impulsi volitivi) e altri moduli di accertamento anacronistici, la soluzione è un metodo che contemperi approccio effettuale e esigenze normative di imputazione. Si tratta di procedere per approssimazioni graduali, secondo una metodologia "a scalare", considerando anzitutto gli indici formali di identificazione («sede legale», art. 46 c.c.; altri elementi di autorappresentazione formale della società); soltanto in seconda battuta, in presenza di una discrasia tra dato formale ed effettuale, si rivelano decisivi gli aspetti reali e concreti dell'organizzazione aziendale. La giurisprudenza ha comunque definito, in altri contesti sistematici, una serie di indici probatori che il giudice applica quando si tratta di stabilire la localizzazione geografica di un soggetto collettivo. In prospettiva costruttiva, è seriamente da valutare l'opportunità di modificare l'art. 4, comma 1°, integrandolo con una serie definita di indicatori, organizzati a scalare (nei termini anzidetti) e dotati di un coefficiente inferenziale stabilito *ex lege*; una tale soluzione – è evidente - conferirebbe al requisito di territorialità un maggior grado di determinatezza nella sua concretizzazione processuale.

In ultima analisi, per le considerazioni sinora svolte, il significato sistematico dell'art. 4 è chiaro: non è il fatto di connessione, il reato individuale, l'«elemento rilevante» che definisce la portata spaziale della disciplina punitiva; il decreto ha, infatti, individuato nella sede principale quella «genuine connection» sufficiente e necessaria per instaurare la pretesa giurisdizionale sull'ente; l'espressa previsione di una *legal basis* per la giurisdizione si riconnette ad esigenze di legalità-prevedibilità e conferma la dimensione territorialmente limitata dei parametri legali (art. 6) che innervano il rimprovero normativo. Le stesse esigenze sostanziali, sottese alla previsione espressa di un nesso di collegamento, si presentano, in modo ancor più vivido, nelle fattispecie transnazionali in cui il fatto di connessione si considera commesso nel territorio dello Stato (art. 6 c.p.) e si considera irrilevante che l'ente intrattenga con l'ordinamento interno una «genuine connection».

L'interpretazione dell'art. 4, qui operata, si alimenta, inoltre, di una precisa ricostruzione dell'illecito punitivo dell'ente, che ne esalta l'autonomia rispetto al fatto di connessione[100]. Le decisioni che riconoscono l'applicabilità «extraterritoriale» del decreto n. 231 muovono, come noto, da un'opposta visione della relazione che intercorre tra fatto di connessione e illecito dell'ente: è il luogo di commissione del reato individuale a decidere della giurisdizione sull'ente, atteso che l'illecito punitivo in esso si esaurisce e, in ogni caso, non è possibile identificare alcun «fatto proprio», autonomamente ascrivibile al soggetto collettivo. In giurisprudenza si è fatto ricorso a questa impostazione in modo propedeutico alla soluzione del quesito transnazionale nel senso dell'extraterritorialità. Si tratta, però, di una lettura della fattispecie di responsabilità dell'ente che finisce per annichilirne la dimensione più qualificante, che attiene – appunto – alla violazione della regola di autodisciplina, in funzione della prevenzione di precisi reati. La tesi «monistica», che postula l'identità tra i due illeciti (penale e punitivo), risulta d'altro canto fortemente ridimensionata nella prassi interpretativa: superate talune ricostruzioni in chiave concorsuale, sostenute anche da raffinata dottrina[101], la giurisprudenza ha riconosciuto, in plurime occasioni[102], il carattere autonomo dell'illecito punitivo, la sua irriducibilità al fatto individuale, la relazione di equidistanza che li contraddistingue e l'immunità della fattispecie di responsabilità dell'ente rispetto alle vicende giuridiche che investono il reato. Da questo punto di vista, è difficile non intravedere nella tesi dell'extraterritorialità del decreto n. 231, argomentata sull'identità degli illeciti, un elemento di radicale incoerenza con gli orientamenti interpretativi che muovono in tutt'altra direzione. Questa incoerenza conferma l'impressione di un'intrinseca fragilità della costruzione dogmatica dell'illecito punitivo: la giurisprudenza spesso affronta il quesito intorno alla struttura e composizione della fattispecie di responsabilità in ottica schiettamente strumentale a risolvere specifiche questioni, prescindendo da una compiuta considerazione delle implicazioni sistematiche in ordine alla fisionomia dell'illecito che discendono dalle singole conclusioni raggiunte. Si abdica così all'elaborazione di una trama sistematica: e l'illecito punitivo è, nella sua struttura, instabile e variabile alla bisogna; da un punto di vista metodologico, la dogmatica presta un servizio assai deludente all'interpretazione del sistema e si rivela, alla luce di questi orientamenti, uno strumento *bonne à tout faire*.

Non è questa la sede per ripercorrere la discussione circa la morfologia dell'illecito dell'ente; studi validissimi propongono analisi lucide, efficaci

quadri ricostruttivi e fondamentali prospettive interpretative[103]. Il d.lgs. n. 231, peraltro, non offre alcuna indicazione davvero univoca per ciò che attiene alla relazione intercorrente tra fatto di connessione e illecito punitivo; poco chiaro, del resto, è il reale significato del vincolo di «dipendenza» che dovrebbe legarli, come emerge da alcuni passaggi del testo legislativo. In dottrina, avanza la tesi, via via penetrata anche nel diritto vivente, che in realtà l'illecito punitivo della persona giuridica configuri una fattispecie complessa o a struttura composita[104], di cui il «reato» (o quel che ne rimane: art. 8[105]) è solo una delle componenti che concorrono a definirla. Non si tratta d'altra parte del *reato* assimilabile a quello previsto e disciplinato dal codice penale: nell'orbita dell'autonoma fattispecie tipica dell'illecito amministrativo, il reato è completamente trasfigurato e, forse, anche la stessa identificazione nominalistica appare discutibile. Incastonato nella fattispecie riferibile all'ente, il reato assume autonoma consistenza: è soltanto la corrispondenza normativa ad una delle previsioni incriminatrici, espressamente indicate nel decreto.

In ogni caso, quale sia la sua collocazione nella struttura composita dell'illecito punitivo è questione anch'essa profondamente discussa: chi valorizza un modello di illecito a struttura colposa, istituendo precise correlazioni di rischio tra condotta (colposamente) disorganizzata e reato, indica in quest'ultimo un evento, in cui la pretesa preventiva violata si concretizza[106]. Che il «reato» individuale sia l'evento costitutivo della fattispecie di illecito è opinione diffusa e astrattamente condivisibile; che, in ragione di questa costruzione, si debba applicare anche all'illecito punitivo l'art. 6 c.p. e il relativo criterio ubiquitario è operazione che ha tutt'altro spessore, anche problematico: la collocazione del reato all'estremo dell'illecito, quale evento, non è un reale argomento per rispondere ai due quesiti che animano il dibattito: perché è il *reato* l'elemento rilevante per definire la portata spaziale del decreto; e qual è la ragione per cui l'evento, nell'orbita dell'illecito punitivo, assume la medesima rilevanza che ha nel contesto della legge penale. Altri Autori, pur conservando il calco colposo (fortemente oggettivato), considerano il reato un elemento normativo della fattispecie, senza ad esso attribuire connotazioni strutturali, forse improprie, attesa gli ostacoli che si frappongono ad instaurare assimilazioni tra categorie del *reato* e categorie dell'illecito punitivo.

Secondo ulteriori tesi, il fatto di connessione si colloca ai confini della fattispecie di illecito e, probabilmente, la sua stessa appartenenza "strutturale" ad essa è discutibile: l'illecito dell'ente si basa su una tipicità tutta oggettiva e normativa – è un *Tatbestand* organizzativo – e il fatto individuale è mera condizione di punibilità, estranea dal nucleo sostanziale della fattispecie[107]. Chi scrive ritiene di aderire alle tesi che riconoscono, pur con vari accenti, l'autonomia dell'illecito punitivo; questa autonomia è l'unica chiave di lettura compatibile con le radici teleologiche del sistema e con il paradigma di regolazione in cui il decreto n. 231 sicuramente si inscrive. Il sistema di responsabilità degli enti presenta i caratteri di fondo dei modelli di *enforced self-regulation*[108] e riproduce, quindi, nelle sue linee essenziali, un'idea di regolazione riflessiva, qualitativamente differente dal *command and control approach,* tipico del controllo penalistico diretto. Ciò che connota il paradigma di responsabilità è appunto un fenomeno di *delega*, che ha ad oggetto la funzione di prevenzione organizzativa di specifici rischi di reato, individuati (in astratto) in base alla prossimità epistemica con lo stesso destinatario di quella delega: l'ente.

La comminatoria punitiva espleta finalità coerenti con la dinamica complessiva del sistema: sostiene, incentiva e agevola i processi riflessivi di autodisciplina[109], che si traducono in un'autonormazione che ha portata spiccatamente sostanziale[110]. In questa funzione "periferica"[111], il diritto punitivo scopre davvero il suo carattere autenticamente "disciplinare" o, se si vuole, "governamentale"[112]: come ha acutamente osservato Tullio Padovani, la sanzione è divenuto lo strumento per determinare il soggetto ad un processo di introiezione della disciplina: ecco che normativamente sorge l'«autodisciplina». Queste dimensioni critiche – deve essere riconosciuto – sono sovente trascurate quando si discute della configurazione dogmatica dell'illecito dell'ente; eppure possono rappresentare davvero la cartina al tornasole delle conclusioni lì raggiunte.

Le considerazioni sinora svolte suggeriscono di riguardare la fattispecie di responsabilità dell'ente entro un modello di illecito a struttura essenzialmente contravvenzionale: anche l'illecito punitivo risponde al paradigma della tutela di funzioni[113], aggiornato alle inedite dinamiche. Qui l'ordinamento fissa una competenza privata di autoregolazione, di «gestione di un conflitto» tra interessi che si considerano collidenti, in tensione. Nella fattispecie contravvenzionale, storicamente determinata, la sanzione interviene a garantire la tutela delle modalità legalmente predefinite per la soluzione di quel conflitto; quest'ultimo è però del tutto eteronomo, esorbita il soggetto. Nelle fattispecie contravvenzionali, invece, che risentono le transizioni contemporanee, la stessa gestione

del conflitto è rimessa al soggetto privato; eppure, la "pena" interviene nello stesso momento in cui le modalità fissate dall'ordinamento – in sostanza, la competenza di autoregolazione – risultino violate. La lettura proposta dice molto circa la marginalità del fatto di connessione nell'economia della fattispecie a struttura contravvenzionale, appena descritta; il nucleo dell'illecito «dipendente da reato» sta nella violazione della competenza privata di regolazione, definita nei suoi estremi legali dagli artt. 6 e 7 del decreto n. 231; ed è quest'ultimo, per l'appunto, il «focus» da considerare, quando si tratta di decifrare la portata geografica del sistema di responsabilità.

A prescindere dall'impostazione teorica che si predilige, un dato è emerso inconfutabilmente: il reato non è – *non può essere* – l'«elemento rilevante» per definire l'efficacia spaziale del diritto punitivo; si tratta di un'implicazione necessaria dell'autonomia dell'illecito e del programma teleologico che persegue. L'art. 4, in questa prospettiva, è la ratifica sistematica di questa conclusione: ha fissato un'autonoma territorialità dell'ente coerentemente all'esigenza di porlo nella condizione di conformarsi alla pretesa preventiva e di esercitare la competenza di autoregolazione; quando la società è radicata («sede principale»), la relazione informativa si deve presumere instaurata.

7. Conclusioni in ordine alla proiezione extraterritoriale del sistema di responsabilità degli enti.

E adesso che sono state precisate la rilevanza sistematica dell'art. 4 e il significato che la territorialità per l'ente assume in rapporto alla struttura dell'illecito, si possono trarre le necessarie conclusioni con riferimento alla fattispecie transnazionale concernente il «caso» del reato territoriale:

i) il decreto n. 231 non ha previsto una base legale per affermare la giurisdizione sull'ente, quando il fatto di connessione si considera commesso nel territorio dello Stato (art. 6 c.p.); l'assenza di una previsione espressa in materia di giurisdizione è già di per sé sufficiente ad escludere l'applicabilità extraterritoriale del diritto punitivo nazionale, che istantaneamente si tradurrebbe in una violazione del principio di non interferenza tra stati sovrani; è significativo, al riguardo, come le legislazioni che concepiscono, in varia guisa, forme di responsabilizzazione degli enti in relazione a fatti commessi da soggetti-persone fisiche ai primi legati prevedano uno statuto transnazionale autonomo per la persona giuridica, in tal modo conformandosi all'esigenza di rendere ragionevolmente prevedibile per i soggetti collettivi il perimetro della pretesa giurisdizionale degli Stati con cui entrano in contatto: casi esemplari, in tal senso, sono le *jurisdictional provisions* del FCPA e la soluzione adottata dal Bribery Act, entrambi tramandati – non senza una certa esagerazione - come legislazioni a vocazione "globale"[114];

ii) al contempo, il decreto n. 231 non ha concepito un'apposita disciplina per regolare la materia del «diritto applicabile» e, quindi, le situazioni di conflittualità normativa prevedibilmente connesse all'applicazione extraterritoriale del diritto punitivo interno; si tratta di un indice sintomatico dell'approccio essenzialmente territoriale in cui si è mosso il legislatore; si è già del resto rilevato come, in altre esperienze, l'assenza di una disciplina in tema di *conflict laws* è considerata assolutamente ostativa a qualsiasi tentativo di estendere il diritto interno oltre il confine territoriale, in ossequio a precise coordinate costituzionali, proprie anche dell'ordinamento nazionale;

iii) l'art. 4 del decreto conferma la portata territoriale del diritto punitivo interno anche per il caso del reato commesso nel territorio dello Stato (art. 6 c.p.); qui non si tratta di istituire formalistiche simmetrie, deducendo dalla disposizione in parola un'implicita disciplina anche per il caso – non espressamente normato - del fatto individuale territoriale. Piuttosto, l'art. 4, per il suo rilievo sistematico, impedisce di colmare l'anomia legislativa conferendo al decreto un'applicabilità extraterritoriale che non può avere. La territorialità dell'ente, fissata dalla norma transnazionale espressa, sottende e soddisfa esigenze sostanziali di legalità del rimprovero e ragionevole prevedibilità dei parametri legali che lo incarnano inevitabilmente destinate a presentarsi anche per il caso del fatto individuale territoriale (art. 6 c.p.). A questa conclusione si perviene, come dimostrato, risalendo al «focus of the act», cioè a quell'elemento rilevante da cui si deduce l'atteggiamento della disciplina rispetto alle sue proiezioni spaziali: questo elemento è la violazione della competenza di autoregolazione, i cui termini e contenuti sono fissati dal decreto.

iv) considerazioni che attengono all'autonomia strutturale dell'illecito punitivo dell'ente nonché alla collocazione che in esso riveste il reato (mero elemento normativo), precludono i tentativi – teorici e applicativi – di surrogare l'assenza di una disciplina transnazionale espressa per il reato territoriale, individuando in quest'ultimo il criterio di collegamento per fondare una giurisdizione extraterritoriale.

In ultima analisi, in assenza di un'opzione legale espressa, la conclusione circa l'ambito spaziale

di applicazione del decreto n. 231 non può che essere la territorialità; questa è l'unica soluzione compatibile e con la fonte costituzionale e con le fonti del diritto internazionale pubblico. Anche a voler indugiare oltre questi limiti, l'extraterritorialità non risulta concepibile all'infuori della definizione di una «genuine connection» tra ente e ordinamento interno che renda prevedibile l'esercizio della pretesa giurisdizionale statuale e l'applicazione dei parametri legali interni.

8. La questione che giace al fondo: il diritto applicabile nella dinamica del rimprovero per colpa di organizzazione. L'assenza di una *conflict rule* e il tentativo di surrogarla: il criterio di assimilazione, il metodo della valutazione in concreto e l'«equivalenza normativa». Critica.

La conferma di quanto sinora osservato si trae dalla considerazione dei metodi e delle tecniche che la giurisprudenza ha elaborato per risolvere, nei singoli casi concreti, il paradosso di proiettare il diritto punitivo interno oltre confine, giudicando della responsabilità di enti non radicati in funzione dei parametri legali fissati dal decreto (art. 6). L'operazione è, per così dire, il tentativo di esorcizzare la questione che «giace al fondo»: quella del diritto applicabile. Tutte le proiezioni extraterritoriali della giurisdizione sottendono questioni di diritto applicabile; e qui sta in larga misura la ragione del carattere profondamente controverso dell'extraterritorialità nello scenario internazionale e la correlata esigenza, molto avvertita ad es. nell'ordinamento statunitense, di declinare ogni pretesa "extraterritoriale" in assenza di una precisa disciplina volta a regolare le interazioni tra diritti nazionali e non soltanto[115]; notevole, per la sua plasticità, l'espressione impiegata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, in molte decisioni[116], per designare le interferenze: «*clashes*», che esigono un canone per essere risolti. Consapevoli degli urti, corti e dottrina sperimentano soluzioni operative per contenere e mitigare gli esiti improbabili di un universalismo normativo che è ben lungi dall'attuarsi nello scenario globale, frammentato e disorganico soprattutto in questa materia[117].

Il primo strumento è quello che possiamo nominare come «equivalenza normativa»: è stato coniato per operare come una sorta di condizione-limite all'estensione extraterritoriale del diritto punitivo interno. Il decreto è applicabile anche ad enti privi di collegamenti con il territorio dello Stato, quando il fatto individuale è territoriale, a condizione che nell'ordinamento di radicamento della società sia prevista una disciplina in tema di responsabilità della persona giuridica equivalente a quella nazionale. Sta al giudice svolgere questo giudizio astratto di equivalenza normativa, valutare le divergenze e stimarne la consistenza, sì da definire la soglia oltre la quale non è più concepibile alcuna assimilazione; sarà ad es. necessario che il diritto straniero preveda l'adozione di un modello di organizzazione, fissandone i contenuti; oppure si potrà considerare sufficiente che, più genericamente, la disciplina straniera rimetta alla persona giuridica il mero obbligo di adottare procedure e regole cautelative adeguate alla prevenzione di determinati reati; potrà avere un rilievo – e quale? – che il diritto punitivo estero individui o meno un organo deputato a vigilare sull'attuazione e adeguatezza dinamica degli assetti di *compliance* adottati dall'ente. Questioni che sarà il giudice a risolvere, esercitando, per l'occasione, quel vero ruolo di guardiano dei confini che sembra, per vero, essersi attribuito. Difatti, quel che si tenta – maldestramente – di surrogare con questo strumento è essenzialmente la carenza di una norma che, se del caso, indichi al giudice quali parametri legali dovrà applicare nel valutare la condotta organizzativa di società altrove radicate. E rimane così paradossalmente inevasa la domanda: alla fine, qual è il diritto che il giudice applicherà, ove consideri equivalente la disciplina interna a quella estera? E la domanda si pone a prescindere dal fatto, pure non trascurabile, che è ben difficile postulare una valutazione di «equivalenza» tra compendi normativi, in assenza di criteri direttivi, magari dettati dal legislatore, cui in effetti compete regolare le interazioni con altri ordinamenti.

C'è poi il metodo della valutazione *in concreto* della conformità dell'assetto organizzativo della società non radicata: questo consente di prescindere, nella valutazione di idoneità e adeguatezza della *compliance* messa a punto dall'ente, dagli «aspetti formali» richiesti dall'art. 6 (così dalla necessità di accertare un documento formalizzato, che replichi i caratteri legalmente determinati; e così pure dall'esigenza che sia previsto un organismo di vigilanza, dotato di competenze e funzioni; e ancora, volendo, di un sistema disciplinare che assicuri la vincolatività alle procedure e regole cautelative che innervano una *compliance* effettiva). Che cosa debba realmente intendersi per «aspetti formali» non è stato ancora precisato: in ogni caso, il metodo implica un processo di revisione giudiziaria del testo legale per garantirne la proiezione extraterritoriale. In buona sostanza, per risolvere i conflitti e sopire i disagi dell'universalismo, si

universalizza il diritto interno, affidandosi ad un giudice michelangiolesco, che procederà a «forza di levare». Richiamando alcune premesse di inquadramento teorico, qui si assiste ad un processo di «denazionalizzazione»[118] del diritto, attuato per via giudiziaria; che un processo, così concepito, sia compatibile con l'ordinamento costituzionale è presto detto: *non lo è*; che sia, però, un processo reale e caratteristico di questo periodo di globalizzazione, come ha dimostrato Saskia Sassen, è certamente vero e ciò impone di tenerne conto per elaborare su altre basi le condizioni di compatibilità di tali dinamiche con la legalità.

Il metodo della valutazione in concreto, anche volendo trascurare le criticità appena accennate, non è però realmente risolutivo rispetto alla questione del diritto applicabile: il problema, in effetti, *non* è ciò che il giudice potrà considerare nell'ambito del giudizio per difettosa organizzazione: se potrà, ad es., prendere in esame e valorizzare anche le discipline autonormate che gli enti "stranieri" definiscono per prevenire la degenerazione in reato dell'attività di impresa. Il punto è, in realtà, che un giudizio esiste fintantoché ne sono stabiliti i parametri; e l'art. 6 del decreto scandisce un modello di giudizio in cui i parametri sono legalmente fissati. Se non si intende sfidare la logica, perché un giudizio si realizzi è necessario che si applichino dei criteri, anche quando si valuta *in concreto*. E' prevedibile che il giudice interno continui ad applicare i parametri legali, il diritto interno: il metodo della valutazione in concreto si rivelerebbe così per quel che è: un esercizio discreto di illusionismo. In caso contrario, «a forza di levare», il giudice dovrà ricorrere ad altri criteri: e saremmo così di fronte ad un assetto normativo davvero inedito, dalle forme liquide.

Muovendo dal rilievo – condiviso - dei limiti che affliggono la prospettiva di un'universalizzazione del diritto punitivo interno[119], pure ritenuta ammissibile allo stato di legislazione, si prospetta in dottrina l'adozione di un metodo di valutazione che consenta di «apprezzare il *profilo funzionale* della *compliance* a cui si è sottoposto l'ente estero, vale a dire la sua *idoneità preventiva,* al di là della *diversa nomenclatura* giuridica»[120]. Esigenze «legate all'esercizio, *effettivo e concreto*, del *diritto di difesa* (art. 24, comma 1, Cost.)», nonché di «giustizia» e «ragionevolezza» impongono che «l'ente, attratto dalla giurisdizione universale di uno Stato (come il nostro) che incentra l'illecito della *societas* sulla colpevolezza di organizzazione, possa far valere tale fondativo diritto, appellandosi al rispetto della *compliance* preventiva del *suo Paese* […]» (enfasi dell'A.). La tesi propone, in definitiva, una versione – sia ben inteso: molto più accurata e consapevole – del metodo della valutazione in concreto, di cui poc'anzi si diceva. Si espone, peraltro, ad alcuni ineludibili rilievi critici, sia in ordine alle ragioni sostanziali che la giustificano, sia alle implicazioni che da essa discendono, anche in termini di effettività. Il metodo dell'assimilazione funzionale non risolve il problema del diritto applicabile: il giudice potrà (dovrà) prendere in considerazione i reali assetti di *compliance,* messi in atto dalla società non radicata; e ciò nonostante applicherà pur sempre i parametri legali fissati dal diritto interno, con la conseguenza che l'implicazione "universalistica" (o extraterritoriale) della disciplina domestica risulta solo apparentemente stemperata. Sarebbe diverso il caso in cui la mera conformità degli assetti di autoregolazione preventiva al diritto "straniero" fosse stimata di per sé sufficiente anche a soddisfare l'«obbligo» delineato dalla disciplina punitiva interna; in tal caso, si assisterebbe realmente all'applicazione del diritto dell'ordinamento di radicamento della persona giuridica. Una tale soluzione, tuttavia, presuppone un'apposita disciplina in materia di *choice of laws,* sul modello dell'art. 25 della l. n. 218/1995, che appunto autorizzi il giudice interno ad applicare il diritto punitivo estero e, più precisamente, i criteri legali che conformano la *due diligence* nello stato di radicamento. Siffatta soluzione esigerebbe naturalmente una modifica legislativa del decreto n. 231; è peraltro opinabile la compatibilità di una simile *conflict rule* con le esigenze di effettività che informano una disciplina punitiva, come quella in tema di responsabilità degli enti, allorché se ne assuma una portata extraterritoriale. Al riguardo, appare significativo rilevare come i sistemi di *corporate liability*, caratterizzati da approcci extraterritoriali o capaci di implicazioni extraterritoriali non conoscano analoghe discipline in tema di *choice of laws* né tanto meno consentano il ricorso a metodi di assimilazione funzionale o valutazione in concreto. Rimangono sul campo, inoltre, le criticità in punto di determinatezza, attesa la radicale delega equitativa rivolta al giudice nel definire margini e limiti dell'assimilazione funzionale.

La tesi, in ultima analisi, pur esprimendo esigenze condivisibili, elude anch'essa la dimensione problematica sinora esaminata. Il contenimento di una *presunta* universalità non può svolgersi sul piano del diritto di difesa (art. 24, comma 1°, Cost.), ma interroga e involge piani assiologici ancora preliminari, come si è tentato di dimostrare: la materia della giurisdizione, nel quadro delle sue incessanti evoluzioni, è intensamente dominata dalla necessità di assicurare la ragionevole prevedibilità della pretesa e del diritto applicabile;

si tratta, in effetti, di condizioni minime di una legalità destinata a compiersi anche lungo confini e interstizi transnazionali.

9. Proposte di modifica del decreto n. 231: stabilire un paradigma di territorialità normativa, determinata tramite l'enucleazione di indici di operatività economica.

Le linee di fondo per una riforma del decreto n. 231 in tema di proiezione spaziale dovrebbero già essere emerse. La proposta per una compiuta disciplina transnazionale, per il caso del reato territoriale (art. 6 c.p.), deve realizzare quelle condizioni minime e sufficienti per assicurarne la conformità alla legalità internazionale:

a. previsione di una base legale riconosciuta dal diritto internazionale pubblico;

b. ragionevolezza della disciplina transnazionale, quando la pretesa giurisdizionale si esercita nei confronti di soggetti "non nazionali", per fugare i rischi di interferenza con altri ambiti di sovranità.

Le due condizioni, appena evocate, alla luce della prassi internazionale in tema di regolazione dell'attività di società transnazionali, sono soddisfatte ricorrendo al paradigma della territorialità. Una territorialità concepita in funzione delle caratteristiche del destinatario (l'ente) e, quindi, essenzialmente normativa. Il modello che qui si suggerisce è quello del *doing business*, potenziato e corretto; si tratta di una «genuine connection» generalmente riconosciuta in ambito internazionale e già espressamente prevista dal *Bribery Act* del 2010[121]. Il *doing business* è una forma di territorialità normativizzata, propria delle *corporations*, considerata compatibile con il principio di non interferenza, nonostante taluni esiti applicativi abbiano dato luogo a controversie e ad un ampio dibattito per le sue capacità espansionistiche. Anche in considerazione di queste criticità, se ne propone una versione potenziata e integrata da un correttivo implicito. Più nel dettaglio, secondo questa proposta, nel caso del reato territoriale, è soggetto alla giurisdizione del giudice penale italiano e all'applicazione del diritto punitivo nazionale, l'ente che *operi* nel territorio dello Stato italiano. L'operatività deve essere intesa in una duplice accezione: organizzativo-funzionale ed economica; la pretesa giurisdizionale si radica, pertanto, sia al verificarsi di un contatto organizzativo (perché l'ente ha nel territorio una sede secondaria, una ramificazione produttiva, una struttura di rappresentanza); sia al verificarsi di un contatto economico, sia esso produttivo o commerciale. La territorialità – è stato già osservato in questa discussione – è sempre una questione di *soglie sufficienti e rilevanti per instaurare la genuine connection.* In tal senso – e veniamo al profilo del potenziamento e del correttivo -, se l'art. 4, in un'ipotetica riformulazione, si limitasse ad indicare in una generica operatività territoriale dell'ente il nesso di collegamento, si finirebbe per delegare al giudice la concretizzazione di quel criterio, esaltandone la funzione di interprete del confine giurisdizionale. Un esito, per le tante ragioni esposte, da fugare. E' opportuno, quindi, che l'operatività (il *doing business*) sia *tematizzata attraverso l'enucleazione legale di «indici» (di operatività):* cioè circostanze dotare di una capacità inferenziale (definita *ex lege*) tale da porre il giudice nella condizione di considerare integrato il presupposto della territorialità, quando ricorre una di esse. La definizione di questi indici[122] funzionali non è semplice e saranno necessari contributi provenienti da tutte le discipline che investono forma, pratica e teoria dell'impresa e della sua organizzazione; anche l'esperienza giurisprudenziale, acquisita in altri contesti sistematici, sarà fondamentale e dovrà costituire la base di un processo di formalizzazione degli indici. Il criterio-guida per selezionarli è però molto chiaro: deve trattarsi di elementi concreti, sintomatici di operatività, che risultino dotati di un grado di evidenza e consistenza *tali da rendere ragionevole* la presunzione di instaurazione del dovere informativo da parte dell'ente circa la disciplina punitiva nazionale. Gli indici di operatività, qui proposti, potrebbero essere anche differenziati in funzione della tipologia del reato ovvero per natura di attività o settore economico (un'esemplificazione potrebbe essere adottata con riguardo ai reati finanziari che hanno come scenario funzionale di realizzazione il mercato finanziario: in tal senso, un indice potrebbe essere costituito dalla circostanza che l'ente operi in un mercato regolamentato italiano od europeo, perché ivi ammesso alla negoziazione, sul modello delle *jurisdictional provision* del FCPA[123]).

La soluzione prospettata, da un lato, garantisce la legalità della pretesa giurisdizionale, perché ne ancora il radicamento ad una base legale la cui concretizzazione giudiziaria è governata *in apicibus* dalla legge, attraverso l'enucleazione degli indici di operatività; dall'altro, in ragione della consistenza che questi ultimi devono possedere, attenua sensibilmente le proiezioni "espansive" del criterio del «doing business», escludendo, ad es., che la giurisdizione si radichi in funzione di contatti commerciali occasionali o di catene di distribuzione secondarie o terziarie, che non rientrano in

strategie di *business* oggetto di programmazione e, quindi, proiezione organizzativa e giuridica della società. Alla luce di un tale criterio, così strutturato, sarebbero quanto meno difficili, se non del tutto improbabili, quegli scenari concreti in cui il paradigma della c.d. responsabilità da prodotto funga da amplificatore incontrollabile della proiezione spaziale del decreto n. 231.

La modifica dell'art. 4, qui suggerita, non implica necessariamente la revisione del criterio di collegamento attualmente dettato per il caso del reato extraterritoriale, del tutto giustificabile nell'ottica di quel paradigma di «extraterritorial territoriality», di cui si è già detto. Anzi: la soluzione territoriale prospettata per l'ente assicurerebbe un approccio omogeneo nei due casi (fatto individuale territoriale ed extraterritoriale).

Diversa è la questione che concerne la valutazione degli assetti di *compliance* di enti che si considerino «operativi» sulla base del nesso di collegamento qui proposto. L'ambito dell'attività transnazionale delle imprese – lo abbiamo accennato – è popolato da forme di normatività a carattere funzionale, epistemico o settoriale che non rispondono alle logiche della produzione giuridica statuale o interstatale. Questo diritto ibrido o transnazionale è il prodotto di processi di regolazione che trascendono le strutture statali e intergovernative e non può essere assimilato al diritto internazionale, che procede secondo le sicure geometrie della territorialità e della validità spaziale. La dinamica genetica di queste forme di «non-state law» è piuttosto quella della differenziazione funzionale[124]: alla descrizione e delimitazione geografica del diritto (dei singoli stati e dell'inter-statualità) si sostituisce una topografia di spazi funzionali giuridificati.

L'attività transnazionale delle società è un terreno elettivo per osservare situazioni di interferenza[125] multinormativa, in cui la «disciplina» di un singolo fatto è sempre più la risultante della composizione (giudiziaria o amministrativa) di più frammenti giuridici, destinati ad applicarsi non già in funzione di regole formali (ordinamentali) di riconoscimento o di validazione, bensì per la sola forza del caso, in una sorta di legittimazione epistemica. In tale contesto, le situazioni di conflittualità normativa –assumono, come ha osservato Neil Walker, un'inclinazione prevalentemente «orizzontale»[126].

Anche il giudice penale interno conosce e fa esperienza – talvolta inconsapevole – di queste "inedite" e reali dimensioni giuridiche: la colpa, anche nelle sue proiezioni organizzative, sul fronte della responsabilità degli enti, costituisce un ambiente elettivo per osservare in azione le dinamiche dell'interazione della giuridicità ibrida (transnational law[127]) con il diritto statuale (*hard law*). Due rapide esemplificazioni: i codici di condotta, prodotto dei processi di autonormazione delle imprese, integrano la tipicità colposa[128] e fondano regole cautelari (art. 43 c.p.)[129]; così, allo stesso modo, la normazione tecnica e, più in generale, gli *standard* tecnici (es. ISO) si attuano nell'ordinamento interno, sia attraverso formali regole di riconoscimento (*legalization* o *re-Statement*) sia, e in modo ancor più rilevante, tramite il vettore di attuazione giudiziario (*judicialization*)[130]. Si instaurano così dinamiche di *vertical complementarity*[131] tramite le quali il diritto transnazionale si attua nell'ordinamento interno.

Il tema della valutazione di assetti di *compliance* di enti che operano su scala transnazionale si colloca nello scenario brevemente descritto; ci si chiede – molto semplificando – se ed entro quali limiti, nel giudizio di responsabilità degli enti, possano (o debbano) assumere rilievo complessi normativi transnazionali, come *public soft law*, *standard* tecnici, manageriali e, più in generale, organizzativi, prodotti sia da organismi di regolazione intergovernativi (es. FAO, WHO, ONU) sia da regimi privati o ibridi (es. ISO, FSC, ICANN).

L'apertura alla dimensione interlegale conferirebbe rilievo alle reali dinamiche dell'autoregolazione da parte delle società, che informano la propria attività di *compliance* a questo *non-stale law*, che pure è vincolate in molti dei settori e ambiti funzionali in cui le imprese operano (lo è, ad es., quando la conformità a specifici *standard* forma oggetto di vincoli contrattuali, di vincoli associativi, di procedure di certificazione, nel contesto di associazioni di imprese o nelle relazioni che si dislocano lungo le catene del valore). Gli enti potrebbero, d'altro canto, impostare le proprie difese esattamente in funzione della conformità con questi *standard* (*interlegality as defense*). La questione, come intuibile, è molto impegnativa e richiede sforzi di concettualizzazione e formalizzazione che esulano da questa trattazione.

Sembra profilarsi un'alternativa: *i*) conservare una penombra inconcludente su queste dinamiche e forme di giuridicità, relegate allo *status* amorfo di *soft law*, privo di rilevanza giuridica; *ii*) impegnare l'ordinamento in un'operazione di disvelamento della realtà della regolazione dell'attività transnazionale (*regulatory capitalism*), regolando per via legislativa i processi (altrimenti occasionali e arbitrari) di *judicialization* del diritto ibrido: si tratta di individuare i criteri e le procedure che pongano i giudici nella condizione di orientarsi in questi contesti di interlegalità e di selezionare i frammenti normativi cui attribuire rilevanza nella ricostruzione della disciplina del singolo fatto.

1 La bibliografia sul tema è ormai consistente: A. Alessandri, *Attività di impresa e responsabilità penali,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2005, pp. 534 ss.; E. Amodio, *Rischio penale di impresa e responsabilità degli enti nei gruppi multinazionali,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2007, pp. 1287 ss.; M. F. Artusi, *Prospettive «231» nei gruppi di imprese: accentramento di funzioni e sedi estere,* in *Resp. amm. soc. enti,* 2017, pp. 97 ss.; G. Baffa-F. 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, pp. 1 ss.; S. Bariatti, *L'applicazione del d.lgs. 231 del 2001 a società estere operanti in Italia: il caso degli istituti di credito e degli intermediari finanziari,* in *Dir. comm. inter.,* 2006, pp. 832 ss.; L. Bassi-M. Morelli, *Paese che vai, responsabilità che trovi: il "sistema 231" italiano e la* corporate compliance *estera,* in *Giurisprudenza Penale Web,* 2020, pp. 1 ss.; D. Cerqua, *L'applicabilità del d.lgs. 231/2001 alle società estere operanti in Italia e alle società italiane per reati commessi all'estero,* in *Resp. amm. soc. enti,* 2009, pp. 113 ss.; G. Fidelbo, *Il problema della responsabilità delle società italiane per i reati commessi all'estero,* in *Jus,* 2011, pp. 249 ss.; D. Fondaroli, *La responsabilità dell'ente straniero per il reato-presupposto commesso in Italia. Le succursali italiane di banche «estere»,* in *Resp. amm. soc. enti,* 2014, pp. 49 ss.; E. Fusco, *Applicabilità del D.lgs. 231/2001 alle banche estere,* in *Resp. amm. soc. enti,* 2007, pp. 179 ss.; P. M. Gemelli, *Società con sede all'estero e criteri di attribuzione della responsabilità ex d.lgs. 231/01: compatibilità e incompatibilità,* in *Resp. amm. soc. enti,* 2012, pp. 1 ss.; A. Iannini, sub *art. 4 Reati commessi all'estero,* in M. Levis-A. Perini (diretto da), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti,* Zanichelli, 2014, pp. 136 ss.; S. Manacorda, *Limiti spaziali della responsabilità degli enti e criteri d'imputazione,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2012, pp. 91 ss.; Id., *Le «frontiere» del* societas delinquere potest. *Limiti all'applicazione nello spazio della legge italiana sulla responsabilità da reato dagli enti collettivi,* in F. Centonze- M. Mantovani (a cura di), *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma,* Il Mulino, 2016, pp. 175 ss.; C. Piergallini, *Globalizzazione dell'economia, rischio-reato e responsabilità* ex crimine *delle multinazionali,* in *Riv. trim. dir. pen. econ.,* 2020, pp. 152 ss.; L. Pistorelli, sub. *artt. 1, 2, 3, 4,* in A. Giarda, E. M. Mancuso, G. Spangher, G. Varraso (a cura di), *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche,* Ipsoa, 2007, pp. 29 ss.; Id., *Profili problematici della "responsabilità internazionale" degli enti per i reati commessi nel loro interesse o vantaggio,* in *Resp. amm. soc. enti,* 2011, pp. 1 ss.; M. Riccardi, *L'internazionalizzazione della responsabilità "231" nel processo sulla strage di Viareggio: gli enti con sede all'estero rispondono per l'illecito da reato-presupposto nazionale,* in *Giurisprudenza penale Web,* 2018, pp. 1 ss.; G. Ruggiero, *Brevi note sulla validità della legge punitiva amministrativa nello spazio e sulla efficacia dei modelli di organizzazione nella responsabilità degli enti derivanti da reato,* in *Riv. trim. dir. pen. ec.,* 2004, pp. 989 ss.; A. Scarcella, *La c.d. «internazionalizzazione» della responsabilità da reato degli enti,* in *Resp. amm. soc. enti,* 2014, pp. 35 ss.; E. Stampacchia, *La responsabilità "amministrativa" degli enti con sede all'estero,* in *Dir. pen. cont.,* 2013, pp. 1 ss.; A. F. Tripodi, *Il diritto penale degli enti* nello spazio: deantropomorfizzazione e globalizzazione *a confronto,* in *Archivio penale Web,* 2019, pp. 1 ss.; da ultimo, G. Di Vetta, sub *art. 4 Reati commessi all'estero,* in D. Castronuovo-G. De Simone- E. Ginevra – A. Lionzo – D. Negri – G. Varraso (a cura di), *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi,* Wolters Kluwer, 2019, pp. 62 ss.: ivi anche per i riferimenti giurisprudenziali.

2 Per una ricognizione del principio di non interferenza e della sua evoluzione nel contesto internazionale cfr. per tutti C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 21 ss.

3 La periodizzazione della globalizzazione economica e dei suoi effetti sul piano politico, sociale e giuridico è una tematica ancora aperta. Prevale la tesi che individua la globalizzazione come un processo, scandito per fasi o periodi, avviatosi in un momento sensibilmente anteriore al ventennio 70'-'80; in tema: G. Ingham, *Capitalism,* Polity Press, 2008 (trad. it. *Capitalismo,* Einaudi, Torino, 2010, pp. 218 ss.); J. Osterhammel, N. P. Petersson, *Geschichte der Globalisierung. Dimensionen, Prozesse, Epochen,* C.H. Beck, 2003 (trad. it. *Storia della globalizzazione,* Il Mulino, 2005); G. Lafay, *Comprendre la Mondialisation,* Economica, 1996 (trad. it. *Capire la globalizzazione*, Il Mulino 1998); U. Beck, *Was ist Globarisierung? Irtümer des Globalismus - Antworten auf Globalisierung*, Suhrkamp, 1997 (trad. it. *Che cos'è la globalizzazione? Rischi e prospettive della società planetaria*, Carocci, 1999. Di notevole interesse anche i saggi raccolti da J. Michie (a cura di), *The Handbook of Globalisation,* Edward Elgar, 2019 e, specialmente: P. Hirst-G. Thompson, *The future of globalisation,* pp. 16 ss.; J. Perraton, *The scope and implications of globalisation,* pp. 50 ss.. Intanto, una lettura fondamentale della dimensione giuridica della globalizzazione, nel suo sviluppo processuale, è quella proposta da J. Auby, *Le globalisation, le droit et l'Etat,* LGDJ, 2020; più in generale, nella letteratura italiana, M. R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale,* il Mulino, 2000; S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale,* Laterza, 2003; F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto,* il Mulino, 2005.

4 Approccio di regolazione che è la proiezione speculare del modello giuridico-politico c.d. westfaliano, fondato sul postulato dell'esistenza di sovranità nazionali a base territoriale, reciprocamente indipendenti, destinate inevitabilmente ad interagire secondo le logiche e i moduli del diritto *inter*-statale.

5 L'idea che il capitalismo globale, nelle sue "nuove" dinamiche, contribuisca alla creazione di dimensioni *spaziali* (concretamente e giuridicamente definite) alternative a quelle consuete dello Stato territoriale nazionale emerge anche nella

teorizzazione – di matrice neomarxista - dell'«esplosione dello spazio» di Henri Lefebvre: cfr. i saggi in Id., *State Space World. Selected Essays,* University of Minnesota Press, London, 2009, tra cui, in particolare, *Space. Social Product and Usue Value*, ivi raccolto (pp. 186 ss.), là dove l'A., all'esito di una lucida diagnosi, osserva come « we find ourselves faced with an extraordinary but little-noticed phenomenon: the explosion of spaces. Neither capitalism nor the state can maintain the chaotic, contradictory space they have produced […]». L'«esplosione dello spazio» ha significative implicazioni anche per la riflessione giuridica più consapevole della necessità di ripensare il rapporto tra diritto e spazio, quindi tra sovranità (nazionale) e nuove forme spaziali, prodotte dai processi di mondializzazione.

6 Si distingue una fase di «internazionalizzazione» da quella di mondializzazione: P. Bairoch, *Storia economica e sociale del mondo,* Einaudi, 1999, spec. pp. 1120 ss.. I due periodi presentano caratteri sensibilmente eterogenei, anche per ciò che attiene alle forme che il diritto assume nello scenario transnazionale e alle dinamiche di regolazione che in esso prendono forma: a questi aspetti si accennerà. La tesi di una «seconda» globalizzazione, non assimilabile alla fase di internazionalizzazione, è proposta nel noto saggio di T. Levitt, *The Globalization of Markets*, in *Harvard Business Review,* 1983, pp. 92 ss.: si tratta di una lettura straordinariamente rilevante ai fini della presente discussione. In effetti, Levitt legge il fenomeno «globalizzazione» nell'ottica di una trasformazione *qualitativa* delle dinamiche di sviluppo del capitale e dei mercati nel senso di una deterritorializzazione e de-nazionalizzazione; l'unità di analisi dell'A. – non a caso – è il modo in cui le imprese *multinazionali* si organizzano nel nuovo spazio del capitale globale. L'interpretazione di Levitt ha segnato le teorizzazioni successive, anche quelle di impronta sociologica e giuridica che si impegnano nell'analisi del ruolo e la funzione dell'impresa multinazionale e transnazionale (cfr. *ultra*). La tesi di Levitt è comunque oggetto, più di recente, di revisioni e contestazioni, soprattutto per l'idea di una «tendenza alla convergenza» che l'A. intravede nel processo di globalizzazione: cfr. D. F. Dixon- A. Sybrandy, *The Globalization of Markets: Is Convergence a Myth?,* in A. Manrai – H. Meadow (a cura di), *Global Perspectives in Marketing for the 21st Century. Developments in Marketing Science: Proceedings of the Academy of Marketing Science,* Springer, 2015, pp. 374 ss.; R. Abdelal- R. S. Tedlow, *Theodore Levitt's "The Globalization of Markets": An Evaluation after Two Decades,* in *Harvard NOM Research Paper No. 03-20*, 2003, pp. 1 ss.

7 Oltre al saggio già richiamato alla nt. 6, per una discussione – problematizzante – del nesso costitutivo sovranità e territorio, si segnala, anzitutto, una (recente) tradizione di studi geografici: C. S. Maier, *Once Within Borders. Territories of Power, Wealth, and Belonging since 1500,* Harvard University Press, 2016 (trad. it. *Dentro i confini. Territorio e potere dal 1500 a oggi,* Einaudi, 2018); la territorialità è una «tecnologia politica» dello stato nazionale, storicamente contingente: S. Elden, *The Birth of Territory*, University of Chicago Press, 2013, pp. 322 ss., dove in particolare si osserva: «Territory should be understood as a political technology, or perhaps better as a bundle of political technologies. Territory is not simply land, in the political-economic sense of rights of use, appropriation, and possession attached to a place; nor is it a narrowly political-strategic question that is closer to a notion of terrain. Territory comprises techniques for measuring land and controlling terrain. Measure and control—the technical and the legal— need to be thought alongside land and terrain. What is crucial in this designation is the attempt to keep the question of territory open. Understanding territory as a political technology is not to define territory once and for all; rather, it is to indicate the issues at stake in grasping how it was understood in different historical and geographical contexts». Da un'altra prospettiva, sul modello dello stato nazionale territoriale (leviatanico), cfr. la nota analisi di P. Bourdieu, *Sur l'Etat. Cours au Collège de France 1989-1992,* Editions du Seuil, 2012, trat. it. *Sullo Stato. Corso al Collège de France 1990-1992,* Feltrinelli, 2021, pp. 38 ss.. Si consideri inoltre J. Agnew, *The territorial trap: the geographical assumptions of international relations theory*, in *Review of International Political Economy*, 1994, pp. 53 ss., ch discute criticamente la relazione tra sovranità e territorio, riflessa nel paradigma dello stato-nazione, ponendone in evidenza non soltanto la relatività storica e l'apriorismo che la caratterizza bensì soprattutto le implicazioni di ordine metodologico («methodological nationalism») che da quella concezione derivano per l'analisi anche dei processi di globalizzazione. Questo testo molto deve all'elaborazione formidabile di Agnew, soprattutto per la comprensione e problematizzazione di alcuni "elementi di precomprensione" che connotano le letture (giuridiche) intorno ai processi di globalizzazione.

8 Cfr. *ultra,* par. 2.

9 L'interpretazione della globalizzazione come un insieme di processi di «scorporazione» di componenti dello stato-nazione che si proiettano nel «globale», attraverso «assemblamenti» e «ri-assemblamenti», senza che ciò determini l'annichilimento del «nazionale», bensì la sua radicale «riconfigurazione», è come noto proposta da Saskia Sassen, di cui in particolare si segnala il fondamentale studio *Territory, Authority, Rights. From Medieval to Global Assemblages*, Princeton University Press, 2006; v. inoltre Id., S. Sassen, *A Sociology of Globalization,* W.W. Norton & Company, 2007 (trad. it. *Una sociologia della globalizzazione,* Einaudi, 2008). Le teorie che riflettono sulle dimensioni del «giuridico» nello scenario globale e, in particolare, la *Transnational Law Theory*, applicano i modelli analitici sviluppati da Sassen per spiegare le inedite forme *spaziali* (non territoriali bensì funzionali) che assume il diritto: cfr. P. Zumbansen, *Transnational Law and Legal Pluralism: Methodological Challenges*, in *Transnational Legal Theory,* vol. 2, 1, pp. 141 ss. e spec. 180 ss.

10 Cfr. M. Vegetti, *L'invenzione del globo. Spazio, potere, comunicazione nell'epoca dell'aria,* Einaudi, 2017, spec. Cap. IV e, per la citazione, p. 136.

11 M. Vegetti, *L'invenzione del globo. Spazio, potere, comunicazione nell'epoca dell'aria,* cit., p. 137.

12 Cfr. B. Badie, *La fin des territoires,* Fayard, 1995, p. 124.

13 Carl Schmit trae il concetto di *Großraum* dall'osservazione delle nuove forme di organizzazione e dislocazione delle infrastrutture industriali e, specialmente, delle reti di approvvigionamento energetico (reti di gasdotti e oleodotti). Questa origine "ingegneristica" del concetto conferma, da un lato, come i «grandi spazi» si sviluppino – nell'ottica schmittiana – in giustapposizione all'ordinamento terrestre statuale: è questo «coeso spazio operativo» (*Leistungraum*) a porre in crisi le concezioni spaziali legate agli Stati-nazionali, fondati sul *nomos* tellurico. Soprattutto, nel *Großraum* sono (già) impresse, nello studio schmittiano, alcune caratteristiche che descrivono lo scenario globale: l'ingegneria di reti, di punti, di elementi e componenti di trasmissione, la carenza (necessaria) di «centri» e, quindi, un'organizzazione poliarchica delle infrastrutture e dello spazio: cfr. C. Schmitt, *Staat, Großraum, Nomos: Arbeiten aus den Jahren 1916-1969,* Duncker & Humblot, 1995 (trad. it. *Stato, Grande Spazio, Nomos,* Adelphi, 2015, pp. 108 ss.). Folgorante il saggio *La dissoluzione dello «jus publicum Europaeum»*, in C. Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum* (trad. it., *Il Nomos della Terra nel diritto internazionale dello «Jus Publicum Europaeum»*, Adelphi, 1991, pp. 287 ss.), dove l'A. osserva come «il movimento generale verso la *libertà,* che comportava una negazione delle tradizionali localizzazioni e, in tal senso, una mobilitazione totale del genere più intenso, ovvero una de-localizzazione generale, scardinò il mondo eurocentrico, precipitandolo in altri campi di forza, rispetto ai quali il positivismo della legge dello Stato non era, all'interno dello Stato, di alcun aiuto. Ma anche all'esterno dello Stato mancava al positivismo dei trattati internazionali ogni consapevolezza storica della propria situazione. Si può così spiegare perché soltanto il dualismo tra diritto internazionale e diritto territoriale, vale a dire il dualismo tra esterno e interno, fosse visto come problema centrale e discusso in modo molto puntuale, mentre il dualismo tra diritto interstatale-politico e diritto internazionale-economico restò inosservato. Proprio qui, nel campo dell'economia, l'antico ordinamento spaziale della terra perse evidentemente la sua struttura [...]» (enfasi dell'A.). Ci sono già *in nuce* le categorie critiche tramite le quali sono state osservate e discusse le implicazioni della globalizzazione nella prospettiva del diritto: specialmente il dualismo tra un diritto territoriale e politico e un diritto «transnazionale» («Law Without State»), che non replica i caratteri del primo, in quanto prodotto al di fuori delle logiche formali dello stato e dell'interstatualità (diritto internazionale). Prende le mosse dall'impostazione schmittiana, tra le altre, la riflessione intorno alla disgregazione geografica del politico e del diritto di M. Cacciari, *Geofilosofia dell'Europa*, Adelphi, 1994, spec. pp. 105 ss.. Riferimenti alla teoria del «Law Without State» (caratteri, dinamiche e modi di organizzazione spaziale) in G. Di Vetta, *Diritto penale e reflexive rationality nella parabola del «diritto oltre lo Stato». Appunti sparsi a partire dai Discorsi sul diritto di Umberto Breccia,* in V. Calderai, E. Bargelli, E. Navarretta (a cura di), *Ragioni del diritto e ragionamenti nel diritto,* Pisa University Press, 2020, pp. 197 ss.

14 In ordine alla persistente capacità di localizzazione del diritto, nello spazio transnazionale, l'indagine di N. Irti, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto,* Laterza, 2000.

15 A conclusione del suo itinerario teorico, M. Vegetti, *L'invenzione del globo. Spazio, potere, comunicazione nell'epoca dell'aria,* cit., p. 142, osserva: « [...] la globalizzazione nomina un evento il cui accadere modifica globalmente gli schemi dentro i quali il mondo accade. E' dunque di fondamentale importanza rimarcare che una rivoluzione spaziale non comporta solo un insieme interconnesso di fenomeni oggettivi (mutamenti di scale, nuovi assemblaggi politici, inediti rapporti elementari, singolari modalità d'azione, comunicazione, produzione): essa modifica anche i soggetti che ne sono coinvolti, le regole cognitive, l'immaginario collettivo, gli orizzonti d'attesa».

16 Lo stato sperimenta forme, approcci e schemi di regolazione del tutto inediti, *sensibilmente* distanti – soprattutto da un punto di vista qualitativo – da quelli riconducibili al modello dell'intervento e controllo diretti («*government*»). Nello scenario transnazionale, post-westfaliano, si assiste alla transizione verso la «*governance*», una complessa architettura di tattiche, schemi e moduli attraverso i quali gli attori statali *concorrono, partecipano e, talvolta, dirigono* ed *orchestrano* articolati processi di elaborazione e negoziazione degli assetti di regolazione. La letteratura è sul tema difficilmente dominabile; ci si limita qui a qualche riferimento che si reputa essenziale per suggerire chiavi di lettura: la fondamentale raccolta di saggi curata da J. N. Rosenau, E. Czempiel (a cura di), *Governance Without Government: Order and Change in World Politcs*, Cambridge University Press, 1992 e spec. il saggio di J.N. Rosenau, *Governance, order, and change in world politics* (pp. 1 ss.); A. Slaughter, *A New World Order,* Princeton University Press, 2004; con particolare riferimento alle trasformazioni istituzionali che investono i modelli della regolazione, soprattutto i lavori di J. Braithwaite, P. Drahos, *Global Business Regulation,* Oxford University Press, 2000; J. Braithwaite, *Regulatory Capitalism How it Works, Ideas for Making it Work Better*, Edward Elgar, 2008; D. Levi-Faur, *The Global Diffusion of Regulatory Capitalism,* in *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science,* 2005, pp. 12 ss.; K. W. Abbott-D. Snidal, *Strengthening International Regulation Through Transnational New Governance: Overcoming the Orchestration Deficit*, TranState Working Papers, No. 127, Universität Bremen, Collaborative Research Center 597 - Transformations of the State, Bremen, 2008, spec. pp. 521 ss.; C. Scott, *Regulation in the Age of Governance: The Rise of the Post-Regulatory State*, in J. Jordana, D. Levi-Faur (a cura di), *The Politcs of Regulation,* EEP, 2004, pp. 112 ss.. Le implicazioni di queste transizioni su contenuti e caratteri del diritto sono esaminate, tra i molti, da F. Ost, M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit,* F.U.S.L., 2010, spec. pp. 168 ss.

17 Le società transnazionali o multinazionali sono gli attori globali che concorrono, in misura determinante, ai processi di

«disaggregazione» e più in generale, alle trasformazioni che incarnano la fase presente della globalizzazione; per questa ragione costituiscono il principale oggetto di studio di una vasta letteratura che muove da differenti prospettive disciplinari. Anche qui ci si limita ai riferimenti essenziali, cui molto devono le considerazioni nel testo; anzitutto gli studi "teubneriani", che approfondiscono le capacità autopoietiche delle TNCs e i relativi processi di *norm-making*: G. Teubner, *Self-Constituzionalizing TNCs? On the Linkage of "Private" and "Public" Corporate Codes of Conduct*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies,* 2011.; J. P. Robè, *Multinational Enterprises: the Constitution of a Pluralistic Legal Order*, in G. Teubner (a cura di), *Global Law Without a State,* Aldershot, 1997, pp. 45 ss.; Id., *Globalization and constitutionalization of the World Power System,* in J. P. Robè-A. Lyon-Caen-S. Vernac, *Multinationals and the Constitutionalization of the World Powers System,* Routledge , 2016, pp. 11 ss.; P. Muchlinski, "Global Bukowina" *Examined*: *Viewing the Multinational Enterprise as a Transnational Law-Making Community,* in G. Teubner (a cura di), *Global Law Without a State,* cit., pp. 73 ss. Da altra prospettiva: A. de Jonge, *The evolving nature of the transnational corporation in the 21st century,* in A. de Jonge-Roman Tomasic (a cura di), *Research Handbook on Transnational Corporations,* Edward Elgar, 2017, pp. 9 ss.; G. Ietto-Gillies, *The role of transnational corporations in the globalization process,* in J. Michie (a cura di), *The Handbook of Globalisation,* cit., pp. 155 ss.; un contributo di teorizzazione significativo è lo studio di A. Jr Golia, *Imprese transnazionali e vincoli costituzionali. Tra pluralism e responsabilità,* FrancoAngeli, 2019, spec. pp. 33 ss.

18 Cfr. nel testo.

19 Così U. Kohl, *Territoriality and Globalization,* in S. Allen-D. Costelloe-M. Fitzmaurice -P. Gragl,- E. Guntrip, *The Oxford Handbook of Jurisdiction International Law,* Oxford University Press, 2019, pp. 301 ss. e, per la citazione, p. 305.

20 In tal senso, oltre ad Uta Kohl, lo studio di H. L. Buxbaum, *Territory, Territoriality and the Resolution of Jurisdictional Conflict,* in *Indiana University Maurer School of Law,* 2009, pp. 631; per la discussione teorica del concetto di «territorialità», J. G. Ruggie, *Territoriality and Beyond: Problematizing Modernity in International Relations*, in *International Organization,* 1993, pp. 139 ss.; ne problematizza la concettualizzazione tradizionale, P. D. Szigeti, *The Illusion of Territorial Jurisdiction,* in *Texas International Law Journal,* 2017, pp. 369 ss.

21 La tendenza è descritta da P. S. Berman, *Jurisdictional Pluralism,* in S. Allen-D. Costelloe-M. Fitzmaurice -P. Gragl,- E. Guntrip, *The Oxford Handbook of Jurisdiction International Law,* cit., pp. 127 ss.; molte delle considerazioni in questo paragrafo sono legate agli studi dell'A., in particolare P. S. Berman, *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders,* Cambridge University Press, 2012; cfr. inoltre L. D'Avout, *L'enterprise et les conflits internationaux de lois,* Brill Nijhoff, 2019, spec. pp. 129 ss.

22 L'icastica espressione è di U. Kohl, *Territoriality and Globalization,* in S. Allen-D. Costelloe-M. Fitzmaurice -P. Gragl,- E. Guntrip, *The Oxford Handbook of Jurisdiction International Law,* cit., p. 307 (anche per la citazione successiva di cui nel testo).

23 In tema, C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, cit., 2008, pp. 21 ss.; J. A. Zerk, *Extraterritorial Jurisdiction: Lessons for the Business and Human Rights Sphere from Six Regulatory Areas,* Working Paper of Harvard Corporate Social Responsibility Initiative, 2010, pp. 18 ss.

24 Per gli opportuni riferimenti nella giurisprudenza interna, cfr. E. Calvanese, sub. *art. 6 Reati commessi nel territorio dello Stato,* in G. Lattanzi-E. Lupo, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina,* Giuffrè, 2010, pp. 331 ss.

25 Per un'analisi delle applicazioni di questo criterio nel contesto della regolazione *antitrust,* cfr. J. A. Zerk, *Extraterritorial Jurisdiction: Lessons for the Business and Human Rights Sphere from Six Regulatory Areas,* cit., pp. 91 ss.

26 In questi termini J. Scott, *Extraterritoriality and Territoriality Extension in EU Law,* in *The American Journal of Comparative Law,* 2014, p. 90.

27 Una ricognizione esaustiva di questo percorso giurisprudenziale, a partire dal caso *Pennoyer*, è proposta da E. D. Cavanagh, *General Jurisdiction 2.0: The Updating and Uprooting of the Corporate Presence Doctrine,* in *Maine Law Review,* 2016, pp. 287 ss.

28 Pone in luce questo aspetto P. S. Berman, *Jurisdictional Pluralism,* cit., pp. 126 ss.

29 Cfr. *International Shoe Co. v. Washington,* 326 U.S. 310 (1945).

30 Si tratta di un caso agevolmente iscrivibile nella categoria dei *transnational human rights litigation*: i cittadini argentini adiscono la corte federale statunitense perché accerti la responsabilità «under the Alien Torte Statute» (cfr. *infra*) della società Daimler (tedesca) per violazioni dei diritti umani commessi in territorio argentino da una sua *subsidiary*: la *general jurisdiction* della corte federale U.S. è argomentata alla stregua dell'attività esclusiva di distribuzione svolta da una *subsidiary* della Daimler, incorporata e operativa negli Stati Uniti («minimum contact»). Per una formalizzazione teorica dei caratteri dei *transnational human rights litigation,* cfr. C. A. Whytock, *Domestic Courts and Global Governance,* in *Tulane Law Review,* 2009, pp. 91 ss.

31 All'esito dell'analisi, E. D. Cavanagh, *General Jurisdiction 2.0: The Updating and Uprooting of the Corporate Presence Doctrine,* cit., p. 319.

32 Cfr. *Daimler AG v. Bauman*, 571 U.S. 117 (2014) (*opinion* del Justice Ginsborg).

33 Cfr. *retro,* nt. 33.

34 Il rilievo è di P. S. Berman, *Jurisdictional Pluralism,* cit., p. 128.

35 Ne dà ampiamente conto J. A. Zerk, *Extraterritorial Jurisdiction: Lessons for the Business and Human Rights Sphere from*

Six Regulatory Areas, cit., pp. 75 ss., cui si rinvia anche per gli opportuni riferimenti.

36 In tal senso, U. Mattei- J. Lena, *US Jurisdiction Over Conflicts Arising Outside of the United States: Some Hegemonic Implications'*, in *Hastings Int'l & Comp L Rev*, 2001, pp. 381 ss.;

37 Un'analisi imponente di questo paradigma è proposta da K. E. Davis, *Between Impunity and Imperialism. The Regulation of Transnational Bribery,* Oxford University Press, 2019, di cui si segnalano in particolare pp. 21 ss. e 41 ss.

38 Li esamina K. E. Davis, *Between Impunity and Imperialism. The Regulation of Transnational Bribery,* cit., p. 42.

39 Non è possibile, in questa sede, un'analisi compiuta delle soluzioni adottate in queste legislazioni; per il FCPA, si consideri intanto la *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, 2020 (2° ed.), elaborata dal Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission; v. inoltre N. N. Wilson, *Pushing the Limits of Jurisdiction Over Foreign Actors Under the Foreign Corrupt Practices Act,* in *Washington University Law Review,* 2014, pp. 1063 ss.

40 Cfr. *retro,* par. 1.

41 E' la conclusione raggiunta da S. Allen, *Introduction: Defining State Jurisdiction and Jurisdiction in International Law,* in S. Allen-D. Costelloe-M. Fitzmaurice -P. Gragl,- E. Guntrip, *The Oxford Handbook of Jurisdiction International Law,* cit., p. 8.

42 L'iniziativa delle Nazioni Unite si inserisce nel contesto della *CSR Regulation*, concepita, in larga misura, come una risposta (oggi oggetto di severe critiche) ai limiti che si frappongono sia ad una responsabilizzazione diretta delle società multinazionali, attraverso il diritto internazionale; sia all'implementazione di legislazioni domestiche (penali e, più in generale, punitive), incapaci di proiettarsi in modo efficace – e senza generare interferenze – oltre i limiti territoriali della sovranità. La tematica è complessa: per un primo inquadramento, A. de Jonge, *Transnational Corporations and International Law,* Edward Elgar, 2011, spec. pp. 91 ss.; J. Nolan, *The Corporate Responsability To Respect Rights: Soft law or not Law?,* in S. Deva-D. Bilchitz (a cura di), *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect,* Cambridge University Press, 2013; J. G. Ruggie, *Hierarchy or Ecosystem? Regulating Human Rights Risks of Multinational Enterprises,* in C. R. Garavito, *Business and Human Rights: Beyond the End of the Beginning,* Cambridge University Press, 2017, pp. 11 ss.; L. Baccaro-V. Mele, *For Lach of Anything Better? International Organizations and Global Corporate Codes,* in *Public Administration,* 2011, pp. 451 ss..

43 Cfr. J. Ruggie, *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises,* A/HRC/8/5 7 April 2008, specialmente par. 19.

44 Cfr. UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs), UN Doc A/HRC/17/31 (2011), Commentary; cfr. inoltre *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, 'Business and Human Rights: Towards operationalizing the "protect, respect and remedy" framework'*, 22.04.2009 A/HRC/11/13, par. 5: «[t]he extraterritorial dimension of the duty to protect remains unsettled in international law. Current guidance from international human rights bodies suggests that states are not required to regulate the extraterritorial activities of businesses incorporated in their jurisdiction, but nor are they generally prohibited from doing so provided there is a recognized jurisdictional basis and that an overall reasonableness test is met».

45 La regola è una diretta declinazione del principio di eguale sovranità tra gli Stati, riconosciuto nel diritto internazionale consuetudinario: cfr. *retro,* nt. 2.

46 Di estremo rilievo, in tal senso, è l'articolato approccio seguito dalle corti federali statunitensi e specialmente dalla Corte Suprema nei casi transnazionali in cui si è reso necessario verificare la compatibilità di (eventuali) applicazioni extraterritoriali del diritto interno con il principio di non interferenza: in tema, W. S. Dodge, *Reasonableness in the Restament (Fourth) of Foreign Relations Law*, in *Willamette Law Review,* 2019, pp. 521 ss.

47 Così J. A. Zerk, *Extraterritorial Jurisdiction: Lessons for the Business and Human Rights Sphere from Six Regulatory Areas,* cit., p. 15.

48 Così definite nel «UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs), UN Doc A/HRC/17/31 (2011), Commentary»; ne precisano le caratteristiche: R. Chambers, *An Evaluation of Two Key Extraterritorial Techniques to Bring Human Rights Standards to Bear on Corporate Misconduct,* in *Utrecht Law Review,* 2018, pp. 22 ss.; J. A. Zerk, *Extraterritorial Jurisdiction: Lessons for the Business and Human Rights Sphere from Six Regulatory Areas,* cit., pp. 12 ss.

49 Traiamo il concetto da C. Brummer, *Territoriality as a Regulatory Technique: Notes from the Financial Crisis,* in *University of Cincinnati Law Review*, 2010, pp. 106 ss.

50 A questa tattica di regolazione ricorrono molti ordinamenti per superare o eludere il principio di autonomia tra *parent company* e *subsidiary* («piercing the corporate veil»): in tema, gli studi di L. Catà Backer, *The Autonomous Global Corporation: on the Role of Organizational Law Beyond Asset partitioning and Legal personality*, in *Tulsa Law Review*, 2006, pp. 101 e spec. pp. 117 ss.; P. Zumbansen-B.Reinke, *Transnational Liability Regimes in Contract, Tort and Corporate Law: Comparative Observations on 'Global Supply Chain Liability'*, King's College London Dickson Poon School of Law Legal Studies Research Paper Series: Paper No. 2019-18, 2019.

51 Si realizza una «*de facto* internationalization of national law» C. Brummer, *Territoriality as a Regulatory Technique: Notes from the Financial Crisis,* cit., p. 108.

52 Cfr. *Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, su cui vedi l'analisi di P. Zumbansen-B.Reinke, *Transnational Liability Regimes in Contract, Tort and Corporate Law: Comparative Observations on 'Global Supply Chain Liability',* cit.; per una contestualizzazione di questo modello di «hardening», V. Jentsch, *Corporate Social Responsibility and the Law: International Standards, Regulatory Theory and the Swiss Responsible Business Initiative*, EUI Working Paper, 2018, pp. 13 ss..

53 Si assiste ad un autentico processo di «hardening» (o «legalization») di fonti di *public soft law*, attuato mediante il diritto legislativo: approfondiscono, da un punto di vista teorico, le forme attraverso le quali la *soft law* si attua negli ordinamenti interni F. Cafaggi, *New Foundations of Transnational Private Regulation,* EUI Working Paper, 2010, spec. pp. 30 ss..

54 Discute criticamente, in una vasta indagine, il processo di evoluzione della *business regulation,* sino alle soglie dell'avvento della CSR *theory* (dopo il 1970 e il fallimento del *treaty-based model*), D. Lustig, *Veiled Power. International Law and the Private Corporation, 1886-1981,* Oxford University Press, 2020, spec. 221 ss.

55 Cfr. Draft Report with the recommendations to the Commission on corporate due diligence and corporate accountability (2020/2129(INL)), Committee on Legal Affairs.

56 Cfr. inoltre spec. i *considerando* n. 8 e 9, da cui emerge un complesso di ragioni (politiche ed economiche) sottese all'iniziativa.

57 Cfr. per la definizione di «due diligence», art. 3, par. 1 della proposta di direttiva: «due diligence' means the process put in place by an undertaking aimed at identifying, ceasing, preventing, mitigating, monitoring, disclosing, accounting for, addressing, and remediating the risks posed to human rights, including social and labour rights, the environment, *including through climate change, and to governance, both by its own operations and by those of its business relationships*» (enfasi aggiunta).

58 Cfr. L. Catà Backer, *Multinational Corporations as Objects and Sources of Transnational Regulation,* in *ILSA Journal of International & Comparative Law,* 2008, pp. 10 ss.

59 Di recente, tale posizione è stata ribadita da Cass. pen., Sez. VI, 07.04.2020, n. 11626 (pres. Calvanese; rel. Bassi), pubblicata in *Giurisprudenza penale Web,* con nota di E. Napoletano-E. Massignani, *La responsabilità amministrativa della società straniera per reati consumati su territorio italiano da un soggetto apicale nel suo interesse,* 16.05.2020. Nel dettaglio, si afferma: «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 disciplino 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. Deve, pertanto, essere recepito l'analogo principio di diritto di recente affermato dalla giurisprudenza di merito là dove ha ritenuto applicabile la disciplina del decreto n. 231 ad una società straniera priva di sede in Italia, ma operante sul territorio nazionale, in relazione ai delitti di omicidio e lesioni personali colposi (nel noto caso dell'incidente ferroviario di Viareggio) […]». Per vero, la Corte non svolge argomenti innovativi a sostegno della lettura extraterritoriale del decreto n. 231, aderendo a quelli già espressi nelle altre decisioni (di merito) rilevanti in tema: specialmente le sentenze rese dalla Corte di Appello di Firenze, 20.06.2019, n. 3733 e dal Tribunale di Lucca, 31.07.2017, n. 222, nella fattispecie concreta avente ad oggetto l'incolpazione di società tedesche ed austriache, non radicate nel territorio italiano, per l'illecito amministrativo di cui all'art. 25-*septies* d.lgs. n. 231/2001. Per gli ulteriori riferimenti giurisprudenziali, si rinvia a G. Di Vetta, sub *art. 4 Reati commessi all'estero,* cit., spec. pp. 79 ss.

60 E' «extraterritoriale» ogni pretesa giurisdizionale che abbia ad oggetto «individui» (persone fisiche o giuridiche) o «*conduct*» che non hanno collegamenti rilevanti con lo Stato territoriale che la esercita: cfr. J. A. Zerk, *Extraterritorial Jurisdiction: Lessons for the Business and Human Rights Sphere from Six Regulatory Areas,* cit., p. 10.

61 In questo senso, in modo emblematico, le due sentenze di merito poc'anzi richiamate: App. Firenze, 20.06.2019, n. 3733; Trib. Lucca, 31.07.2017, n. 222.

62 All'«operatività» dell'ente straniero nel territorio dello Stato italiano fanno espressamente riferimento, nelle rispettive motivazioni: App. Firenze, 20.06.2019, n. 3733 e, di riflesso, Cass. pen., Sez. VI, 07.04.2020, n. 11626.

63 Alcuni di questi argomenti sono effettivamente evocati da taluni Autori per fondare la pretesa extraterritoriale: tra gli altri, G. Fidelbo, *Il problema della responsabilità delle società italiane per i reati commessi all'estero,* cit., p. 260; C. Piergallini, *Globalizzazione dell'economia, rischio-reato e responsabilità* ex crimine *delle multinazionali,* cit., 162.

64 Al riguardo, la nota introduttiva al commento dell'art. 1 del decreto di E. Ginevra, *Note introduttive alla responsabilità degli enti* ex *d.lgs. n. 231/2001. Identità e rilevanza della persona giuridica,* in D. Castronuovo-G. De Simone- E. Ginevra – A. Lionzo – D. Negri – G. Varraso (a cura di), *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi,* cit., pp. 3 ss.

65 Cfr. Cass. pen., sez. VI, 22.01.2011, n. 2251, in *Cass. pen.,* 2011, pp. 2359 ss., con nota di G. Varraso, *L'«ostinato silenzio» del d.lgs. n. 231 del 2001 sulla costituzione di parte civile nei confronti dell'ente ha un suo perché;* altresì pubblicata in *Dir. pen. proc.,* 2011, pp. 431 ss., con nota di F. Mucciarelli, *Il fatto illecito dell'ente e la costituzione di parte civile nel processo*

ex d.lgs. n. 231/2001.

66 Su questa categoria di norme, in materia penale, per tutti A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di "diritto penale transnazionale,* Giappichelli, 2006, spec. pp. 239 ss.

67 In particolare C. PIERGALLINI, *Globalizzazione dell'economia, rischio-reato e responsabilità* ex crimine *delle multinazionali,* cit., 162.

68 Cfr. *retro,* par. 1.

69 In tema, pochi riferimenti essenziali che ripercorrono le stagioni controverse di questo canone interpretativo: J. H. KNOX, *A presumption against Extrajurisdictionality,* in *American Journal of International Law,* 2010, pp. 351 ss.; W. S. DODGE, *Understanding the Presumption Against Extraterritoriality,* in *Berkeley Journal of International Law,* 1998, pp. 85 ss.; J. TURLEY, "When in Rome": *Multinational Misconduct and the Presumption Against Extraterritoriality*, in *New York University Law Review,* 1990, pp. 598 ss.; considera la «presumption against extraterritoriality» uno dei canoni interpretativi attraverso i quali la giurisprudenza ridefinisce i confini giurisdizionali, sovente perseguendo più ampi obiettivi di *policy,* soprattutto nel contesto della regolazione dell'attività di *foreign corporations*: U. KOHL, *Territoriality and Globalization,* cit., pp. 308 ss.

70 Cfr. *retro,* nt. 48.

71 Per un'esaustiva tematizzazione critica del «foreign affairs exceptionalism» e delle implicazioni che discendono dai casi *Kiobel* e *Morrison,* di cui nel testo, si segnalano due studi che hanno, peraltro, il merito di esprimere l'intensità del dibattito: G. SITARAMAN-I. WUERTH, *The Normalization of Foreign Relations Law*, in *Harvard Law Review,* 2015, pp. 1897 ss.; C. M. VAZQUEZ, *The Abiding Exceptionalism of Foreign Relations Doctrine,* in *Harvard Law Review,* 2015, pp. 305 ss.

72 Cfr. *Morrison v. National Australia Bank*, 561 U.S. 247 (2010).

73 Cfr. *Morrison v. National Australia Bank*, cit.

74 Citazioni da *Morrison v. National Australia Bank*, cit.

75 Cfr. *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 569 U.S. 108 (2013), di cui si segnala l'importante commento di D. P. STEWART-I. WUERTH, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*: The Supreme court and the Alien Tort Statute, in *American Journal of International Law,* 2013, pp. 601 ss.

76 L'ATS è stato riconosciuto come un dispositivo giuridico (e giudiziario) capace di assicurare l'attuazione del diritto internazionale dei diritti umani nei confronti di soggetti, come le *corporations*, altrimenti irresponsabili in relazione a fattispecie concrete di violazione, consumate al di fuori del territorio degli Stati Uniti, in particolari contesti storico-politici. La proiezione transnazionale dell'ATS (state-law) e la sua attuazione extraterritoriale sono un esempio significativo – per riprendere le categorie di Sassen – di «denazionalizzazione» del diritto interno, resa possibile attraverso l'attività delle corti giudiziarie. Sul tema, come intuibile, vi è un'ampia bibliografia: S. R. RATNER, *Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility,* in *Yale Law Journal,* 2001, pp. 443 ss.; J. A. ZERK, *Multinationals and Corporate Social Responsability. Limitations and Opportunities in International Law,* Cambridge University Press, 2006, pp. 207 ss.; A. J. WILSON, *Beyond* Unocal: *Conceptual Problems in Using International Norms to Hold Transnational Corporations Liable under the Alien Tort Statute,* in O. DE SCHUTTER (a cura di), *Transnational Corporations and Human Rights,* Hart Publishing, 2006, pp. 43 ss.; J. G. KUH, *The Curious Case of Corporate Liability Under the Alien Tort Statute: a Flawed System of Judicial Lawmaking,* in *Virginia Journal of International Law,* 2011, pp. 353 ss.

77 In tema, il prezioso studio di T. L. PUTNAM, *Courts Without Borders. Law, Politcs and U.S. Extraterritoriality,* Cambridge University Press, 2016 dove si approfondiscono, in un compiuto quadro teoretico, le proiezioni extraterritoriali delle corti interne e il ruolo preponderante che esse rivestono nella formazione di autentici assetti transnazionali di regolazione e disciplina dei processi economici *cross-borders*.

78 Cfr. *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, cit.

79 In particolare, si considerino App. Firenze, 20.06.2019, n. 3733; Trib. Lucca, 31.07.2017, n. 222, che argomentano la pretesa punitiva in funzione della necessità di garantire una sorta di *level playing field* e di colmare spazi di impunità, connessi alla limitata portata della giurisdizione territoriale nel contesto della globalizzazione economica.

80 Cfr. *retro,* nt. 23 e 79.

81 La tesi, raccolta nell'efficace espressione, è elaborata da J. ALLARD-A. GARAPON, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit,* Seuil, 2005, pp. 23 ss.

82 Un'articolata tradizione di studi intorno alla globalizzazione e alle sue implicazioni per il diritto ne intravede un carattere tipico o identitario nell'esaltazione funzionale del formante giudiziario, cui, per molteplici fattori, si attribuiscono reali competenze nella *governance* delle dinamiche di mondializzazione. Le corti concorrono alla formazione del diritto *policontestuale*, come sostengono G. TEUBNER-A. F. LESCANO, *Scontro tra regimi: la vana ricerca di unità nella frammentazione del diritto globale*, in G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili,* Armando Editore, 2005, spec. p. 154, e «occupano il centro del diritto [mentre] la sua periferia è popolata da differenti regimi giuridici autonomi che, ai confini del diritto, si costituiscono in stretto contatto con le sfere sociali autonome»; per Saskia Sassen (v. *retro,* nt. 10), la globalizzazione è un processo reale di ridefinizione delle relazioni costitutive tra giudiziario, esecutivo e legislativo: mentre quest'ultimo si ridimensiona, sono anche i giudici, nei campi di materia esposti alla mondializzazione,

a «produrre tutta una serie di nuove legalità», che consentano allo Stato («denazionalizzato») di interagire con il «globale». Le decisioni delle corti domestiche sono «atti di regolazione» e determinano l'allocazione reale di risorse e diritti: cfr. C. A. Whytock, *Domestic Courts and Global Governance,* cit., pp. 97 ss.. E sono ancora le corti, nell'applicazione giudiziaria, ad attuare *standard* internazionali e, più in generale, quel diritto ibrido o transnazionale che non ha la sua validità nelle fonti statuali o internazionali: così si assiste a processi di *judicial enforcement* (o «judicialization») di normazione tecnica (tort liability; criminal liability), public soft law (linee guida; raccomandazioni; *due diligence standard*) e private transnational law (es. codici di condotta): in tema F. Cafaggi, *Enforcing transnational private regulation: models and patterns,* in Id. (a cura di), *Enforcement of Transnational Regulation. Ensuring Compliance in a Global World,* Edward Elgar, 2012, pp. 75 ss.; E. Benvenisti-G. W. Downs, *National courts and transnational private regulation,* in F. Cafaggi (a cura di), *Enforcement of Transnational Regulation. Ensuring Compliance in a Global World,* cit., pp. 131 ss.. Al ruolo delle corti nello «spazio giuridico globale», discontinuo e disorganico, dedica una significativa parte della sua analisi S. Cassese, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato,* Einaudi, 2009, spec. pp. 142 ss.: in un contesto, quello appunto del «diritto globale», intrinsecamente carente di elementi ordinanti (politici o giuridici: es. diritto internazionale), «le corti divengono i regolatori dei rapporti tra i diversi livelli di governo (in senso verticale) e i produttori delle norme che riempiono gli «spazi vuoti» tra i diversi *regulatory regimes* ultrastatali (in senso orizzontale). Di qui la domanda: può dirsi che le corti contribuiscano a creare il tessuto normativo comune in grado di supplire all'assenza di un diritto globale generale, divenendo, così, uno degli attori principali dello sviluppo del diritto globale?». Non dissimile, sul punto, l'indagine di M. G. Ferrarese, *Prima lezione di diritto globale*, Laterza, 2012, quando, dopo aver registrato l'indebolimento delle strutture formali di validazione e organizzazione del diritto, osserva come «le corti, nuove inquiline dell'*habitat* internazionale, giocano un ruolo di primo piano nel mondo globale. Anzi è proprio in ambito globale che si può maggiormente misurare il «successo» delle istituzioni giudiziarie rispetto ai poteri politici, che hanno maggiore difficoltà a trapiantarsi fuori dagli Stati. Il ruolo svolto dalle corti nel contesto giuridico globale merita una particolare sottolineatura, in quanto esse non hanno solo una funzione di composizione dei conflitti, ma contribuiscono in maniera significativa alla creazione di regole e standard giudici globali». Che le dinamiche di applicazione (giudiziaria) e, quindi, i processi di interpretazione del diritto penale siano i «vettori» attraverso i quali, con particolare intensità, si realizza l'attuazione del «diritto transnazionale» può apparire paradossale ma ha spiegazioni profonde: sono certamente la strutturale inclinazione "epistemologica" del diritto penale, il suo intenso contatto con la «fattualità» (fortissimo in alcuni contesti, come quello della colpa: art. 43 c.p.) e la sua collocazione "marginale" rispetto ai rapporti sociali, dove il diritto si produce, a renderlo più sensibile ed esposto alle forme di giuridicità "oltre lo Stato" (l'impatto – interpretativo o normativo – di normazione tecnica, standard e autonormazione privata o ibrida nella definizione dei fatti tipici è paradigmatico).

83 Gli studi in materia di «interlegalità» - cfr. per tutti G. Palombella, *Theory, Realities, and Promises of Inter-Legality: A Manifesto*, in *The Challenge of Inter-Legality*, J. Klabbers, G. Palombella (a cura di), Cambridge, Cambridge University Press, 2019, pp. 363 ss. – designano la «fattispecie concreta» come categoria ordinante e selettiva del diritto applicabile: il «caso» ha sostituito i criteri formali di validazione del diritto (applicabile) e di risoluzione dei conflitti normativi. E qui sta la centralità del ruolo del giudice, abilitato a conoscere il *caso* e, quindi, a descriverlo e definirlo: se è il «caso» che designa il diritto, in uno scenario di intenso pluralismo giuridico, si coglie l'esaltazione della funzione giudiziaria di identificazione della fattispecie concreta, da cui dipende la selezione delle regole ad essa adeguate (questione connessa ma diversa è come concretizzare la misura dell'«adeguatezza»).

84 Cfr. *ultra,* par. 8.

85 Tali esigenze sono tanto più intense quanto più i criteri di collegamento sono «tenui» e la base legale incerta: lo dimostra, ad es., l'esperienza applicativa che ha riguardato il paradigma del *minimum contacts*, ora declinante, ritenuto incapace di garantire un ragionevole grado di prevedibilità (della pretesa) da parte di individui e persone giuridiche. Le corti federali sono intervenute prospettando l'integrazione di quella base con ulteriori criteri, per lo più riconducibili ad un piano di valutazioni assiologiche, appunto attinenti alla verifica della ragionevolezza dell'*assertion of jurisdiction.*

86 Cfr. *ultra,* par. 8.

87 Su questo punto c'è ampia convergenza in dottrina: cfr. per tutti L. Pistorelli, *Profili problematici della "responsabilità internazionale" degli enti per i reati commessi nel loro interesse o vantaggio,* cit., p. 4; S. Manacorda, *Limiti spaziali della responsabilità degli enti e criteri d'imputazione,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2012, pp. 97 ss.

88 Cfr. *retro,* par. 3.

89 Così G. Fidelbo, *Il problema della responsabilità delle società italiane per i reati commessi all'estero,* in *Jus,* 2011, p. 254.

90 Sui contenuti del rimprovero normativo per colpa di organizzazione, le analisi profonde di C. E. Paliero-C. Piergallini, *La colpa di organizzazione,* in *Resp. amm. soc. enti,* 2006, pp. 167 ss.; C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex D.lgs. 231/2001 (Parte I)*, in *Cass. pen.,* 2013, pp. 376 ss.; Id., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex D.lgs. 231/2001 (Parte II),* in *Cass. pen.,* 2013, pp. 842 ss.; G. Forti, *Uno sguardo ai "piani nobili" del d.lgs. n. 231/2001,* in A. M. Stile-V. Mongillo- G. Stile (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal D.lgs. n. 231/2001,* ESI, 2013, pp. 25 ss.; per una ricognizione assai puntuale della tematica, v. M. Scoletta, sub *art. 6 Profili penalistici,* in D. Castronuovo-G. De Simone- E.

Ginevra – A. Lionzo – D. Negri – G. Varraso (a cura di), *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi,* cit., pp. 132 ss.

91 In tal senso, O. Di Giovine, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo,* in G. Lattanzi (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231,* Giappichelli, 2010, spec. p. 44.

92 Per un'esposizione di queste criticità, per lo più connesse alla dimensione «territorialmente limitata» delle regole cautelari che integrano le fattispecie di reato-presupposto e investono anche la dimensione sovraindividuale della condotta organizzativa, cfr. G. Di Vetta, sub *art. 4 Reati commessi all'estero,* cit., pp. 68-75.

93 Cfr. *retro,* par. 3.

94 In tema, E. Pederzini, *Alla ricerca del diritto applicabile: società italiane e società straniere,* in Ead. (a cura di), *Percorsi di diritto societario europeo,* Giappichelli, 2020, pp. 3 ss.; T. Ballarino-E. Ballarino-I. Petrelli, *Diritto internazionale privato italiano,* Cedam, 2016, pp. 164 ss.

95 Per una ricognizione, cfr. G. Di Vetta, sub *art. 4 Reati commessi all'estero,* cit., p. 79.

96 Aderisce a questa impostazione Manacorda, 108.

97 Una ricognizione di questi criteri e delle relative implicazioni, anche in ottica comparata, è proposta da A. Schneider, *Corporate Criminal Liability and Conflicts of Jurisdiction,* in D. Brodowski, M. Espinoza de los Monteros de la Parra, K. Tiedemann, J. Vogel (a cura di), *Regulating Corporate Criminal Liability,* Springer, 2014, pp. 249 ss.

98 Si trae questa definizione descrittiva dalla giurisprudenza formatasi in altro contesto sistematico, quello fallimentare: cfr. in particolare Cass. civ., I, 24.04.2015, n. 8388, in *DeJure*.

99 Coniuga secondo questo approccio effettuale il concetto di «sede principale», rilevante ai sensi dell'art. 4 del decreto, L. Pistorelli, *Profili problematici della "responsabilità internazionale" degli enti per i reati commessi nel loro interesse o vantaggio,* cit., p. 15.

100 Una disamina approfondita della relazione che intercorre tra i due poli, reato e illecito punitivo della persona giuridica, è proposta da G. De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici,* Edizioni ETS, 2012, pp. 353 ss.; V. Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo,* Giappichelli, 2018, spec. pp. 431 ss., dove l'A. prospetta una lettura fortemente "autonomista" dell'«illecito corporativo», caratterizzato da una tipicità colposa su basi funzionali-organizzative: sicché «il *deficit* organizzativo non si riduce in alcun modo al c.d. "fatto di connessione" e alla colpevolezza del suo autore fisico [...]. Da questa angolazione, è corretto asserire che l'ente non risponde del reato altrui, ma di una diversa lacuna riconducibile al proprio sostrato di collettività organizzata».

101 E' la tesi prospettata da C. E. Paliero, *La responsabilità degli enti: profili di diritto sostanziale,* in Aa. Vv., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro,* Giuffrè, 2009, pp. 277 e spec. 294.

102 Cfr., oltre alla già citata Cass. pen., sez. VI, 22 gennaio 2011, n. 2251, in tema di inammissibilità della costituzione di parte civile nei confronti dell'ente, anche, tra le altre: Cass. pen., sez. VI, 10 novembre 2015, n. 28229, che nega qualsiasi automatismo tra assoluzione della persona fisica e insussistenza dell'illecito punitivo della persona giuridica; Cass. pen., sez. III, 10.07.2019, n. 1420, che nega recisamente ogni margine di comunicabilità all'ente collettivo degli effetti della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-*bis* c.p.), destinati a prodursi solo con riferimento al reato individuale; Cass. pen., sez. IV, 12.06.2019, n. 25830, che nuovamente esclude l'estensione all'illecito punitivo collettivo degli effetti estintivi della punibilità del reato, conseguenti al decorso del tempo necessario a prescrivere; non da ultimo, Cass. pen., Sez. Un., 30.01.2014, n. 10561, che esclude l'applicabilità della confisca per equivalente nei confronti della persona giuridica, sul presupposto – lucidamente espresso – che l'ente non può essere considerato «concorrente [nel reato], insieme alla persona fisica».

103 Cfr. *retro,* nt. 102.

104 Descrive nitidamente le componenti costitutive della fattispecie composita M. Pelissero, *La responsabilità degli enti,* in F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari,* I, XIII ed., Giuffrè, 2007, pp. 845 ss.

105 Oltre agli A. sinora richiamati (cfr. in particolare nt. 102), si consideri A. Gargani, *Individuale e collettivo nella responsabilità degli enti,* in *Studi Senesi,* 2006, pp. 239 ss.

106 Questa è la ricostruzione dogmatica (illecito colposo di evento) sottesa alle conclusioni che sul tema raggiungono C. Piergallini, *Globalizzazione dell'economia, rischio-reato e responsabilità* ex crimine *delle multinazionali,* cit., pp. 160 ss.; e A. F. Tripodi, *Il diritto penale degli enti* nello spazio: deantropomorfizzazione e globalizzazione *a confronto,* cit., all'esito di un articolato percorso ermeneutico.

107 Ricostruzione prospettata in dottrina da F. Mucciarelli, *Il fatto illecito dell'ente e la costituzione di parte civile nel processo ex d.lgs. n. 231/2001,* in *Dir. pen. e proc.,* 2011, p. 441; valorizza la dimensione oggettiva di quello che definisce come un autonomo «illecito corporativo» V. Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo,* cit., pp. 431 ss.: tra le due tesi pare esservi una sensibile assonanza.

108 Leggono il sistema di responsabilità degli enti nell'ottica dei modelli di *self-regulation:* F. Centonze, *La co-regolamentazione della criminalità d'impresa nel d.lgs. n. 231 del 2001. Il problema dell'importazione dei «compliance programs» nell'ordinamento italiano*, in *An. Giuridica dell'economia*, 2009, pp. 219 ss.; Id., *Responsabilità da reato degli enti e agency problems. I limiti del d.lgs. n. 231 del 2001 e le prospettive di ri- forma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2017, pp. 945 ss.; C. Piergallini: *Autonormazione*

e control- lo penale, in *Dir. pen. e proc.,* 2015, pp. 261 ss.; *Autonormazione e controllo penale: verso la privatizza- zione delle fonti?,* in C.E. Paliero-S. Moccia-G.A. De Francesco-G. Insolera-M. Pelissero-R. Rampioni-L. Risicato, *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, ESI, 2016, pp. 117 ss.

109 Il diritto penale (e quello punitivo, più in generale) scoprono questa inclinazione riflessiva nell'ottica della più vasta transizione verso quello che C. Scott (*Regulation in the Age of Governance: The Rise of the Post-Regulatory State*, in J. Jordana, D. Levi-Faur (a cura di), *The Politcs of Regulation*, EEP, 2004, pp. 112 ss.) definisce il *post-regulatory state*. Anche il sistema penale risente – e in modo intenso – delle trasformazioni dei paradigmi di regolazione: l'inflessione «disciplinare» del congegno penalistico, che variamente si realizza (e sul piano della formulazione della fattispecie tipica e su quello, assai agevole, della punibilità), ne è una manifestazione; e in tale processo si inscrive anche il modello punitivo delineato dal decreto n. 231. Per una riflessione compiuta su talune di queste dinamiche cfr. V. Torre, *La "privatizzazione" delle fonti del diritto penale. Un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività di impresa,* Bononia University Press, 2014; qualche spunto, volendo, anche in G. Di Vetta, *Diritto penale e reflexive rationality nella parabola del «diritto oltre lo Stato»,* cit., pp. 197 ss..

110 Circa la dimensione sostanziale dell'autonormazione dell'ente, v. M. Donini, Compliance, *negozialità e riparazione nell'offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la* restorative justice, in Aa. Vv., *Criminalità d'impresa e giustizia negoziata: esperienze a confronto,* Giuffrè, 2017, spec. pp. 33 ss..

111 Esiste una significativa correlazione tra struttura contravvenzionale e funzione di regolazione "periferica" o disciplinare del diritto penale: lo dimostra, oltre i limiti dogmatici categoriali, la notevole indagine di N. Lacey, *Criminalisation as Regulation: the Role of Criminal Law*, in C. Parker-C. Scott-N. Lacey-J. Braithwaite, *Regulating Law*, Oxford University Press, 2004, pp. 144 ss.. L'abbiamo tematizzata in uno studio in corso di pubblicazione.

112 La funzione «governamentale» del diritto punitivo si riconnette al mutamento profondo dei modi in cui si organizza il controllo del comportamento sociale, di individui e di imprese: probabilmente, almeno in parte, per il sistema penale l'affermazione dei nuovi modelli della regolazione ibrida o delegata è soltanto un approfondimento di una componente "disciplinare" già presente.

113 Per tutti, su questo paradigma, T. Padovani, *Tutela dei beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *Cass. pen.,* 1987, pp. 670 ss.

114 Ma la decifrazione della portata spaziale di queste discipline è molto più complessa: esse adottano, in realtà, un approccio essenzialmente *territoriale* per regolare l'applicazione nei confronti delle società "straniere", coniugando in vario modo la matrice giurisdizionale della "territorialità" (doing business; corporate presence; contatti qualificati).

115 Queste interazioni non investano soltanto forme ed elementi normativi (diritti) che appartengono ad ordinamenti territoriali (nazionali, inter-statali, sovranazionali), bensì anche ulteriori normatività ibride o transnazionali, che provengono da ordinamenti "funzionali" (global regulatory regimes; transnational legal orders) destinati ad interagire lungo piani di vigenza (o validità) di tipo non territoriale, bensì funzionale.

116 Anche in *Kiobel* e *Morrison*, per cui v. *retro,* par. 4.

117 Circa i limiti di una proiezione "universale" del decreto n. 231, con particolare riferimento alla disciplina della colpevolezza di organizzazione, si considerino gli acuti rilievi di A. Alessandri, *Attività di impresa e responsabilità penali,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2005, pp. 558 ss.

118 Per questa categoria, v. *retro,* par. 1.

119 Cfr. C. Piergallini, *Globalizzazione dell'economia, rischio-reato e responsabilità* ex crimine *delle multinazionali,* cit., p. 166.

120 Così C. Piergallini, *Globalizzazione dell'economia, rischio-reato e responsabilità* ex crimine *delle multinazionali,* cit., pp. 167 e 168.

121 Cfr. UK Bribery Act (2010), Sec. 7, par. 5 (b): «any other body corporate (wherever incorporated) which carries on a business, or part of a business, in any part of the United Kingdom»

122 In un contesto più ampio, propone una formalizzazione teorica di questi elementi A. di Martino, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, in *Archivio Penale Web,* 2018, pp. 1 ss.

123 Cfr. U.S. FCPA, § 78dd-1 («issuer»).

124 Sviluppa questo modello di descrizione delle dinamiche del «Law Without State» (o *global law*, sebbene questa espressione si rivela imprecisa), in molti studi, G. Teubner, *Regimi privati globali. Nuovo diritto spontaneo e costituzione duale nelle sfere autonomo della società globale,* in Id., *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili,* cit., pp. 60 ss.; poi è ripreso e ulteriormente approfondito da Peer Zumbansen (cfr. nt. 129).

125 Sviluppa l'analisi delle interazioni tra «informal law» e «state law», esattamente nella prospettiva della *business regulation,* O. Dilling-M. Herberg -G. Winter, *Introduction: Private Accountability in a Globalising World,* in O. Dilling- M. Herberg- G. Winter *(*a cura di*), Responsible Business. Self-Governance and Law in Transnational Economic Transactions,* 2008, pp. 8 ss.

126 L'A. osserva un duplice processo di deformalizzazione (*double deformalisation*), così scandito: «[i]n the first place, the focus is no longer exclusively or mainly upon state parties as the classic subject of formal agreements or other general rules of international law. In the second place, the *contexts in which choice of law questions arise are as likely be horizontally as*

vertically shaped. The paradigm conflicts case is no longer the appropriate formal second-order rule to determine the choice of first-order law between state legal orders which are symmetrical and largely mutually exclusive in their comprehensive territorial competence. Increasingly, what is instead at issue is the relevant terms of trade and mix of first-order authority between regimes with quite different but often significantly overlapping substantive jurisdictions» (enfasi aggiunte): cfr. N. Walker, *Intimations of Global Law,* Cambridge University Press, 2015, p. 114.

127 La transnazionalità non è una caratteristica spaziale di queste forme di giuridicità; non ne designa neanche un preciso campo materiale; piuttosto ne cattura una complessa dimensione qualitativa: in tal senso, ci si limita a richiamare i lavori fondamentali di P. Zumbansen, *Transnational Law and Legal Pluralism: Methodological Challenges*, in *Transnational Legal Theory,* vol. 2, 1, pp. 141 ss.; G. Calliess-P.Zumbansen, *Rough Consensus and Running Code,* Hart Publishing, 2010, pp. 67 ss.; per una ricognizione puntuale dei caratteri della *transnational law,* si consideri H. P. Glenn, *A Transnational Concept of Law,* in M. Tushnet-P. Cane, *The Oxford Handbook of Legal Studies,* 2005, pp. 846 ss.

128 Sul punto, ponendo in luce il processo di privatizzazione delle forme di produzione di regole di condotta, M. Donini, Compliance, *negozialità e riparazione nell'offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la* restorative justice, cit., spec. pp. 33 ss.; evidenzia la speciale sensibilità della «colpa» a recepire flussi normativi estranei al *formal law*, riconducendola al suo carattere strutturale, D. Castronuovo, *La colpa penale,* Giuffrè, 2009, pp. 284 ss.

129 In tema, dalla prospettiva penalistica, lo studio di A. Bernardi, *Sui rapporti tra diritto penale e soft law,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2011, pp. 536 ss.

130 In particolare, sui processi di «judicialization» di *standard* tecnici, T. Buthe-W.Mattli, *The New Global Rulers. The Privatization of Regulation in the World Economy*, Princeton University Press, 2011, pp. 203 ss.

131 Il concetto è sviluppato da F. Cafaggi, *New Foundations of Transnational Private Regulation,* cit., spec. p. 35.

02 La valutazione dei modelli organizzativi: aspetti legali e sistemi di certificazione. I punti di forza del D. Lgs. 231/2001 e le prospettive di riforma.

di Fabrizio Sardella

Abstract
L'elaborato approfondisce le modalità di valutazione dei modelli organizzativi previsti dal d. Lgs. 231/2001 (il Decreto), analizzando gli elementi normativi e la giurisprudenza nazionale, fornendo accenni di diritto comparato.
Si tratta di un argomento centrale per comprendere gli effetti concreti del Decreto sulle imprese e, più in generale, sugli enti giuridici.
La valutazione dei modelli organizzativi è avvenuta in modo asincrono tra giurisprudenza e mondo imprenditoriale. Questa è una delle ragioni che hanno determinato la difficoltà di applicazione dei Modelli organizzativi nelle imprese e, di converso, la scarsa contestazione giudiziale degli illeciti dipendenti da reato.
Il punto d'incontro tra i metodi di valutazione dei Modelli sono proprio i sistemi di gestione.
È emblematico il loro ruolo nella prevenzione dei reati colposi, specie con riferimento ai sistemi certificati, ossia conformi alle linee guida OHSAS e ISO. Il combinato disposto dell'art. 6 del Decreto e dell'art. 30 del D.L.gs. 81/2008 ha introdotto un paradigma per la valutazione dei Modelli.
In sintesi: l'idoneità dei Modelli a prevenire i reati colposi in tema di salute e sicurezza dei lavoratori è presunta se il sistema di gestione è certificato conforme alle linee guida tecniche. Queste ultime garantiscono la correttezza dei contenuti delle regole di prevenzione degli infortuni e delle malattie nei luoghi di lavoro. Ciò non è sufficiente per valutare positivamente il Modello. Oltre a ciò, devono essere previste le parti ulteriori richieste dal Decreto, tra le quali il sistema sanzionatorio, la nomina dell'Organismo di vigilanza, etc. Per questi aspetti, ulteriori rispetto al contenuto delle norme cautelari, non è prevista alcuna presunzione di conformità.
Il rinvio alle linee guida (es. OHSAS 18001) è sicuramente un ausilio per identificare i contenuti del protocollo sulla sicurezza dei lavoratori e, soprattutto, rappresenta il punto d'incontro con i sistemi di gestione, da tempo noti agli imprenditori e già attuati nelle aziende.
Questo paradigma di valutazione dei Modelli è stato introdotto dal Legislatore con Testo Unico Sicurezza del 2008 ed è stato rafforzato dalle interpretazioni della giurisprudenza e della dottrina, che dapprima hanno esteso il paradigma alla prevenzione dei reati colposi contro l'ambiente e, in seguito, lo hanno ampliato alla prevenzione di reati dolosi. Nella prevenzione dei reati contro la Pubblica Amministrazione si pensi al ruolo dei sistemi di gestione conformi alla norma ISO 37001, oppure a quello del regime di cooperative compliance tra amministrazione finanziaria e contribuente, ex D. Lgs. 128/2015, nella prevenzione dei reati tributari.
L'elaborato si conclude formulando proposte volte a fornire i canoni essenziali della valutazione dei Modelli organizzativi e della loro efficacia.

The paper aims to provide an in-depth focus about the evaluation of Organizational Models pursuant Legislative Decree n° 231 of 2001 (hereinafter the "Decree"), by analyzing legislation elements and national jurisprudence, also giving comparative law referrals. Deepening this argument is very important for understanding the concrete effects of the Model on the Companies and, more generically, on legal entities.
The evaluation of Organizational Models faced different approaches from the Judicial Authorities and the Business World. This is one among the reasons that determined the onset of difficulties to persuade the Companies on applying the Model and, consequently, the rarity of judicial accusations based on Companies criminal liability. The meeting point of the two different methods of evaluation can indeed be identified in the Management Systems.
Their contribution in preventing involuntary crimes is emblematic, especially if we think about Certified Management Systems, compliant to OHSAS or ISO guidelines and regulations. The conjunction between

the dispositions of article 6 of the Decree and the ones proposed by article 30 of Legislative Decree n. 81 of 2008 introduced a new paradigm on the evaluation of Models.
Briefly: the capability of the Model to prevent crimes related to the violations of Health and Safety regulations is presumed whether the Model contains a certified Management System that resulted compliant to technical guidelines. The respect of these guidelines guarantees that the internal H&S prevention rules have the proper contents.
This alone is not enough to ensure a positive evaluation of the Model. Pursuant to the Decree, additional parts must be added, included a disciplinary system, the appointment of a Supervisory Body, etc. Regarding these further aspects, no presumption of conformity is provided.
The referral to technical guidelines (ex. OHSAS 18001) surely is an aid for identifying the contents that a good H&S protocol should include and, moreover, represents a meeting point with Management Systems, long known from entrepreneurs and already implemented by many Companies.
This Organizational Models' evaluation paradigm was introduced by the legislator through the Italian Health and Safety regulation of year 2008 and was reinforced by the interpretations of both jurisprudence and doctrine, that in the beginning extended the paradigm to the prevention of environmental crimes and, furthermore, to the prevention of malicious crimes. The contribution of management system, especially ISO 37001, is also important when we consider the prevention aspects related to crimes against the Public Administration. Moreover, when preventing Tax crimes, the role of cooperative compliance programs between Tax administration and the taxpayer, pursuant Legislative Decree n° 128 of 2015, is also very important.
The Author concludes providing proposals for the identification of the essential canons that should be taken into account while evaluating the efficiency of an Organizational Model on preventing crimes.

Sommario

1. Lo stato dell'arte. I (generici) parametri di riferimento e la valutazione dei Modelli previsto dal d. lgs. 231/2001.- **2.** L'evoluzione normativa correlata all'introduzione dei reati colposi tra i reati presupposto ex D.Lgs. 231/01. L'importanza dei Sistemi di gestione ed il coordinamento con il Modello 231.
3. Il ruolo dei Sistemi di Gestione nella prevenzione dei reati ambientali, similitudini e differenze rispetto ai sistemi di gestione Health & Safety. - **4.** Reati contro la PA, illeciti di natura corruttiva. Sistemi gestionali nel contrasto ai reati di natura dolosa. - **5.** L'evoluzione giurisprudenziale nella valutazione del Modello organizzativo: la valorizzazione dei Sistemi di Gestione. - **6.** La prevenzione dei Reati tributari nel sistema 231, tra novità e prassi consolidate. - **7.** Riflessioni conclusive e prospettive di riforma.

1. Lo stato dell'arte. I (generici) parametri di riferimento e la valutazione dei Modelli previsto dal d. lgs. 231/2001.

Lo scoglio all'adozione del Modello di Organizzazione e Gestione *ex* D. Lgs. 231/01 (da ora innanzi anche solo "il Decreto") **è la sua** valutazione da parte della Magistratura.
In altri termini debbono essere identificati i criteri rispetto ai quali viene parametrata la valutazione di idoneità del Modello a prevenire i reati che, nel caso di vaglio giudiziale, si sono già verificati. Dalla ricognizione normativa e giurisprudenziale emerge la necessità di chiarire questi parametri, perché servono *in primis* alla predisposizione del Modello organizzativo, poi a valutarne la *compliance* al diritto penale, dalla quale consegue l'idoneità e l'efficacia esimente dei Modelli, tanto nella prevenzione dei reati dolosi, quanto di quelli colposi.
Punto nevralgico è, quindi, la capacità di parlare alle imprese, di rispondere alle loro esigenze organizzative: importante che le organizzazioni che propendono per l'adozione di un Modello 231 possano ricevere indicazioni chiare sulla strada da seguire, affinché il percorso conduca a semplificazioni e procedimentalizzazioni che si rivelino funzionali all'esercizio dell'impresa, nonché tali da assicurare una portata esimente, nella malaugurata ipotesi di concretizzazione del rischio di reato.
Detto rischio può insinuarsi nell'azione criminosa del singolo, che assuma con coscienza e volontà l'iniziativa per la commissione di un reato, a natura, quindi, dolosa, mirata a perseguire l'interesse o a

garantire un vantaggio in capo alla società.
In tal caso, l'impatto dei controlli e dei presidi stabiliti dal Modello organizzativo e la loro operatività risultano immediatamente tangibili. Procedure che prevedano presidi quali la segregazione di funzioni, controlli incrociati, efficacia deterrente delle sanzioni previste dal sistema disciplinare interno, ridondanze, sono alcuni dei principali esempi di come il Modello possa coadiuvare la società nella instaurazione di un impianto pensato per impedire al singolo di delinquere, anche nell'interesse dell'ente stesso. L'esperienza insegna che l'ente dovrà impedire l'eccessivo accentramento di poteri e funzioni in capo ad una singola figura aziendale.
La questione si complica quando le esigenze di prevenzione si espandono, giungendo a ricomprendere i reati colposi. È nell'egida della complessità organizzativa che l'ente può trovare una risposta alle proprie esigenze di mitigazione del rischio penale riconnesso a fattispecie di natura colposa, che incarnano l'essenza stessa della colpa di organizzazione.
Compito dei professionisti operanti nel settore è quello di chiarire, agli occhi delle imprese, l'importanza dei Modelli organizzativi disegnati sulle esigenze e sulle caratteristiche proprie dell'ente, nonché il rapporto tra questi ultimi ed i Sistemi di gestione, quali ad esempio il BS OHSAS 18001:2007 in ambito di salute e sicurezza sul luogo di lavoro (ora sostituito dalla ISO 45001:2018), EMAS (ISO 14001:2015) in campo di sicurezza e tutela ambientali o ISO 9001:2015 per quanto concerne la c.d. qualità. Di particolare utilità, come si dettaglierà in seguito, **è** il richiamo ai Sistemi di Gestione della Sicurezza, in quanto proprio in tale ambito si sviluppava un embrionale concetto di "efficace prevenzione degli infortuni" fondata non solo sul rispetto delle misure tecniche di sicurezza, ma anche su "un'oculata programmazione e un'organizzazione adeguata, in vista dell'eliminazione o, quando ciò non sia possibile, della minimizzazione dei rischi, alla stregua delle conoscenze più evolute"[1].
Sin dal periodo immediatamente successivo all'introduzione della responsabilità da reato delle persone giuridiche si son manifestati numerosi dubbi e perplessità, gravitanti soprattutto intorno alle corrette modalità di sviluppo ed incorporazione del Modello organizzativo[2]. Detto Modello, infatti, laddove adeguatamente implementato ed efficacemente attuato, consente agli enti di ottenere un esonero dall'applicazione della responsabilità da reato[3] in aderenza ad una logica punitivo-premiale che prende spunto da quella sottesa ai *compliance programs* di matrice statunitense[4]. Diversamente, potrebbe emergere una dolosa propensione all'illecito all'interno della società[5], o, quanto meno, profilarsi una colpa di organizzazione[6], responsabilità che può assumere, talora, le sembianze di un *deficit* di controllo[7], ove il reato presupposto sia commesso da un soggetto subordinato e quindi la società sia rea di non aver allestito un apparato preventivo interno tale da impedire la commissione di un illecito; tal altre volte, quando responsabile del reato presupposto sia, invece, un soggetto apicale, può coinvolgere profili di immedesimazione organica, ove la volontà del dirigente collima con quella della società[8]. In tale ultimo caso risulta necessario l'ulteriore passaggio della dimostrazione di un'elusione fraudolenta del Modello organizzativo[9], attuato dal soggetto apicale stesso.
Le maggiori problematiche applicative si radicano nel difetto di specificità della normativa di riferimento, ivi collocata nel testo degli artt. 5 e 6 del Decreto. Gli assai vaghi riferimenti normativi hanno, infatti, da un lato suscitato grosse perplessità in capo al mondo dell'impresa[10], investito dalla portata epocale della svolta normativa rappresentata dall'introduzione della responsabilità da reato delle persone giuridiche[11]; dall'altro lato, ha comportato la penuria di contestazioni della responsabilità da reato degli enti da parte della Magistratura Inquirente. Gli effetti negativi derivanti da tali incertezze si sono immancabilmente riverberati sulla perimetrazione del concetto di colpa di organizzazione, con la conseguente sfiducia e "disorientamento" degli operatori in ordine al contenuto del Modello organizzativo[12].
Per comprendere le ragioni in funzione delle quali i summenzionati riferimenti normativi siano ritenuti eccessivamente vaghi, è imprescindibile un'analisi dell'art. 6, comma primo, lett. a) del Decreto. La norma prevede che, qualora il reato sia commesso da uno dei soggetti menzionati dall'art. 5, comma primo, lett. a), l'ente non risponda del reato qualora riesca a provare di aver "*adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi*".
Il proteiforme concetto di Modello "idoneo" viene parzialmente definito al comma secondo dell'articolo, nel cui testo il legislatore provvede a specificare alcune *features* ritenute immancabili per un Modello "idoneo".
Per soddisfare tali crismi, nello sviluppo del Modello organizzativo la società deve pertanto provvedere allo svolgimento di una serie di operazioni, quali: individuazione delle attività nel cui ambito possono essere commessi reati; previsione e sviluppo di specifici protocolli interni diretti a programmare la

formazione e l´attuazione delle decisioni dell´ente in relazione ai reati da prevenire; individuazione di modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati; la previsione di flussi informativi nei confronti dell´OdV; lo sviluppo di un sistema disciplinare e sanzionatorio interno, tale da conferire efficacia deterrente al Modello. In assenza di un tale sistema disciplinare, ad avviso della giurisprudenza, il Modello si ridurrebbe, infatti, ad un "*mero strumento di facciata, dotato di una valenza solo formale*"[13].

Ulteriori criteri di idoneità sono poi definiti al comma 2-*bis* e seguenti dell'art. 6, contenenti disposizioni intese a garantire la facoltà, in capo ai soggetti comunque riferibili all'ente, di inoltrare all'Organismo di Vigilanza segnalazioni riguardanti eventuali condotte criminose rilevanti e/o contrarie ai principi del Modello di cui siano venuti a conoscenza[14].

Il Decreto provvede, poi, a fornire un ulteriore punto di riferimento al mondo dell'impresa, evidenziando al comma terzo dell'art. 6 che il Modello può intendersi idoneo a soddisfare le esigenze sopra evidenziate al secondo comma, laddove sia strutturato sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni di categoria[15], a patto che le direttrici siano corroborate dal Ministero della Giustizia.

Ma i criteri normativi atti a perimetrare la valutazione del Modello organizzativo non sono circoscritti alla valutazione dei rischi esistenti al momento dell'adozione del Modello stesso, con l'individuazione dei presidi adottati. La struttura della prevenzione criminosa conforme al Decreto deve garantire una costante evoluzione, sempre più penetrante nel tessuto aziendale, tale da sviluppare un rapporto simbiotico con la struttura organizzativa stessa dell'impresa. Dispone, infatti, l'art. 7 quarto comma lett. a) (con riferimento a reati presupposto commessi da soggetti subordinati alla direzione e vigilanza degli apicali), che l'efficace attuazione del Modello debba prevedere verifiche periodiche, nonché aggiornamenti, qualora dovessero sopravvenire violazioni del Modello e/o modifiche nell'organizzazione dell'ente. Per tali ragioni la mera esistenza del Modello a nulla vale se non è accompagnata dalla nomina, ai sensi dell'art. 6, comma 1 lett. b), di un Organismo di Vigilanza (OdV) – autonomo ed indipendente rispetto ai vertici aziendali – che si occupi di verificare l'effettiva applicazione del Modello ed il rispetto delle regole poste dallo stesso, oltre a sollecitarne, a fronte di innovazioni normative e/o mutamenti strutturali ed organizzativi, i doverosi aggiornamenti.

Nondimeno, l'art. 7 quarto comma lett. b) ulteriormente richiama la necessità di dotare il Modello organizzativo di un sistema disciplinare e sanzionatorio che possa punire la mancata osservanza delle regole stabilite dal Modello stesso. Anche in questo caso, la locuzione scelta dal legislatore pare intaccata da evidente genericità e orientata a scaricare *in toto* le scelte organizzative sull'ente; in altre parole, la legge richiede all'ente di adottare un idoneo sistema disciplinare, ma non specifica affatto quali ne siano i requisiti di idoneità e quali i criteri di valutazione[16]. Giusto è lasciare uno spazio decisionale all'ente, risulta tuttavia auspicabile che il legislatore provveda a precisare i parametri che saranno valutati per l'analisi di idoneità del Modello, senza necessariamente imporre una sola soluzione all'ente.

È del tutto evidente come una massiccia mole di adempimenti richiesti abbia costituito fonte di preoccupazione per le imprese di piccole-medie dimensioni, ed in ogni caso per tutte le realtà imprenditoriali non avvezze a fare ricorso a strumenti di compliance aziendale, propri delle grandi realtà industriali e dei grandi gruppi multinazionali, già incardinati su di un *modus operandi* allineato con le logiche del Decreto 231.

I giustificati timori non possono che aggravarsi allorquando, a fronte del rischio di applicazione di sanzioni pecuniarie e, soprattutto, interdittive, manchino degli approdi sicuri, dei riferimenti certi ed incontrovertibili cui si possa fare riferimento nell'attività di sviluppo ed implementazione di un sistema 231 idoneo, in grado di prevenire la commissione di reati.

Non è questa la sede per approfondire gli ampiamente discussi problemi esegetici correlati alla disciplina del D.Lgs. 231/01 ed alla natura penale dei profili di responsabilità derivanti dall'applicazione della stessa[17], è giusto il caso di ricordare, però, che, anche a fronte dei deficit di certezza e tassatività suesposti, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite[18] ha inteso disattendere la censura di incostituzionalità per indeterminatezza dell'art. 6 del D.Lgs. 231/01, statuendo che il contenuto dell'obbligo organizzativo e gestionale imposto all'ente è sufficientemente delineato dalla legge, la quale enuclea linee dettagliate che indirizzano l'ente circa il contenuto del Modello e le caratteristiche che il medesimo deve possedere perché il sistema prevenzionale possa dirsi efficacemente adottato.

Rimane salda la certezza che i riferimenti di cui al D.Lgs. 231, a livello normativo, evidenziano a priori un "*contenuto minimo obbligatorio*" e non derogabile dei Modelli, considerato che eventuali lacune, incompletezze, irregolarità, vizi dell'*iter* formativo e vizi di sostanza possono inficiarne la validità ed ingenerare pericolosi profili di inidoneità, se non

addirittura di nullità degli stessi [19].
La predisposizione di ciascuna componente strutturale di un Modello 231 e di un sistema di prevenzione efficace ed idoneo ad adempiere alla propria funzione preventiva, avviava il proprio cammino in una terra sconosciuta ed irta di insidie. Sono ormai trascorsi vent'anni dall'introduzione della responsabilità da reato degli enti *ex* D.Lgs. 231/01, ed i vari contributi della dottrina, della giurisprudenza, delle associazioni di categoria e degli operatori tecnici hanno tracciato un percorso senz'altro più chiaro, definito e di più agevole percorrenza. Nel contesto attuale residuano numerose ed ineluttabili difficoltà, proprie di un ambito complesso ed articolato come quello in analisi. Laddove vi sia l'intenzione effettiva di allinearsi ai dettami normativi, i riferimenti non mancano.
Nel prosieguo della trattazione, si tenterà di individuare, nel florilegio di apporti provenienti dalle varie professionalità, quali siano, ad oggi, i fattori di maggior rilevanza nella valutazione dei Modelli organizzativi e quali i capisaldi di riferimento, per gli operanti, nello sviluppo di un Modello 231. Di prima rilevanza sono gli interventi integrativi a livello normativo e tecnico, unitamente agli arresti giurisprudenziali in materia.

2. L'evoluzione normativa correlata all'introduzione dei reati colposi tra i reati presupposto ex D.Lgs. 231/01. L'importanza dei Sistemi di gestione ed il coordinamento con il Modello 231.

Nel corso dell'anno 2007, tramite la legge 3 agosto 2007, n. 123 (legge delega per il testo unico in materia di sicurezza sul luogo di lavoro, che ha altresì introdotto, con effetti immediati, tale nuova ipotesi di responsabilità dell'ente, a far data dal 25 agosto 2007) il legislatore ha provveduto ad aggiungere un ulteriore fattore di complicazione al già arzigogolato quadro. Fanno il loro esordio alcuni delitti colposi d'evento tra i reati c.d. base, annoverati nel Decreto. In sede di prima elaborazione del D.Lgs. 231/01, infatti, il legislatore aveva preferito escludere profili di responsabilizzazione degli enti derivante da reati rientranti in tale categoria dogmatica[20], adottando un approccio "minimalista"[21] *ab origine*, anche allo scopo di consentire alle imprese di adeguarsi gradualmente ed al meglio alla fragorosa innovazione normativa[22].
In particolare, la legge n. 123/2007 ha introdotto nel Decreto il nuovo art. 25-*septies*, il quale ha esteso la responsabilità degli enti anche ai reati di omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime di cui agli articoli 589 e 590 c.p., se commessi in violazione della normativa antinfortunistica. Normativa antinfortunistica poi confluita nel D.Lgs. n. 81/2008.
Proprio in questo contesto ha avuto atto un passaggio fondamentale dal punto di vista della valutazione dei Modelli organizzativi 231[23]: all'art. 30, comma primo, del D.Lgs. n. 81/2008, infatti, il legislatore ha statuito che un Modello organizzativo "*idoneo ad avere efficacia esimente della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*" deve essere adottato ed efficacemente attuato nell'osservanza di ben specifici obblighi giuridici, ciascuno dei quali indicato nel prosieguo del medesimo articolo.
I commi successivi descrivono una serie di ulteriori passaggi strutturali che, indefettibilmente, devono intervenire nel corso dell'elaborazione di un Modello organizzativo che possa godere di efficacia esimente: il comma secondo stabilisce l'obbligo di previsione, all'interno del Modello, di una puntuale attività reportistica in merito alle azioni adottate ai sensi del comma primo; il comma terzo richiede che il Modello debba sempre prevedere, tenendo conto della complessità organizzativa e della natura dell'attività svolta dalla società, una "articolazione di funzioni" che possa garantire un adeguato livello di competenza delle figure chiave coinvolte nonché l'assegnazione, a tali figure, del livello di potere necessario allo svolgimento di attività di verifica, valutazione, gestione e controllo del rischio (*risk assessment*), oltre all'elaborazione di un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel Modello.
Il successivo comma quarto impone, poi, l'esercizio di un'attività di vigilanza costante e perdurante nel tempo, che si accompagni a concreti interventi di aggiornamento e modifica del Modello stesso a fronte dell'accertamento di violazioni della normativa antinfortunistica, ovvero di mutamenti a livello organizzativo.
Già il fatto che la disposizione conferisca ai destinatari una lista di attività da porre in essere e di obiettivi da raggiungere, ai fini dell'adeguamento del Modello, rappresenta un *quid pluris* rispetto a quanto visto precedentemente. Vi è però un ulteriore, rivoluzionario, passaggio: il comma quinto dell'art. 30 dispone, invero, che "*In sede di prima applicazione, i modelli di organizzazione aziendale definiti conformemente alle Linee guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL) del 28 settembre 2001 o al British Standard OHSAS 18001:2007 si presumono conformi ai requisiti di cui al presente articolo per le parti corrispondenti. Agli stessi fini ulteriori modelli*

di organizzazione e gestione aziendale possono essere indicati dalla Commissione di cui all'articolo 6[24]".

Pare quindi, *ictu oculi*, che sia stata configurata una vera e propria forma di presunzione di idoneità Modello organizzativo 231, sviluppato in aderenza alle summenzionate linee guida e normative di riferimento, a prevenire in maniera efficace i reati base di cui all'art. 25-*septies* del Decreto. Per dovere di chiarezza, tuttavia, occorre ridimensionare la portata di un precetto che, ancorché portatore di indicazioni aventi straordinaria importanza per gli operatori del settore, non può e non deve essere inteso come una presunzione legale *iuris et de iure* di idoneità del Modello. Tale assunto rischierebbe di porsi in palese contrasto con il principio costituzionale di esclusiva soggezione del giudice alla legge (art. 101, comma secondo, Cost.), generando una clausola "automatica" di esonero dalla responsabilità[25] subordinata al solo ottenimento della certificazione da parte di un ente terzo. Sicché si rivela più coerente, sia con i principi del nostro ordinamento che con le concrete ragioni di prevenzione coinvolte, un approccio volto a qualificare tale presunzione come *iuris tantum*, comunque superabile tramite il vaglio del giudice[26] a esito dell'analisi del caso concreto, qualora dovesse comunque emergere l'inidoneità dei Modelli.

Inoltre, il valore della presunzione relativa deve ritenersi contenuto entro un certo lasso di tempo, invero assai vago[27], definito dal legislatore come "*sede di prima applicazione*" del Modello. Lo scopo della norma pare quindi essere più quello di circoscrivere un sottile margine di tolleranza per le imprese, agli albori della responsabilità da reato degli enti per reati connessi a colpe organizzative in ambito antinfortunistico.

Parte della dottrina ha suggerito di ricondurre l'utilizzo di tale locuzione alla volontà del legislatore di costituire una sorta di zona franca, prospettando un regime di tolleranza e, quindi, di operatività di una presunzione di idoneità, vigente per il periodo intercorrente tra la prima adozione di un Sistema di Gestione e l'inizio della prima fase di revisione del Sistema stesso[28]. Alcuni autori hanno finanche sollevato dubbi circa la compatibilità con la Costituzione originata dalla mancanza di una limitazione temporale effettiva e dalla irragionevolezza di tale previsione rispetto al sistema complessivo di responsabilità degli enti, auspicando il vaglio da parte della Consulta[29].

Infine, parte della dottrina ritiene che l'espressione "in sede di prima applicazione", essendo formulata anche in una diversa parte del D.Lgs. 81/2008, sia ivi meglio specificata in detta sede, tramite il chiarimento secondo il quale per "sede di prima applicazione" si debbano intendere i primi 12 mesi, e tale termine sarebbe valido anche con riferimento all'art. 30[30]. In questo caso, però, il termine dilatorio opererebbe solo per il legislatore che avrebbe dovuto confermare o modificare il testo della norma.

Per quanto, da un punto di vista tecnico, non si possa ritenere corretto parlare di presunzione assoluta di idoneità del Modello, è innegabile l'utilità che tale locuzione possa avere nell'incentivazione delle imprese verso una maggior attenzione alla *compliance* in materia di salute e sicurezza sul luogo di lavoro, nonché all'adeguamento agli elevati standard stabiliti dalla OHSAS 18001 o dalla ISO 45001, anche a scopo esimente.

In quest'ottica, la strategia mirata al miglioramento continuo, tipico del Modello 231, unitamente alla funzione di controllo dell'OdV, debbono concorrere nello stimolare le imprese a potenziare quanto più possibile i propri protocolli di gestione della sicurezza.

Per tali ragioni, è del tutto consigliabile, per le realtà aziendali che ne abbiano la possibilità, di impiegare risorse al fine di ottenere la certificazione OHSAS 18001 (presto ISO 45001).

Bisogna ora chiarire cosa siano, in concreto, tali normative tecniche, quali adempimenti siano necessari ai fini dell'ottenimento della certificazione di conformità ai requisiti posti da tali normative.

Ebbene, OHSAS è l'acronimo di *Occupational health and safety assessment series*, che identifica uno standard internazionale e, all'un tempo, un Sistema di Gestione a tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori. Il predetto sistema, pur essendo simile, quanto alle finalità perseguite, alle Linee Guida UNI-INAIL, è maggiormente spendibile dall'azienda, in quanto l'adesione agli standard internazionali conferisce maggior sicurezza agli *stakeholders*[31]. Ciò in quanto comporta l'intervento di un soggetto terzo, asseveratore indipendente, che provvede a verificare l'effettiva rispondenza dei presidi adottati dall'azienda a determinate esigenze di sicurezza aziendale. Le Linee Guida, diversamente, forniscono dei parametri da seguire in vista dell'ottenimento della certificazione, ma seguirne le indicazioni non comporta il riconoscimento di alcuna forma di certificazione internazionale.

La OHSAS fornisce una precisa descrizione dei requisiti che il di Sistema di Gestione della Sicurezza sul luogo di lavoro debba rispettare, definendolo come complesso sistema per la gestione dei rischi per la salute e sicurezza sul lavoro associati con l'attività dell'organizzazione, che comprende la struttura organizzativa, le

attività di pianificazione, le responsabilità, le pratiche, le procedure, i processi, e le risorse per sviluppare, mettere a punto, raggiungere, rivedere e mantenere la politica dell'organizzazione in materia di sicurezza e salute sul lavoro[32].
Come si è anticipato, solo un ente verificatore esterno può riconoscere ad una organizzazione la certificazione OHSAS. Perché tale ente possa rilasciare detta certificazione, l'organizzazione richiedente dovrà adottare una serie di azioni, di seguito sintetizzate.
L'ente dovrà effettuare un'attività di *risk analysis* in modo da identificare le fonti di rischio inerente; organizzare il SGS, integrandolo con eventuali ulteriori Sistemi di Gestione esistenti (es. 9001:2015) predisporre la documentazione e pianificare le azioni necessarie a testimoniare l'adozione di una adeguata politica interna in materia di salute e sicurezza sul lavoro, con contestuale impegno da parte dell'Alta Direzione a devolvere adeguate risorse, economiche e umane, alla prevenzione degli infortuni, all'analisi dei rischi ed alla pianificazione degli obbiettivi da perseguire per il conseguimento di specifici miglioramenti; pianificare e realizzare la formazione del personale proporzionata alle competenze ed ai livelli di responsabilità, coinvolgendo il personale in tutte le fasi del Sistema di Gestione[33]; gestire i flussi informativi; predisporre un efficace controllo operativo ed adottare un idoneo sistema di emergenza; monitorare continuamente le prestazioni del Sistema di Gestione tramite opportuni indicatori (analisi infortuni); adottare misure correttive; effettuare periodiche verifiche ispettive ed *audit*, tanto a livello direzionale quanto a livello operativo, con l'impiego di personale qualificato per verificare la conformità e l'applicazione dell'SGS ed infine svolgere, ad intervalli prestabiliti, dei riesami da parte dell'Alta Direzione Aziendale a fronte degli obbiettivi stabiliti e della politica aziendale e per assicurarsi della continua adeguatezza ed efficacia del SGS, evidenziando eventuali necessità di miglioramento.
La domanda di certificazione segue un iter ben definito: deve essere, in *primis*, inoltrata all'ente di certificazione accreditato con presentazione del manuale di Gestione o integrato. Successivamente viene svolto un *audit* di certificazione allo scopo di raccogliere elementi utili, anche al fine di pianificare futuri audit; infine viene presentata una analisi della risultanza e, se ricorrano i presupposti, l'ente provvede al rilascio della certificazione.
Pur essendo evidente la fondamentale importanza del contributo che i Sistemi di gestione della salute e sicurezza sul luogo di lavoro apportano nella prevenzione degli infortuni, non può passare inosservata la problematica derivante dalle necessità di coordinamento con il Modello 231, le sue regole e le sue procedure. Occorre quindi chiedersi come si possano raccordare i due strumenti, possibilmente evitando di scadere in soluzioni approssimative o confusionarie, che potrebbero essere condannate in sede di eventuale vaglio processuale.
Anzitutto è bene evidenziare come gli standard in materia di H&S (OHSAS 18001, UNI ISO 45001) siano strettamente accomunabili al Modello 231 sotto il profilo dell'approccio metodologico[34]. I concetti base delle discipline sono, infatti, in larga parte sovrapponibili, e si improntano sulla medesima filosofia di miglioramento continuo, attraverso pianificazione, attuazione, controlli seguiti da azioni correttive e successiva revisione. Un flusso informativo, formativo ed evolutivo che trova nel potenziamento continuo la sua ragion d'essere.
Ciò non significa, si badi bene, che l'adozione del solo Sistema di gestione o del solo Modello 231 possano essere considerati sufficienti a gestire le problematiche in questione. Ciascuno dei due strumenti, infatti, è inteso a soddisfare esigenze peculiari che risultano del tutto estranee all'altro: mentre il SGS si addentra maggiormente negli aspetti tecnici afferenti al potenziamento della sicurezza del lavoratore e della salubrità del luogo di lavoro, il Modello organizzativo *ex* D.Lgs. 231/01 si occupa di sviluppare una sovrastruttura di controllo a tuttotondo, orientata alla definizione delle aree di rischio, allo sviluppo di protocolli, alla valorizzazione dell'attività dell'Organismo di Vigilanza tramite la creazione di flussi informativi verso il medesimo.
Non vi è quindi una sovrapposizione funzionale, né vi è una sovrapposizione nella prospettiva teleologica. Si tratta essenzialmente di due sistemi diversi tra loro[35], che devono agire in sincronia, evitando sovrapposizioni.
Si può affermare che Modello organizzativo e SGS restino due "universi" paralleli e distinti, le cui componenti vengono talora a sovrapporsi, nelle "*parti corrispondenti*" inducendo a concludere che il coordinamento tra i due risulta essere di gran lunga la soluzione migliore[36].
Consideriamo ora i punti attorno ai quali si snoda tale coordinamento.
In *primis*, in sede di valutazione del rischio di reato, in corso di adozione o di aggiornamento del Modello 231, spunti di fondamentale importanza possono provenire dall'analisi del SGS eventualmente implementato dalla persona giuridica. L'efficacia e l'efficienza di tale sistema e l'adozione di elevati standard di sicurezza costituiscono, infatti, fattori

di cui la società ed i professionisti che si occupano dell'implementazione del Modello organizzativo devono necessariamente tenere conto. La *risk analysis* 231 non dovrà certo spingersi sino ad approfondire aspetti strettamente tecnici (con il rischio di sovrapposizione rispetto alla funzione del DVR, supervisionato da soggetti differenti rispetto all'OdV), ma dovrà, piuttosto, essere incentrata sul funzionamento dei processi decisionali, le procedure, il grado di solerzia con cui la società provvede agli adeguamenti necessari in ambito antinfortunistico, l'adeguata formazione delle varie professionalità coinvolte e sottoposte a rischi durante l'attività lavorativa, oltre alla effettività dei controlli esistenti.

Risulterà poi fondamentale evitare duplicazioni delle procedure. Ciò comporterebbe il serio rischio di generare confusione, aggravando sia il rischio di verificazione di infortuni gravi che quello, intimamente correlato, di commissione di uno dei reati rilevanti ai sensi dell'art. 25 *septies* del Decreto.

Tale rischio può essere aggirato attraverso l'inserimento, nella forma di allegato, del Sistema di Gestione all'interno del Modello 231, e la relativa incorporazione, da parte di quest'ultimo, delle procedure e dei protocolli di gestione della salute e della sicurezza, richiamate quindi *per relationem*, mantenendone la differenza logico-strutturale[37].

Sotto questo profilo, il Modello 231 assurge a contenitore del sistema di gestione della sicurezza, presidiandone l'efficace attuazione e curandone il corretto aggiornamento nel tempo grazie all'operato dell'OdV, senza però permettersi di sindacare gli aspetti tecnici propri del SGS stesso.

Proprio tale declinazione funzionale del Modello organizzativo consente di immaginarlo come una sorta di "direttore d'orchestra" dei vari Sistemi di Gestione del rischio, un vero e proprio modello di gestione aziendale, uno strumento di governo dell'ente che si integra con gli altri strumenti di *governance* aziendale[38]. La riflessione proposta nella presente sede, con riguardo a salute e sicurezze sul luogo di lavoro, può quindi estendersi anche agli altri fattori di rischio presidiati da Sistemi di gestione certificati e/o da ulteriori strumenti normativi, passibili di confluire utilmente nel Modello Organizzativo ed assumere valore anche in chiave di prevenzione del fatto criminoso.

Il pensiero corre immediatamente alla prevenzione dei reati ambientali, alla mitigazione dei rischi corruttivi o, ancora, al contenimento dei rischi correlati agli illeciti tributari, di recente introduzione tra i reati presupposto *ex* 231, nonché coinvolti dalla più recente riforma del Decreto.

3. Il ruolo dei Sistemi di Gestione nella prevenzione dei reati ambientali, similitudini e differenze rispetto ai sistemi di gestione Health & Safety.

Concentriamoci ora sulla responsabilità da reato degli enti derivante dalla commissione di reati ambientali. L'estensione della responsabilità da reato delle persone giuridiche agli illeciti ambientali è frutto della riforma attuata dal D.Lgs. n. 121/2011[39], che ha inserito nel Decreto 231 il novello art. 25 *undecies*, il quale annoverava inizialmente tra i reati presupposto quelli di "Uccisione, distruzione, cattura, prelievo, detenzione di esemplari di specie animali o vegetali selvatiche protette" (727 *bis* c.p.) e "Distruzione o deterioramento di habitat all'interno di un sito protetto", oltre ad una serie di illeciti contenuti nel Testo Unico Ambientale (legge n. 152/2006), nella l. n. 150/1992, nella legge n. 549/1993 e nel D.Lgs. n. 202/2007.

Nel periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore della riforma si levarono, incalzanti, le proteste del mondo dell'imprenditoria. Oggetto delle rimostranze era la smodata ampiezza della portata applicativa della responsabilità degli enti da reato ambientale, con il legislatore reo di non essersi attenuto pienamente alle linee di indirizzo tracciate dalla Direttiva europea[40]. La disciplina europea proponeva, infatti, che la responsabilizzazione delle persone giuridiche si estendesse ai soli *ecoreati* d'evento[41]. Ben si comprende lo sgomento degli operatori di fronte al diverso approccio adottato dal legislatore nazionale in sede di recepimento della normativa: la responsabilità degli enti veniva infatti fondata anche sulla commissione di meri illeciti contravvenzionali, a prescindere dalla verificazione di un evento dannoso o pericoloso[42].

Ulteriori critiche sono sopraggiunte da parte della dottrina, delusa da una riforma giudicata scarna ed insufficiente, manchevole dell'introduzione di fattispecie aventi una forte portata offensiva, che fosse improntata alla introduzione di reati di danno o di pericolo concreto e munita di un apparato sanzionatorio maggiormente incisivo[43].

Successivamente, con la legge n. 68/2015[44], sono stati aggiunti i reati previsti dagli artt. 452 *bis* (inquinamento ambientale), 452 *quater* (disastro ambientale), 452 *quinquies* (delitti colposi contro l'ambiente), 452 *sexies* c.p. (traffico e abbandono di materiale ad alta radioattività), oltre agli illeciti associativi aggravati ai sensi dell'art. 452 *octies*.

Per quanto attiene strettamente alla materia ambientale, non esistevano, al tempo dell'introduzione del D.Lgs. 121/2011 né della

riforma attuata tramite il D.Lgs. 68/2015, e non esistono tutt'oggi specificazioni normative che forniscano chiarimenti in merito alle caratteristiche che i modelli organizzativi debbano presentare affinché possano essere ritenuti idonei a prevenire il rischio della commissione di reati ambientali. Manca, quindi, una disposizione che sia assimilabile a quella contenuta nell'art. 30 del D.Lgs. 81/2008, e che possa quindi delineare una sorta di presunzione relativa di idoneità del Modello organizzativo adottato in coerenza con determinati requisiti convenzionali, oltre a fornire preziosi spunti all'imprenditore nello sviluppo degli apparati prevenzionali aziendali. Non sono mancate in dottrina voci critiche rispetto a tale mancanza di indicazioni specifiche[45].

Eppure, anche in materia ambientale è ben possibile individuare degli autorevoli standard europei od internazionali di riferimento, che possono essere ritenuti, ancorché in maniera parziale, assimilabili a quelli richiamati dall'art. 30 del D.Lgs. 81/2008 in tema di salute e sicurezza sul luogo di lavoro. Il riferimento è diretto alle certificazioni volontarie ambientali di tipo UNI[46] EN ISO 14001:2015 ed EMAS[47], universalmente riconosciute quali indicatori di impegno e rispetto del *environment*, nonché della normativa di settore, da parte delle imprese che si producano attivamente nella soddisfazione e nel mantenimento nel tempo dei requisiti di ottenimento della certificazione da parte di un organismo di parte terza indipendente e accreditato attraverso un sistema riconosciuto a livello internazionale[48].

Analizziamo ora brevemente requisiti di ottenimento e caratteristiche di ciascuno dei due Sistemi Gestionali Ambientali.

Per quanto attiene alla 14001:2015, si tratta di una norma tecnica internazionale ISO[49], avente carattere volontario ed aperta ad ogni struttura imprenditoriale, che permette ad un'organizzazione di identificare i risvolti concreti delle proprie attività, prodotti, servizi che abbiano un impatto significativo sull'ambiente, in modo da gestirli tenendo conto delle prescrizioni legali e secondo gli obiettivi individuati in sede di sviluppo della politica ambientale. La normativa adotta un'impostazione procedurale basata sul metodo di PLAN - DO - CHECK - ACT[50], preordinata ad un potenziamento costante dei presidi ambientali.

Diversamente, EMAS è una certificazione avente valore in ambito europeo, applicabile a qualsiasi organizzazione, pubblica o privata, l'ottenimento della quale comporta l'inserimento dell'organizzazione all'interno degli elenchi tenti dalla Commissione Europea.

gli scopi di tale Sistema gestionale sono individuati all'art. 1 del regolamento istitutivo, laddove lo stesso viene definito come uno strumento "*inteso a promuovere il miglioramento continuo delle prestazioni ambientali delle organizzazioni mediante l'istituzione e l'applicazione di sistemi di gestione ambientale, la valutazione sistematica, obiettiva e periodica delle prestazioni di tali sistemi, l'offerta di informazioni sulle prestazioni ambientali, un dialogo aperto con il pubblico e le altre parti interessate e infine con il coinvolgimento attivo e un'adeguata formazione del personale da parte delle organizzazioni interessate*"[51].

Si tratta quindi di uno strumento di tipo operativo, atto a potenziare sia la sostenibilità ambientale dell'esercizio dell'attività d'impresa, sia l'efficienza nell'esercizio dell'impresa, dotato di una efficacia riscontrabile anche a livello statistico[52].

L'ottenimento dell'EMAS è subordinato al possesso di tutte le caratteristiche presupposte alla 14001, oltre alla necessità di predisporre una Dichiarazione Ambientale, nella quale andranno specificati i risultati raggiunti rispetto agli obiettivi ambientali prefissati, oltre al progetto di potenziamento continuo delle proprie prestazioni in campo ambientale. Tale Dichiarazione Ambientale deve, a sua volta, necessariamente essere convalidata da parte di un ente terzo indipendente e specificatamente accreditato.

Il rinnovo della registrazione EMAS avviene con cadenza triennale ed è subordinato all'esecuzione di verifiche sul programma di *audit* e sulla sua concreta attuazione[53].

Ambedue i Sistemi di gestione ruotano attorno ad un impianto strutturale comune, che può essere sintetizzato nei seguenti passaggi: massimo *commitment* da parte dei vertici aziendali; effettuazione di una analisi ambientale iniziale; definizione ed implementazione dei controlli e tracciamento di compiti e responsabilità; riesame annuale dell'Alta direzione.

Altro elemento condiviso dai due sistemi è la nomina specifica, da parte della Direzione, di un Rappresentante ambientale (che dovrà essere affiancato dal Responsabile del Sistema di Gestione Ambientale, RGA), che si occupi di vegliare sulla concreta applicazione del sistema di gestione in ogni suo aspetto, relazionando la Direzione stessa a riguardo. Tale soggetto avrà un ruolo importante anche nel coordinamento con l'Organismo di Vigilanza 231[54].

Per quanto il ruolo dei Sistemi di Gestione Ambientale (SGA) sia indiscutibilmente importante nella mitigazione del rischio ambientale, è evidente che gli stessi, di per sé soli considerati, presentino dei limiti concreti sotto il profilo dell'efficacia esimente e della prevenzione della commissione

di reati. Tali Sistemi di Gestione, infatti, sono pensati per l'elaborazione di analisi tecniche ed applicative dei presidi volti ad appianare il pericolo di concretizzazione dell'impatto ambientale. Mirano a stabilire una prassi virtuosa di gestione ambientale in seno all'impresa/organizzazione, tale da coordinare tutte le attività aventi impatto ambientale e da distribuire responsabilità specifiche correlate all'esecuzione delle stesse; tutto ciò allo scopo di garantire la sostenibilità e la riduzione dell'impatto ambientale[55].

Tuttavia, detti sistemi non prevedono l'instaurazione di uno strutturato sistema di controlli generali diretti specificamente alla prevenzione dell'illecito ambientale. Tale funzione può, invece, essere adempiuta dal Modello organizzativo 231, il quale garantisce continuative verifiche ed aggiornamenti delle procedure all'uopo predisposte[56].

Ancorché i SGA costituiscano una base di riferimento importante per la gestione del rischio di reato ambientale[57], quindi, risulta comunque imprescindibile l'affiancamento agli stessi del Modello Organizzativo 231[58]. Pare quindi evidente che sia necessaria l'adozione di ulteriori e specifici adempimenti, quali la nomina dell'Organismo di Vigilanza e la predisposizione di un sistema disciplinare e sanzionatorio dotato di efficacia deterrente, cosicché i sistemi di gestione ambientale siano opportunamente integrati per completare l'organizzazione dell'ente in chiave meramente preventiva, al fine di costituirne un'ottima base applicativa, anche in sede giudiziale[59]. Conferme in tal senso giungono anche da recente giurisprudenza[60].

È fuor di dubbio che, previo opportuno coordinamento, l'esperienza derivante dai modelli di Gestione dell'Ambiente costituisca, sempre più, un significativo esempio di applicazione di metodologie, che non possono far altro che arricchire e rendere più efficace anche il Modello 231[61].

Un'ottima occasione di coordinamento[62] può essere individuata nella relazione annuale dell'OdV che, ancorché non imposta *ex lege* all'interno del Decreto, è buona prassi sia puntualmente redatta di anno in anno dall'Organismo di controllo. Proprio in sede di relazione annuale si potrà dare conto delle risultanze del riesame, anch'esso annuale, della gestione ambientale, passaggio tipico – ed obbligatorio – dei SGA.

Con riguardo alle dinamiche di premialità 231 riconosciute in capo alle organizzazioni che abbiano ottenuto la certificazione ISO 14001 od EMAS, è doveroso evidenziare che le associazioni di categoria hanno sovente premuto affinché fosse introdotta una previsione normativa speculare a quella disegnata dall'art. 30 del D.Lgs. 81/2008, anche celebrandone la potenziale utilità ed efficacia preventiva. Non solo, hanno profuso il proprio impegno nell'elaborazione di Linee guida intese a facilitare il percorso di compenetrazione e coordinamento tra SGA e Modello 231[63].

La stessa Confindustria ha evidenziato come sarebbe auspicabile per le aziende rinvenire, nel marasma normativo in ambito ambientale, dei chiari punti di riferimento, richiamando esplicitamente a titolo di esempio il sistema adottato in tema di salute e sicurezza sul lavoro sopracitato[64].

Confindustria ha inoltre portato a rilievo il fatto che la rilevanza dei Sistemi di Gestione Ambientale sia, in una certa misura, già riconosciuta anche nel Testo Unico Ambiente (TUA), il quale, con riferimento alle attività di raccolta e trasporto di rifiuti pericolosi, prevede una riduzione delle garanzie finanziarie a favore dello Stato pari al 40%, per le imprese virtuose, in possesso della certificazione ambientale ai sensi della norma UNI EN ISO 14001[65].

Non solo, i SGA vengono valorizzati anche all'art. 30, comma primo, del d.l. 25 giugno 2008, n. 122 (convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133)[66], il quale prevede agevolazioni in favore delle imprese munite di certificazione ambientale rilasciate da soggetto certificatore accreditato. Per tali società è infatti prevista la sostituzione dei controlli e delle verifiche di natura amministrativa con quelli periodici posti in essere dallo stesso ente certificatore, e ciò anche ai fini dell'eventuale rinnovo od aggiornamento delle autorizzazioni per l'esercizio dell'attività.

È inoltre evidente che qualora il legislatore dovesse inserire, all'interno del Testo Unico Ambientale, una norma simile a quella prevista dall'art. 30 del D.Lgs. n. 81/2008, in tal modo potrebbe fornire riferimenti più consistenti al mondo dell'impresa nella gestione del rischio ambientale, a prescindere dalla promessa di una sorta di "presunzione di idoneità" alla prevenzione del reato ambientale del Modello 231 elaborato in sincronia con le normative EMAS ed ISO 14001:2015. Perché ciò avvenga, tuttavia, occorre un ulteriore potenziamento dei presidi preventivi contenuti nelle normative tecniche, tali da parificarne il grado di efficacia con il livello raggiunto ad esempio dalla 18001 (45001) in ambito H&S.

In conclusione, ad oggi, i sistemi di gestione ambientale EMAS e 14001 coadiuvano l'ente nella formazione della parte speciale del Modello organizzativo, e rendono quindi più agevole la prova di aver adottato un Modello adeguato a prevenire anche quelli di commissione di reati rilevanti ai fini del D.Lgs. 231/2001. Resta però ferma la necessità di apprestare le diverse ed

ulteriori *features* convogliate dal Modello 231, che costituiscono adempimenti indispensabili per giungere alla idoneità del sistema di controllo esistente nella prevenzione dei reati ambientali[67].

4. Reati contro la PA, illeciti di natura corruttiva. Sistemi gestionali nel contrasto ai reati di natura dolosa.

Per quanto attiene alla prevenzione delle condotte di corruzione, che costituiscono a loro volta presupposto per l'applicazione della responsabilità da reato dell'ente[68], un ruolo fondamentale è, ancora una volta, svolto da un Sistema di Gestione elaborato all'interno di una Norma che definisce standard internazionali certificabili: la UNI ISO 37001:2016[69]. Questa volta il presidio organizzativo mira a prevenire illeciti aventi non natura colposa, bensì tipicamente dolosa. Detta norma è passibile di essere applicata in qualsiasi ordinamento giuridico ed a qualsiasi tipologia di organizzazione, a prescindere dalle caratteristiche dimensionali e dalla collocazione nel settore pubblico o privato[70]. In questo caso, è la norma stessa, nella versione italiana, ad auspicare l'integrazione all'interno di sistemi di organizzazione, come ad esempio la ISO 9001, ovvero come *framework* allegabile al D.Lgs. 231/01[71].

È fondamentale specificare che l'elevato grado di specificità tecnica che caratterizza tale ISO 37001[72], rende applicabili i contenuti ed i Sistemi di Gestione in essa ricompresi ai soli casi di corruzione "in senso stretto", e quindi alla prevenzione dei soli reati sanzionati dagli artt. 318 (corruzione per l'esercizio della funzione, c.d. "impropria") e 319 (corruzione per atti contrari al dovere d'ufficio, c.d. "propria") del codice penale[73], nonché dall'art. 2635 c.c. (corruzione tra privati). L'attestazione resa dagli enti terzi assevera, quindi, soltanto la capacità dell'organizzazione di tutelarsi dalla commissione di detti reati.

Funzione precipua del sistema di gestione anticorruzione è quello di sviluppare una vera e propria cultura aziendale anticorruzione, oltre ad implementare i dovuti controlli preordinati all'impedimento della commissione di illeciti corruttivi, garantendone la pronta individuazione.

La struttura operativa della ISO 37001 si snoda attorno a sette passaggi operativi: precisa identificazione del contesto dell'organizzazione e dei fattori rilevanti che al suo interno impattano sul sistema anticorruzione; definizione della leadership, tramite una accurata perimetrazione dei compiti e dei poteri di ciascun soggetto posto ai vertici organizzativi; pianificazione delle azioni da intraprendere per combattere i rischi corruttivi, a partire da una valutazione del rischio; devoluzione di strumenti di supporto alle procedure anticorruzione, quali formazione, comunicazione, flussi informativi ecc.; operatività, con particolare riguardo alla implementazione del sistema di controllo interno ed esecuzione della *due diligence* anticorruzione; valutazione della performance, tramite il costante monitoraggio del concreto funzionamento delle misure preventive, esperimento di audit interni e revisione da parte dell'Alta direzione e della funzione compliance; miglioramento continuo, perseguito con l'adozione di azioni correttive adottate a fronte dell'emersione di falle o profili di inadeguatezza dell'apparato anticorruzione.

Occorre comprendere come il Sistema di Gestione anticorruzione ed il Modello 231 possano interagire e potenziarsi l'uno con l'altro, nella prevenzione delle forme di corruzione nell'interesse e a vantaggio dell'ente.

Una importante peculiarità del Sistema di Gestione della corruzione proposto dalla 37001 risiede nell'esecuzione continuativa e cadenzata della attività di analisi del rischio corruttivo. Sotto questo punto di vista, la Norma 37001 si differenzia dal sistema 231, che senz'altro prevede, quale elemento imprescindibile ai fini dell'idoneità[74], l'attuazione di un esame analitico dei rischi di reato in sede di adozione del Modello[75], oltre che in occasione di successive modifiche organizzative, o alla luce dell'introduzione di nuove fattispecie di reato[76], ma, in ogni caso, non impone la ripetizione dell'operazione nel tempo. La 37001:2016 richiede invece espressamente l'esecuzione di "*valutazioni periodiche del rischio di corruzione*"[77], in tal maniera predisponendo un onere di verifica avente un valore rafforzativo rispetto ai presidi già stabiliti dal Modello organizzativo 231. L'organizzazione che intende ottenere e/o mantenere la certificazione anticorruzione dovrà quindi, necessariamente, prevedere meccanismi di aggiornamento continuo dell'analisi del rischio.

Un'altra differenza tra il sistema di gestione 37001 e il Modello 231 si manifesta nella modalità di pianificazione delle azioni da adottare per il perseguimento degli obiettivi dell'organizzazione. Mentre in un sistema 231 l'ente opera per colmare il divario risultante dalla *gap analysis* tra l'*As-Is* ed il *To Be*, attraverso una serie non necessariamente prestabilita di azioni concertate con l'OdV, nella Norma 37001 viene previsto il vero e proprio obbligo di predisposizione di un programma, che deve necessariamente concretizzarsi all'interno di un documento quale vero e proprio requisito ai fini dell'ottenimento della certificazione[78].

L'organizzazione dovrà, quindi, osservare obblighi di programmazione maggiormente stringenti.
Inoltre, come tipicamente avviene in molti standard certificati, anche nella 37001 è previsto un passaggio di Riesame della direzione, che nel mondo 231, per quanto connotato delle verifiche e dei controlli attuati dall'OdV, non viene espressamente previsto. Si può, quindi, ipotizzare l'integrazione delle procedure 231 con i principi di monitoraggio e di riesame della direzione.
Sotto alcuni aspetti la 37001 rappresenta un *quid pluris* rispetto ai presidi apportati dal Modello 231 per il contrasto alle condotte corruttive.
Sotto altri punti di vista, i due sistemi corrono in parallelo, ad esempio, entrambi mirano a instaurare una filosofia aziendale imperniata sulla legalità, lo sviluppo di procedure di pianificazione e controllo delle attività, la propensione alla formazione del personale ed al miglioramento continuo.
È bene specificare che il semplice ottenimento della certificazione 37001 da parte dell'organizzazione non risulta dirimente sotto il profilo della valutazione di idoneità del Modello. Non configura, infatti, alcuna presunzione di idoneità di sorta della parte speciale devoluta alla prevenzione dei reati di corruzione. Tuttavia, è indubitabile la sua potenzialità nel corroborare la posizione processuale dell'Ente, il quale potrà dare atto di aver profuso il massimo impegno, a livello organizzativo e strutturale, per prevenire la commissione dell'illecito corruttivo. Nondimeno, l'elevato grado di efficacia di un Modello, affiancato dalla certificazione, nel contenere il rischio corruttivo non potrà certo essere ignorata dal giudice nell'atto di valutazione dell'idoneità preventiva.
I riflessi positivi della 37001 non si limitano a garantire il rispetto della normativa anticorruzione in ambito nazionale. Il suo contributo si estende, infatti, anche all'adempimento degli oneri di compliance richiesti da varie normative a livello europeo ed internazionale, quali ad esempio la legislazione anticorruzione *Bribery Act* del Regno Unito (anno 2010)[79] o la legge francese *Sapin II* (anno 2017).
Occorre evidenziare alcuni tratti caratteristici tipici dal *UKBA*, il quale è passibile di applicazione nei confronti di qualsiasi soggetto, persona fisica (*individual*) o giuridica (*entity*); le sanzioni disposte all'interno della normativa sono quindi comminabili anche nei confronti degli enti collettivi, ivi compresi quelli non aventi sede nel Regno Unito, che si rendano responsabili di un atto corruttivo che in qualsivoglia maniera impatti negativamente su tale realtà politica e territoriale.
La disciplina si caratterizza per una certa affinità con le logiche sulle quali è improntato il Decreto 231. Infatti, la *Section 7* della disciplina del Bribery Act punta a sanzionare le società, sostanzialmente, in funzione di una colpa di organizzazione dalla quale sia derivato l'omesso impedimento dell'atto corruttivo: "*Failure of commercial organisations to prevent bribery*".
Anche per prevenire suddetto "*failure*", è auspicabile, evidenzia la dottrina internazionale, che vengano adottate adeguate procedure preventive, le quali potrebbero vantare una piena valenza esimente, rispetto alle accuse mosse dall'autorità giudiziaria, nel caso in cui l'organizzazione si riveli in grado di provare, all'esito di un bilanciamento probabilistico, di aver adottato procedure adeguate e di averle seguite anche nel momento in cui il fatto corruttivo aveva luogo, al fine di impedire che l'illecito mercimonio avvenisse tra le persone coinvolte[80]. Tale tipologia di difesa è stata definita, ad ogni modo, problematica[81].
La *Section 9* della normativa britannica prevedeva che il *Secretary of State for Justice*, soggetto a capo del Ministero della Giustizia, redigesse delle opportune linee di indirizzo per favorire l'adeguamento, da parte delle organizzazioni, ai dettami normativi. Veniva perciò emanata, nel corso dell'anno 2011, le *Bribery Act Guidance*. Nel medesimo giorno, allo scopo di coordinare le diverse parti in gioco e fornire criteri di lettura omogenei, venivano altresì emanate le linee guida dirette alla magistratura ed alle forze dell'ordine (*Bribery Act 2010: Joint Prosecution Guidance of the Director of the SFO and the DPP*).
I princìpi posti dalle Linee guida per la strutturazione di una efficiente compliance anticorruzione, che sia osservante dei precetti di cui al *UKBA 2010*, sono i seguenti: *Proportionate procedures,* ossia proporzionalità dei presidi adottati con il livello di rischio gravante sulla tipologia di organizzazione e di attività svolta; *Top-level commitment*, massimo impegno profuso da parte dell'Alta dirigenza, anche tramite la promozione di una cultura aziendale di legalità; *Risk assessment*, la valutazione periodica e documentata del rischio corruttivo; *Due diligence*, la società si deve impegnare nell'esecuzione delle azioni rimediali necessarie, in proporzione al livello di rischio rilevato; *Communication (including training)*, che prevede l'informazione e la formazione di tutti i soggetti operanti all'interno dell'ente collettivo in materia di anticorruzione, e che tutti siano coinvolti nell'esecuzione delle procedure preventive; *Monitoring and Review*, finalizzato alla revisione periodica ed alla correzione di eventuali profili di inadeguatezza e inefficienza delle prassi operative e dei controlli in atto.
È possibile cogliere, *ictu oculi*, la compatibilità dei presidi predisposti internamente alla ISO 37001

con quelli che sono i principi di intervento disegnati dalle Linee guida operative ufficiali pubblicate e promosse dalle istituzioni del Regno Unito. Tant'è che anche gli analisti di settore, in occasione delle bilancio di dieci anni di attività del Bribery Act, hanno indicato nella 37001 uno strumento più che idoneo ad insediare dei controlli anti corruzione adatti a soddisfare le urgenze preventive riconnesse allo stesso, nonché al FCPA[82] statunitense[83].

Viene poi in rilievo la legge francese c.d. *Sapin II* (Legge n. 2016-1691)[84], in vigore dal 9 dicembre 2016.

Tale importante riforma comporta, tra le altre novità, l'introduzione di misure repressive nei confronti di imprese francesi ovvero straniere operanti, a qualsiasi titolo, sul territorio nazionale. La *Sapin II* ha previsto l'istituzione di una nuova Agenzia anticorruzione Nazionale (*Agence Française Anticorruption*), che ha la prerogativa di svolgere indagini, ottenere informazioni, svolgere interviste e finanche effettuare ispezioni *in loco, inoltrare raccomandazioni e richiami*.

Come il *UKBA 2010*, detta legge ha avuto il ruolo fondamentale di introdurre il concetto di compliance anticorruzione all'interno delle logiche organizzative aziendali[85]. Ha infatti istituito l'obbligo, in capo ad imprese rispondenti a determinati requisiti dimensionali (in alternativa: oltre 500 dipendenti o un fatturato annuo di oltre 100 milioni di euro), di predisporre un adeguato Sistema di Gestione della *Compliance* e del Rischio Corruzione, pena la comminazione a carico della *personne morale* di sanzioni da parte della *AFA*, e ciò a prescindere dalla effettiva e verificata commissione di un illecito corruttivo presupposto. Di qui una fondamentale differenza rispetto alla 231 o al *UKBA 2010*. L'art. 17, comma secondo, della norma indica quelli che sono i presidi che le società sulle quali ricade l'obbligo debbono necessariamente adottare, articolandoli in otto punti fondamentali: l'adozione di un codice di condotta (*code de conduite),* che dovrà essere integrato nei regolamenti interni della società; la predisposizione di un meccanismo di allarme interno (*dispositif d'alerte interne),* il quale consentirà di raccogliere le segnalazioni dei dipendenti relative ad eventuali violazioni del codice di condotta; una analisi del rischio di corruzione (*cartographie des risques*); lo sviluppo di procedure di valutazione riguardo la situazione dei clienti, fornitori ed intemediari, in rapporto alla mappatura dei rischi (*procédures d'évaluation)*; la predisposizione di procedure contabili, interne od esterne, mirata alla verifica dei libri e registri contabili (*procédures de contrôles comptables*); un programma di formazione destinato ai soggetti maggiormente esposti al rischio corruttivo od al traffico di influenze (*dispositif de formation*); la statuizione di un sistema disciplinare interno (*régime disciplinaire*) e, infine, un programma di controllo interno e revisione dell'efficacia delle misure approntate (*dispositif de contrôle et d'évaluation interne*).

5. L'evoluzione giurisprudenziale nella valutazione del Modello organizzativo: la valorizzazione dei Sistemi di Gestione.

Le elaborazioni dottrinali, i contributi tecnici e paranormativi, le attività dei professionisti e l'impegno profuso dagli imprenditori e dai collaboratori di questi ultimi sono tutti orientati al conseguimento di una efficacia esimente del Modello organizzativo. Come evidenziato anche in dottrina, infatti, senza alcuna prospettiva "premiale", l'imposizione di obiettivi di prevenzione per il tramite dell'autocontrollo perde (parzialmente, aggiungerei) di significato[86].

Fondamentale è sempre, quindi, la valutazione che l'Autorità Giudiziaria formula in merito all'idoneità del Modello a prevenire "*reati della specie di quello verificatosi*" (art. 6 comma I, lett. *a*) D.Lgs. 231/01).

Il problema si accentua nel caso di commissione del reato da parte di un soggetto apicale, in quanto, applicando le logiche dell'immedesimazione organica, si rende necessario per l'ente fornire anche la prova dell'aggiramento fraudolento del Modello stesso (art. 5, comma I, lett. *c*) del Decreto), da cui deriva l'esigenza di dotarsi di un Modello impeccabile, a prova di aggiramento fraudolento[87].

Di seguito verranno sinteticamente analizzati i criteri generali applicati dalla più autorevole giurisprudenza in ambito di valutazione di idoneità del Modello organizzativo. Successivamente, l'attenzione si poserà sulle pronunce che hanno preso in considerazione la fondamentale funzione dei Sistemi di Gestione nel potenziamento dei presidi imposti dal Decreto.

Il rischio è quello di cascare nel tranello del cortocircuito logico secondo il quale se il reato è stato realizzato, allora il Modello organizzativo non ha adempiuto alla propria funzione di prevenzione, ed è pertanto da considerarsi inidoneo. Tanto la dottrina[88] quanto la giurisprudenza[89] hanno provveduto a sgombrare il campo da questo preconcetto, escludendo che ci si trovi dinnanzi ad una *probatio diabolica*.

Decorsa la prima decade dall'introduzione del D.Lgs. 231, la giurisprudenza risultava ancora scarna[90]. Nel corso del secondo decennio di vita della responsabilità amministrativa degli enti, però, la giurisprudenza ha provveduto a sviscerare in

maniera più specifica prima di tutte le modalità e, in secondo luogo, i criteri sui quali il giudice debba necessariamente fondare la propria valutazione circa l'effettiva idoneità del Modello a prevenire il reato verificatosi.

Fondamentali arresti giurisprudenziali sono individuabili, ad esempio, nella sentenza della Corte Costituzionale in punto di costituzionalità della esclusione della parte civile dal processo contro la società[91], nella pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite sul caso Tyssenkrupp[92] e nella sentenza Impregilo[93], le quali hanno contribuito in maniera significativa a circoscrivere la dose di arbitrarietà impiegabile dall'autorità giudiziaria nella delibazione del Modello, orientandone l'esecuzione secondo precisi e stringenti canoni giuridici che possano, al contempo, costituire una affidabile parametro per orientare le scelte degli enti[94].

L'analisi ermeneutica è pervenuta ad una ricostruzione dell'illecito contestato al soggetto collettivo come una forma di fattispecie complessa[95], ove l'ente non concorre nella realizzazione del reato presupposto a titolo di concorso colposo per non aver impedito il reato ma, piuttosto, risponde di un proprio *deficit* organizzativo.

Emerge, quindi, il caposaldo interpretativo secondo cui la mera commissione del reato non è quindi di per sé sufficiente a fondare la responsabilità dell'ente.

Ciò che deve essere verificato è l'idoneità del Modello a impedire che i soggetti interni all'ente commettano determinati reati, e ciò a prescindere da qualsiasi valutazione di carattere psicologico.

Oggetto della valutazione del giudice deve essere l'assetto normativo aziendale preordinato alla prevenzione. Fondamentali, in tal senso le specificazioni della menzionata sentenza Impregilo[96], secondo cui: "*Il giudice penale non è chiamato, in questa occasione, a valutare una condotta umana, ma il «frutto» (l'esito) di tale condotta, vale a dire l'apparato normativo prodotto in ambito aziendale. Il giudizio, dunque, prescinde da qualsiasi apprezzamento di atteggiamenti psicologici (per altro, impossibile in riferimento alla volontà di un ente), e si sostanzia in una valutazione del Modello concretamente adottato dall'azienda, in un'ottica di conformità/adeguatezza del predetto Modello rispetto agli scopi che esso si propone di raggiungere. Né si dica che, nel far ciò, il giudice finisce per sostituire un suo Modello ideale di organizzazione aziendale a quello suggerito dalle più accreditate organizzazioni di categoria*".

Gli ermellini avvalorano quindi la valutazione delle cautele predisposte dal Modello in concreto e sotto un punto di vista teleologico-finalistico di prevenzione.

Quanto alle modalità della valutazione, essa deve avvenire con una prospettiva di visione *ex ante*: il giudice non può quindi valutare "a posteriori" l'idoneità del Modello, e cioè in un momento successivo rispetto alla consumazione della condotta delittuosa e dell'avvenuta violazione dei principi e delle procedure definite dallo stesso. Nondimeno, l'ottemperanza o meno del Modello andrà valutata dal giudice facendo riferimento ai riferimenti normativi ed ordinamentali, richiamandosi anche ad elementi di "*logica*" e "*consolidata esperienza*" settoriale.

Nell'analisi di un Modello adottato *ante delictum*, inoltre, il giudice dovrà necessariamente fare riferimento alla disciplina di settore coinvolta dalla violazione, nonché al tempo in cui abbia avuto luogo la condotta criminosa in contestazione, provvedendo a verificare quali presidi cautelativi siano stati adottati dall'organizzazione allo scopo di scongiurare la concretizzazione del rischio di reato rilevante *ex* D.Lgs. 231/2001 con riferimento al "*miglior sapere tecnico disponibile all'epoca*"[97].

Emerge, altresì, un approccio della giurisprudenza orientato a non imporre canoni assolutistici[98] cui l'ente debba uniformarsi nello sviluppo della propria organizzazione interna. Si intende infatti evitare, da un lato, di comprimere la libertà di iniziativa economica, dall'altro, di imbrigliare le facoltà auto-organizzative dell'ente, ragion per cui l'elaborazione di una definizione statica di Modello organizzativo è da considerarsi persino controproducente[99]. La soluzione auspicabile pare quella di pervenire, come suggerito da alcuni esponenti della dottrina, ad un dosaggio adeguato tra l'autonomia dei Modelli di organizzazione e l'eteronomia delle regole statuali[100], in modo da conseguire una razionale distribuzione dei poteri tra gli attori pubblici e privati.

La giurisprudenza di legittimità ha anche risolto la problematica inerente alla compatibilità tra responsabilità da reato delle persone giuridiche e reati colposi d'evento. Dal punto di vista dogmatico il nodo più intricato risiedeva nel rinvenimento di un "interesse o vantaggio" in capo all'ente (art. 5 comma I del Decreto) nella realizzazione di un evento essenzialmente dannoso anche per l'ente stesso (es: come si può intravedere un interesse o un vantaggio in capo all'ente nella morte di un proprio dipendente in occasione di un infortunio sul luogo di lavoro?).

La ricostruzione del rimprovero nei confronti dell'ente viene fondata, in compatibilità con i criteri di interesse e vantaggio, sul concetto di risparmio di spesa. L'interesse o vantaggio viene scandagliato in relazione non all'evento, ma alla

condotta dell'ente nell'ambito dell'adozione dei presidi cautelari, alla primigenia violazione della norma cautelare. In caso di verificazione dell'illecito colposo d'evento, quindi, il deficit organizzativo dell'ente è collocabile nel mancato esborso economico che la persona giuridica avrebbe dovuto sostenere necessariamente ai fini dell'adeguamento dei presidi interni (antinfortunistici, ma anche ambientali) a determinati standard. Affinché si possa riscontrare la responsabilità da reato colposo dell'ente, tale risparmio deve necessariamente consistere in un "*profitto [che si] si collega con naturalezza ad una situazione in cui l'ente trae da tale violazione un vantaggio che si concreta, tipicamente, nella mancata adozione di qualche oneroso accorgimento di natura cautelare, o nello svolgimento di una attività in una condizione che risulta economicamente favorevole*"[101]. Una recente pronuncia della Corte di Cassazione ha inoltre declinato il concetto di risparmio di spesa in relazione ora all'interesse ora al vantaggio della società, proponendo la lettura secondo cui i due requisiti: "*ricorrono, rispettivamente, il primo, quando l'autore del reato abbia violato la normativa cautelare con il consapevole intento di conseguire un risparmio di spesa per l'ente, indipendentemente dal suo effettivo raggiungimento, e, il secondo, qualora l'autore del reato abbia violato sistematicamente le norme antinfortunistiche, ricavandone oggettivamente un qualche vantaggio per l'ente, sotto forma dì risparmio di spesa o di massimizzazione della produzione, indipendentemente dalla volontà di ottenere il vantaggio stesso*"[102].

Anche tale decisione riposa in un *humus* ermeneutico sotteso a molte delle pronunce giudiziali emerse all'atto di valutazione del Modello organizzativo 231. È infatti atteggiamento diffuso e comune quello orientato a vagliare la concreta corrispondenza tra le misure adottate e la formalizzazione cartacea del Modello. Si palesa un approccio sostanzialistico, del tutto in linea con quelle che sono le esigenze preventive dell'intero sistema instaurato sin dall'introduzione del D.Lgs. 231/01[103].

Sovente la giurisprudenza ha suggerito che la metodologia di accertamento debba essere "*penetrante*", in grado di "*superare il dato formale della verifica "obiettiva" del modello*"[104] ed effettuata in "*concreto*"[105].

Scopo del giudice è quello di approfondire l'effettiva predisposizione di presidi cautelari, proporzionati alle esigenze ed alla natura dell'attività svolta e ritagliati su misura dell'ente, alla stregua di un abito sartoriale.

Oltre ciò, viene premiata la dinamicità del Modello, proprio in virtù del fatto che la normativa **è** ha inteso delineare la *compliance* 231 in una proiezione futura e continuativa: "*gli obblighi di approntamento del Modello [...] non furono disegnati statici e burocratici ma in maniera dinamica, in quanto accompagnati all'ulteriore obbligo, accessorio ma non meno importante, dell'aggiornamento continuo del Modello*"[106].

Di contraltare, sono state ritenuti del tutto inadeguati ed inidonei quei Modelli che, per l'assenza di un sostrato effettivo, esprimessero solamente vuote statuizioni burocratiche o teoriche[107]. Parimenti inadeguati sono stati ritenuti, in sede di vaglio dell'idoneità alla prevenzione dell'illecito ambientale, modelli organizzativi inficiati dalla mancata predisposizione delle opportune deleghe di funzioni, di per sé sufficiente a provare l'inefficacia preventiva del Modello[108]. La Suprema Corte ha peraltro, di recente, ribadito che i principi in materia di delega di funzione applicati all'ambito di salute e sicurezza sul luogo di lavoro sono da ritenersi estesi anche al settore della prevenzione ambientale[109].

Per quanto attiene al valore della certificazione OHSAS 18001, la Corte di Cassazione si è espressa in coerenza con il principio sostanzialistico, secondo cui l'analisi d'idoneità debba indefettibilmente sondare la concreta operatività ed efficacia dei protocolli di prevenzione. Ad esempio, proprio in conseguenza di un infortunio sul luogo di lavoro, la Corte ha decretato l'inidoneità del Modello che, "sebbene conforme alle norme BS OHSAS 18001:2007, non era stato efficacemente attuato", identificando un deficit di prevenzione nella incompletezza delle istruzioni operative, nella mancanza di una attività di monitoraggio sulle misure prevenzionistiche già approntate e di adeguamento della specifica procedura ai rischi propri dell'attività[110].

Una recente sentenza della G.U.P. di Roma, n. 125/2019 (Caso Bonatti)[111], in materia di salute e sicurezza sul luogo di lavoro, ha di fatto esteso il grado di attenzione che l'ente deve dedicare alla predisposizione del DVR e, in generale, nella procedimentalizzazione delle misure di sicurezza e tutela della salute dei lavoratori approntate ai sensi dei decreti 81/2008 e 231/01. Nel caso di specie, era stato ritenute inidoneo alla prevenzione del reato colposo d'evento (risultato nella morte di due operai dislocati in zone considerate pericolose per le particolari condizioni geopolitiche)[112] il Modello che non preveda una formalizzazione delle misure in concreto adottate in tutela dei dipendenti. In particolare, il GUP ha evidenziato che, nonostante la società avesse implementato delle misure di tutela dei dipendenti, che tenevano in considerazione i rischi ambientali tipici dell'area

di attività, correlati al trasferimento dei lavoratori (in territorio Libico), il fatto che tali misure non fossero state formalizzate nel DVR le rendeva prive di cogenza. Il rimprovero mosso alla dirigenza ed all'ente, sotto il profilo della colpa organizzativa, si fonda quindi sulla impossibilità di sottoporre le misure ad un sistema di monitoraggio, valutazione e informazione, che consentisse di evitare che le stesse venissero impropriamente derogate[113].

La sentenza porta ad evidenza come non solo sia insufficiente la mera formalizzazione delle misure preventive, ma parimenti insufficiente sia anche la mera concretizzazione delle stesse: i due aspetti debbono correre in parallelo, perché entrambi concorrono a delineare un sistema coerente, in costante aggiornamento e capace di contrastare efficacemente il rischio di concretizzazione dell'illecito colposo adeguando i presidi in coerenza al mutamento delle condizioni operative.

Come è importante osservare le pronunce che affermano l'inidoneità del Modello, onde evitare di replicare errori già commessi, è altrettanto consigliabile acquisire l'opportuna conoscenza dei casi concreti risolti positivamente.

Non sono invero mancati arresti giurisprudenziali a contenuto assolutorio, nei quali l'Autorità Giudiziaria ha riconosciuto l'efficacia esimente del Modello. Anche su tali pronunce è opportuno posare l'attenzione, per comprendere al meglio come approntare un Modello che possa affrontare con successo il vaglio da parte della Magistratura.

Sono intervenute pronunce di assoluzione dell'ente collettivo sia dalla responsabilità amministrativa fondata su un reato base doloso che su quello colposo.

Con particolare riferimento al reato doloso commesso da soggetti apicali, l'efficacia esimente del Modello ruota attorno alla dimostrazione della capacità dello stesso di arginare condotte distorsive, da parte dei dirigenti, entro i limiti dell'elusione fraudolenta.

Come si è detto, per escludere la responsabilità dell'ente in costanza di un reato doloso commesso da un soggetto apicale nell'interesse o vantaggio dell'ente stesso, è indispensabile che sia dimostrata l'elusione fraudolenta del Modello da parte dell'autore del reato presupposto. Un importante esempio è costituito da una sentenza del 2009 del G.I.P. del Tribunale di Milano[114], che è giunto ad assolvere l'ente dalle accuse ascritte, ancorché fosse stato rinvenuto l'interesse della società nella commissione del reato base. Le ragioni dell'assoluzione sono state quindi fondate, oltre che nella predisposizione da parte dell'ente di tutti i presidi idonei ad impedire la commissione del reato (adozione di un codice di autodisciplina, predisposizione di controlli interni), nell'accertamento dell'avvenuta elusione fraudolenta, che risiedeva nell'aver agito, gli autori del reato, unilateralmente, e non seguendo le procedure predisposte dal Modello.

La pronuncia è stata sottoposta a critiche da parte della dottrina, in quanto considerata eccessivamente morbida nel riconoscimento della elusione fraudolenta del Modello[115].

Successive pronunce di legittimità hanno meglio specificato che perché sia rinvenuta l'elusione fraudolenta del Modello non è sufficiente la mera violazione delle prescrizioni contenute nel Modello, è invero indispensabile che la condotta dell'autore del reato si qualifichi come "*ingannevole, falsificatrice, obliqua, subdola, di sostanziale aggiramento dei precetti in questione*"[116] e che ciò sia oggetto di opportuna prova in seno al procedimento penale.

Per quanto attiene alla valutazione dell'idoneità del Modello a prevenire l'illecito colposo, in particolare, la sentenza del Tribunale di Milano, Sez. IV, del 26 giugno 2014[117] (confermata in grado d'Appello, Corte d'Appello di Milano, Sez. V, 24 novembre 2015) ha riconosciuto efficacia esimente al Modello, ancorché non formalmente aggiornato, predisposto in piena osservanza della normativa in materia di salute e sicurezza sul luogo di lavoro, ponendo in risalto il fatto che la società avesse adottato, prima della verificazione dell'evento lesivo, un sistema di gestione della sicurezza secondo lo standard OHSAS 18001.

Il mancato aggiornamento del Modello risulterebbe essere, quindi, un mero vizio di forma.

Ancora, sempre in termini di idonea prevenzione dell'illecito commesso in violazione della normativa in materia di salute e sicurezza sul luogo di lavoro, troviamo la sentenza del Tribunale di Catania, Sez. VI, del 14 aprile 2016, n. 2133[118], con la quale i giudicanti hanno portato ad evidenza alcuni criteri importanti da impiegare nella valutazione del Modello. In *primis*, è emerso, dall'atteggiamento dei giudicanti, un orientamento aperto a riconoscere un certo margine di tolleranza temporale per l'esigibilità dell'aggiornamento del Modello a fronte di interventi riformatori del Decreto; nel caso di specie, infatti, il Modello della società non risultava ancora aggiornato alla riforma introduttiva del D.Lgs. 81/2008 ed alla relativa introduzione dell'art. 25-*septies* nel Decreto 231. Ciononostante, essendo trascorso un breve lasso di tempo dall'avvento della riforma, anche a fronte della prova fornita dalla difesa in merito al fatto che la società si fosse utilmente attivata ai fini dell'aggiornamento (verbali delle riunioni OdV lo dimostravano), non è stato rinvenuto alcun profilo di colpa di organizzazione in relazione al mancato

aggiornamento. In secondo luogo, il Tribunale si è concentrato sulla rilevanza giuridica da attribuirsi, in sede di esclusione della colpa di organizzazione, alla predisposizione, da parte dell'Ente, di un Sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL) conforme ai *British Standard* OHSAS 18001:2007, ai sensi dell'art. 30 D.Lgs. 81/2008 ed al conseguimento della relativa certificazione (ottenuta dall'ente nel corso dell'anno 2006).
La giurisprudenza più illuminata è quindi tendente a riconoscere il fondamentale valore probatorio contenuto nei sistemi di gestioni soggetti a certificazione. È quindi auspicabile che gli enti si orientino verso l'adozione di tali strumenti e dei potenziamenti organizzativi sottesi, sia in una prospettiva di auto-miglioramento, con una riduzione dei costi (dopo una prima fase più onerosa e preordinata al miglioramento delle dotazioni tecniche e del conseguimento della certificazione) ed una maggiore efficienza nella gestione di talune problematiche societario, che anche - nel caso comunque un evento infausto dovesse verificarsi - di presentarsi dinnanzi all'autorità giudiziaria muniti di un buon armamentario difensivo.

6. La prevenzione dei Reati tributari nel sistema 231, tra novità e prassi consolidate.

L'introduzione dei reati tributari tra gli illeciti rilevanti ai fini dell'applicazione della responsabilità delle persone giuridiche ha animato fortemente, sia prima che dopo il suo perfezionamento, le discussioni in seno alla dottrina penalistica.
La necessità di responsabilizzare le aziende dal punto di vista fiscale, unitamente alla presunta mancanza di impedimenti tecnico-teorici in tal senso[119], ha fatto sì, infine, che il legislatore rimediasse alla propria mancanza *ab origine*, consistente nel non aver annoverato nel D.Lgs. 231/01 una categoria di reati che pare fisiologicamente connessa con l'essenza stessa della colpa di organizzazione[120]. È evidente come una attività ontologicamente connessa all'interesse economico dell'impresa, ampiamente normata e strutturata su una consecuzione di passaggi e procedure pregne di verifiche e controlli, quale è quella protesa all'adempimento degli oneri tributari, sia connaturata da una inscindibile correlazione con la *ratio* punitiva che anima la responsabilità ammnistrativa degli enti. Va considerato, altresì, come l'illecito tributario ben si coniughi con il sostrato criminologico fondato sul perseguimento di un interesse o vantaggio per l'ente, sia nel senso della prova di un dolo di evasione, sia, in senso opposto, nella dimostrazione di una elusione fraudolenta del Modello a fini liberatori[121].
Il primo approdo a livello normativo è stato rappresentato dal D.l. del 26 ottobre 2019 n. 124, convertito con legge n. 157/2019. Attraverso tale riforma il legislatore, tra gli altri interventi[122], ha provveduto ad estendere l'elenco dei reati presupposto *ex* 231 ad alcuni illeciti tributari contenuto nel D.Lgs. 74/2000, con l'inserimento nel Decreto 231 del nuovo art. 25-*quinquesdecies*. Le fattispecie che assumono rilevanza nell'imputazione degli enti collettivi sono: art. 2 (dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti); art. 3 (dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici); art. 8 (emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti); art. 10 (occultamento o distruzione di documenti contabili) ed art. 11 (sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte).
Un ulteriore tassello è stato inserito attraverso il recepimento della Direttiva PIF (Direttiva UE 2017/1271)[123], attuato tramite il D.Lgs. n. 75/2020, che ha provveduto ad ulteriormente estendere il novero degli illeciti tributari la cui commissione risulti idonea a fondare la responsabilità della persona giuridica (vengono inseriti l'art. 4 (dichiarazione infedele), art. 5 (omessa dichiarazione), ed art. 10-*quater* (indebita compensazione). Gli effetti di tale estensione risultano però tangibili, e di interesse, per le sole realtà imprenditoriali operanti a livello internazionale, con un cospicuo volume d'affari. Ciò in quanto le violazioni assurgono a presupposto 231 esclusivamente qualora ricorrano le seguenti condizioni: che l'illecito sia commesso nel contesto di un sistema fraudolento transfrontaliero; che l'ammontare dell'imposta IVA evasa sia superiore a dieci milioni di euro.
A differenza di quanto è emerso nella disamina in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, di sicurezza ambientale e di anticorruzione, non esiste una normativa internazionale certificabile, che possa incorporare uno standard condiviso di efficienza nella gestione dei rischi fiscali.
Tuttavia, esistono vari approcci metodologici, taluni anche non dissimili, che le imprese possono adottare per garantire la propria affidabilità a livello contabile e tributario nei confronti dell'erario, percorsi vantaggiosi sotto vari profili ed in grado di soddisfare le esigenze di *compliance* 231 nella prevenzione della commissione di reati tributari, se opportunamente implementati. La necessità di sviluppare una efficace *compliance* tributaria era infatti fortemente avvertita, in capo alle aziende, sin da ben prima dell'avvento della responsabilità da reato degli enti, ciò ha consentito lo sviluppo di notevoli *expertise* a livello sia internazionale che

nazionale, pronti a confluire nel Modello 231, con eventuali accorgimenti ed adattamenti.
Non è raro, peraltro, che nel contesto di prevenzione 231 siano individuate, collateralmente alle procedure volte a impedire la realizzazione dei reati presupposto, anche procedure atte a elidere i rischi c.d. "strumentali", che si concretano nell'esecuzione di condotte criminose che possano facilitare la commissione di un reato presupposto. Quale migliore agevolazione per la condotta corruttiva di un illecito tributario che consenta di ottenere la provvista economica di materiale supporto all'esecuzione dell'illecito mercimonio?
Anche per tale ragione, quindi, sovente le società già presidiavano efficacemente il rischio fiscale prima dell'avvento della riforma[124].
La riforma introduttiva degli illeciti tributari in 231 si è innestata, pertanto, in un contesto già "vaccinato" e ricco di elementi passibili di incontrare un'agevole integrazione con le logiche di controllo tipiche del Modello organizzativo.
È quindi anche possibile profilare una gerarchia dei presidi volti a forgiare un Modello idoneo a prevenire l'illecito tributario. Detti presidi sono collocabili su tre diverse fasce di efficacia/intensità operativa.
Principiando da quello che può essere considerato come una sorta di minimo indispensabile, è senz'altro possibile, soprattutto per le piccole-medie imprese e per le strutture organizzative meno complesse, operare un'estensione di presidi preesistenti, già implementati con l'adozione del Modello 231 al fine di adeguare le proprie procedure e la propria struttura per prevenire reati correlati, se non prodromici, agli illeciti fiscali. Il riferimento è a quelle procedure volte a mitigare il rischio di reati societari *ex* art. 25-*ter* del Decreto (come le false comunicazioni sociali), contro la Pubblica Amministrazione, ovvero ancora reati di ricettazione riciclaggio e reimpiego di denaro. In sostanza, tutte quelle procedure preordinate a gestire la movimentazione di somme di denaro in coerenza con le disposizioni di legge, con particolare riguardo alle procedure di controllo volte a garantire le adeguate verifiche in sede contabile, pensate per prevenire la commissione dei reati puniti ai sensi degli artt. 2621 e 2622 c.c., che ben possono costituire uno strumento di prevenzione anticipata del reato tributario.
Adottando questo approccio residuano pur sempre dei profili di rischio evidenti, per i casi in cui l'illecito tributario si annidi nella frazione temporale che intercorre tra la redazione della contabilità a livello interno ed il momento dichiarativo avente natura fiscale.
Salendo di un gradino troviamo il rating di legalità AGCM, una valutazione di conformità alla legge conferito dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. I requisiti per l'accesso alla procedura di analisi ed al conferimento del rating sono delineati all'interno della Delibera AGCM del 15 maggio 2018, n. 27164[125].
Recentemente il Regolamento ha subito un importante aggiornamento, introdotto con Delibera AGCM del 28 luglio 2020, n. 28361[126].
A testimoniare la stretta affinità dello strumento è anche uno tra gli svariati prerequisiti indispensabili per l'accesso al medesimo: l'organizzazione interessata a conseguire il rating dovrà infatti risultare incensurata sotto il profilo della responsabilità da reato delle persone giuridiche *ex* Decreto 231. Nondimeno, con specifico riguardo al profilo fiscale-tributario, l'ente dovrà provare di non essere stato destinatario della comminazione di provvedimenti conseguenti al mancato rispetto dell'obbligo di pagamento di imposte e tasse (art. 2, comma 2, lett. *e*) della Delibera)[127].
Ulteriori requisiti d'accesso afferiscono: al centro amministrativo degli interessi della società, che deve avere la sede in Italia; al volume d'affari, con fatturato minimo di due milioni di euro nell'esercizio chiuso nell'anno precedente a quello di proposizione della domanda[128]; alla durata nel tempo dell'esercizio dell'attività, in quanto la società deve risultare iscritta nel Registro delle imprese (o nel repertorio R.E.A.) da almeno due anni alla data della domanda.
Il conferimento del rating consiste nell'attribuzione all'organizzazione da una a tre stelle: una stella per il mero rispetto dei requisiti di cui all'articolo 2 del Regolamento; due stelle per le organizzazioni che soddisfino i requisiti di cui all'art. 3, comma secondo, del Regolamento[129]. Per l'ottenimento di una terza stella gli enti dovranno ottenere tre segni "+", ciascuno dei quali viene riconosciuto qualora abbiano denunciato all'Autorità Giudiziaria la commissione di reati indicati nel Regolamento.
I passaggi burocratici per l'ottenimento sono regolati all'art. 5.
Una volta conseguito, il rating avrà validità per due anni, salvo che intervengano ragioni di sospensione e/o revoca del medesimo (art. 6).
Le organizzazioni che ottengono il rating di legalità AGCM accettano di sottoporsi ai controlli selettivi a campione, che vengono effettuati annualmente dalla Guardia di Finanza su un campione rappresentativo composto del 10% delle imprese munite di rating. L'Autorità predispone un elenco che viene inoltrata alla GdF, la quale si occupa di esperire controlli approfonditi dei quali trasmetterà gli esiti, entro sessanta giorni, all'Autorità stessa (art. 7 comma 6).

Sono altresì previsti una serie di obblighi informativi a carico dell'ente in possesso del rating (art. 7), il quale dovrà prontamente informare l'autorità riguardo ad evento che influisca sui presupposti per l'ottenimento del rating, pena la revoca.
Meritevole di menzione è la piattaforma telematica *WebRating*, che consente alle imprese di inoltrare la domanda e gestire la propria posizione direttamente all'interno del sito web istituzionale dell'AGCM.
Seguendo il *climax*, il presidio maggiormente virtuoso è lo sviluppo di una cooperazione tributaria del tipo *Tax Control Framework*, come disciplinato all'interno del D.Lgs. 128/2015 ("Disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente"), il quale predispone un vero e proprio regime di collaborazione con l'Amministrazione finanziaria.
Al fine di coadiuvare l'imprese nell'adozione di tale sistema l'Agenzia delle Entrate ha messo a disposizione le linee guida OCSE (inserite nel Report "*Cooperative Tax Compliance: Building Better Tax Control Frameworks*"), per mezzo della propria circolare 38/E del 16.09.2016, con l'obbiettivo di fornire chiarimenti in merito alle caratteristiche dello strumento gestionale nonché i requisiti da soddisfare per poter accedere al sistema[130].
Quanto ai destinatari della norma, l'art. 3 del D.Lgs. 128/2015 formula espresso riferimento ai contribuenti "*dotati di un sistema di rilevazione, misurazione, gestione e controllo del rischio fiscale, inteso quale rischio di operare in violazione di norme di natura tributaria ovvero in contrasto con i principi o con le finalità dell'ordinamento tributario*", pone quindi subito in chiaro come i destinatari della normativa non siano, inevitabilmente, i soggetti più strutturati, comunemente definiti come "grandi contribuenti".
Ancorché riservato ad una ristretta cerchia di contribuenti, i principi in esso contenuti possono costituire un importante spunto per qualsiasi organizzazione che intenda adottare un modello virtuoso di gestione del rischio fiscale.
L'art. 4 procede alla specifica indicazione dei requisiti di accesso alla *cooperative compliance*, sottolineando che il sistema di gestione del rischio fiscale di cui si doti il contribuente debba necessariamente ricomprendere una chiara e ben definita attribuzione di ruoli e responsabilità ai diversi settori dell'organizzazione, delle efficaci procedure di analisi del rischio fiscale operativa a tutti i livelli aziendali nonché delle efficaci procedure di intervento rimediali, in grado di predisporre azioni correttive in caso di carenze organizzative o violazioni. È inoltre previsto l'obbligo di predisposizione di una relazione, con cadenza (almeno) annuale, da inviarsi agli organi di gestione affinché possano analizzarla e assumere le opportune determinazioni in conseguenza dei contenuti della stessa.
Qualora un'organizzazione dovesse rispondere ai requisiti soggettivi e dovesse, pertanto, essere ammessa al regime di cooperazione, insorgerebbero in capo alla stessa una serie di obblighi.
In particolare, l'ente dovrà provvedere a istituire e mantenere nel tempo un sistema di rilevazione, misurazione, gestione e controllo del rischio fiscale, che sia quanto più flessibile possibile, in modo da adeguarsi rapidamente alle mutazioni organizzative dell'impresa[131], alle riforme normative ed alle indicazioni provenienti dalla Agenzia delle entrate. L'ente dovrà mantenere un comportamento ispirato alla massima trasparenza e collaborazione con l'Agenzia delle entrate, comunicando "*tempestivamente*" l'insorgenza di nuovi rischi di natura fiscale e rispondendo alle richieste "*nel più breve tempo possibile*".
L'adesione a tale complesso sistema di *compliance* fiscale comporta, però, anche importanti conseguenze premiali in capo all'ente, quali ad esempio la compartecipazione diretta dell'Agenzia delle Entrate, che ai sensi di legge risulta obbligata a cooperare nella valutazione del grado di efficacia del sistema di controllo, "*con eventuale proposta degli interventi ritenuti necessari ai fini dell'ammissione e della permanenza nel regime*", oltre all'accesso a semplificazioni tributare sviluppate *ad hoc* per il contribuente virtuoso (art. 5).
Gli effetti della cooperazione tributaria instaurano un vero e proprio affiancamento dell'Autorità finanziaria al contribuente, tale da sfociare nella comune valutazione dei profili di rischio fiscale e nello sviluppo, in parallelo, di misure rimediali (art. 6). Viene quindi sviluppato un sistema preventivo finanche più penetrante della certificazione internazionale, laddove l'Autorità pubblica che interloquisce direttamente con l'organizzazione, persino svolgendo sopralluoghi e collaborando con la stessa.
Si può quindi dedurre quindi come, ferma restando l'autonoma valutazione da parte dell'Autorità Giudiziaria, un Modello organizzativo integrato da un sistema di gestione del rischio fiscale tanto efficace goda di una ottima portata esimente.
Gli strumenti di gestione della *compliance* tributaria sin qui indicati, per quanto efficienti e profondamente strutturati, però, non consentono *ex se* di soddisfare tutte le esigenze di prevenzione del fatto criminoso, anche in ragione del fatto che non è quello lo scopo per il quale sono stati pensati e sviluppati.
Nondimeno, tali sistemi non si dotano di fattori

di prevenzione assimilabili alla nomina di un Organismo di Vigilanza[132], alla predisposizione di un sistema disciplinare *ad hoc*, allo sviluppo di flussi informativi costanti affiancati da canali di segnalazione degli illeciti, nominale od anonima, nel contesto della disciplina del *whistleblowing* (legge n. n. 179 del 2017).
Proprio come avviene con riferimento alla prevenzione dei reati in ambito antinfortunistico, ambientale o anticorruzione, non possono pertanto prescindere dall'affiancamento, o dall'incorporazione, ad un Modello organizzativo 231, costituendo quindi l'ennesimo esempio di *compliance* integrata, dove più elementi e fattori vanno a collimare e contribuire, in via generale alcuni ed in chiave più specifica altri, al contenimento dei fenomeni criminosi nel contesto organizzativo societario[133].
Naturalmente, permane a carico degli Organismi di Vigilanza il compito di coadiuvare il proprio ente di riferimento non solo nell'aggiornamento del testo del Modello organizzativo, di per sé solo del tutto insufficiente, ma nell'indicazione della necessità di sviluppo di nuove procedure di controllo, qualora non già esistenti, mirate a prevenire il rischio tributario. Alternativamente, l'OdV potrà sollecitare la società ad una rivalutazione delle procedure preesistenti, avvalorandone le potenzialità mitigatrici del rischio penale e favorendo, ove necessario un ammodernamento dei protocolli.
Il *modus operandi* che un buon OdV dovrà seguire[134], in tale delicata fase, si deve comporre di vari passaggi fondamentali, con scopi precipui consistenti in: individuazione delle figure chiave nella gestione delle questioni erariali e contabili, delle relative responsabilità e poteri; sottoposizione di tali soggetti ad interviste o a compilazione di check lists/questionari, per assumere piena consapevolezza in merito alle ramificazioni del sistema di controllo aziendale (sia per quanto riguarda le fasi internalizzate che quelle eventualmente esternalizzate); individuazione delle eventuali fenditure nella gestione del rischio fiscale; sollecitazione dell'alta direzione ad una conseguente aggiornamento delle procedure di Parte Speciale del Modello, rimediando alle problematiche individuate.
Altro compito fondamentale dell'Organismo di Vigilanza consisterà nel vagliare le risultanze della *Risk analysis*[135], studiando e pianificando l'adeguata reazione cautelativa da suggerirsi all'ente ed individuando le concrete necessità di intervento nel potenziamento dei presidi. A seconda di quanto risulti incombente il rischio di commissione di un illecito tributario, tenendo altresì in considerazione le caratteristiche tipiche della società e il volume d'affari della stessa, l'OdV dovrà correttamente consigliare gli organi direttivi con riguardo al percorso da intraprendere nell'adeguamento del Modello Organizzativo. L'azione si assesterà entro due estremi, che oscillano tra il non agire affatto (*prima facie* sconsigliabile) e l'adozione di una compliance cooperativa intessuta nella collaborazione con l'Autorità fiscale.
Per quanto attiene alle misure minime, come si è accennato consistono nel valorizzare i presidi già esistenti in seno all'organizzazione atti a prevenire reati societari (soprattutto quelli riconducibili all'archetipo delle c.d. falsità, come le false comunicazioni sociali), quali i controlli del Collegio Sindacale e della eventuale società di revisione esterna, controlli standardizzati e routinari la cui presenza già apporta un ingente contributo nel contrasto alla commissione di illeciti tributari dichiarativi. Ebbene, l'OdV dovrà essere abile nel valorizzare le risorse ed i controlli già approntati dalla società, suggerendo ad esempio l'avvio di nuovi flussi informativi verso di sé, tali da consentirgli di operare un controllo circa l'efficacia ed effettività delle procedure già in atto, ovvero anche la formalizzazione di ulteriori passaggi di verifica.
Parallelamente, laddove dall'analisi del rischio emerga l'esigenza di un potenziamento dei presidi, l'OdV avrà la responsabilità di segnalare alla società l'esigenza di ricorrere agli strumenti di *compliance* sopra descritti. È bene constatare che, qualora i caratteri dimensionali della società non dovessero consentirle di aderire alle procedure di *Tax control framework*, residua pur sempre la facoltà, in capo alla direzione, di trarre ispirazione dai presidi di controllo dalla stessa regolamentati, quale importante parametro di riferimento.

7. Riflessioni conclusive e prospettive di riforma.

In passato, la tentazione di assecondare le rimostranze e le lamentele del mondo dell'impresa, si è concretizzata in una proposta di revisione normativa orientata ad introdurre forme di certificazione del Modello organizzativo[136]. La certificazione del Modello, secondo la logica sottesa alla proposta di riforma, avrebbe garantito l'idoneità *in re ipsa* dello stesso a prevenire il reato verificatosi, configurandosi quindi come una vera e propria esimente. La riforma proponeva, infatti, l'introduzione del nuovo art. 7-*bis*, "*Certificazione del Modello preventivo*", nel testo del quale venivano definiti i passaggi per l'ottenimento della certificazione. L'adozione di un Modello dotato di regolare certificazione, in conformità con il *set*

di regole applicative proposte, avrebbe garantito l'esclusione della responsabilità dell'ente.
Di contraltare all'entusiasmo delle realtà produttive, emergevano sensibili perplessità in capo alla magistratura ed alla dottrina[137].
Le maggiori problematiche rinvenute dai critici si concentravano sulla evidente incompatibilità dell'attribuzione di un potere di certificazione a soggetti terzi, pubblici o privati (da individuarsi con successivo regolamento del Ministero della Giustizia), con l'autonoma valutazione del giudice, prefigurando un controllo giudiziale zoppo e incatenato ad automatismi pregiudiziali fortemente limitativi sotto il profilo della verifica circa la concreta idoneità preventiva del Modello. Peraltro, abbracciare la natura dinamica del Modello, in perenne evoluzione ed aggiornamento, renderebbe quasi impossibile il mantenimento nel tempo di una certificazione, salvo l'esercizio di una serie pressoché infinita di controlli, tale da innescare un apparato burocratico la cui eccessiva complessità sarebbe stigmatizzabile[138].
La proposta, per quanto non esitata in un effettivo intervento riformatore, ha quindi fornito spunti per la discussione attinente all'idoneità del Modello, nonché al valore processuale dei Sistemi di Gestione certificati preposti a dare vigore a specifiche parti speciali del Modello stesso.
La presa di posizione della dottrina, in linea con le manifestazioni di pensiero della magistratura e gli arresti giurisprudenziali analizzati, tendente ad escludere la possibilità di cementificare la valutazione d'idoneità del Modello tramite una certificazione, è infatti del tutto estendibile anche ai Sistemi di Gestione.
Se è, dunque, ormai pacifico l'ostracismo avverso la fossilizzazione della valutazione tramite automatismi partoriti da strumenti para normativi, occorre chiedersi con quali modalità il legislatore potrebbe intervenire al fine di incentivare, per altre vie, l'adozione di Modelli organizzativi e l'affiancamento agli stessi di Sistemi di Gestione. Secondo certa dottrina, infatti, nell'affrontare il tema della valutazione dell'idoneità del Modello organizzativo, la cui importanza sarebbe sottovalutata dalla giurisprudenza[139], si dovrebbe operare una distinzione tra le responsabilità che ricadono sul giudicante da quelle – forse più rilevanti – che ineriscono alle scelte del legislatore[140].
Guardando i sistemi giuridici europei, però, non si rinvengono esempi cui riferirsi. Anzi. Valutate attentamente le sinergie già oggi esistenti tra le normative nazionali ed i best standard applicabili, è d'uopo concludere nel senso di una non impellenza di un intervento legislativo di riforma. È parere dello scrivente che, già ora, un'organizzazione che nutra il sincero interesse di regolarizzare il proprio operato, ispirando il proprio agire ad una filosofia di *compliance* alle varie normative che regolamentano l'esercizio dell'impresa, abbia a propria disposizione tutti gli strumenti necessari. La *ratio* fondamentale sottesa alla disciplina del D.Lgs. 231/01, già intellegibile per la più attenta dottrina all'indomani dell'introduzione della responsabilità degli enti collettivi[141], risiede, infatti, nella promozione dello sviluppo di una cultura della legalità in seno alle imprese. Non mancano strumenti integrativi dei criteri contributi para normativi quali Linee Guida e standard internazionali certificati. Nemmeno mancano contributi dottrinali o criteri forniti di rango giurisprudenziale.
Un fattore di centrale rilevanza è quindi il *commitment* dell'Alta Direzione, la ferma volontà di mettere in moto meccanismi virtuosi che possano condurre l'ente a godere di un elevato grado di affidabilità, anche agli occhi dell'Autorità Giudiziaria. Impegno e costanza sono le parole d'ordine. Vivere il Modello Organizzativo ed i relativi oneri gestionali non come un peso od una costrizione, ma come una vera e propria occasione di sviluppo e crescita per la propria realtà azienda.
Per quanto ci si possa spendere nella ricerca di certezze assolute negli approdi giurisprudenziali, infatti, pare che ad un punto tale non si possa mai giungere. In primo luogo perché l'attività d'impresa, per sua caratteristica essenziale, è mutevole ed in perenne evoluzione e, di conseguenza, in costante mutamento sono altresì i rischi correlati alla medesima. In secondo luogo perché le leggi cambiano, e con esse i Modelli organizzativi, assoggettati nel corso di questi primi vent'anni di disciplina 231 a diffusi aggiornamenti ed estensioni.
Il *focus* principale dovrebbe quindi incentrarsi, essenzialmente, sul *modus operandi* e sulla cultura della legalità nel mondo dell'impresa. Sotto questi profili, il miglior modo in cui il legislatore possa intervenire è fuor di dubbio la promozione della legalità a tutto tondo, lasciando che il compito della definizione pratica, tecnica, concreta del contenuto del Modello sia rimesso al connubio tra i vari contributi associazioni di categoria, allo strumento delle Linee Guida, della *soft law*, degli standard internazionali virtuosi.

1 V. Mongillo, *Il giudizio di idoneità del Modello di organizzazione ex D.Lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione",* in www.rivista231.it.

2 Per un approfondimento incentrato sulle più immediate reazioni della dottrina all'introduzione della responsabilità da reato degli enti si vedano: AA VV, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in *La responsabilità amministrativa degli enti*, Ipsoa, Milano, 2002; A. Alessandri, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002; V. Maiello, *La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel D.Lgs. n. 231/2001: una truffa delle etichette davvero innocua?* in *Riv. trim. dir. pen. econ.,* 2002, 879 sg.

3 C. Piergallini, *I modelli organizzativi*, in G. Lattanzi (a cura di) *Reati e responsabilità degli enti*, 2° ed., Milano, 2010.

4 Così V. Mongillo, *Op. cit.*

5 G. De Simone, *Societates e responsabilità da reato. Note dogmatiche e comparatistiche*, in *Studi in onore di Mario Romano,* vol. III, Jovene, Napoli, 2011, p. 1883 sg.

6 A. Alessandri, Diritto penale e attività economiche, Bologna, 2010; N. Pisani, *Struttura dell'illecito e criteri di imputazione*, in D'Avirro - Di Amato (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, vol. X, Padova, 2009, pp. 120 sg; V. Torre, *La privatizzazione delle fonti del diritto penale*, Bologna, Bup, 2013; A. Gargani, *Individuale e collettivo nella responsabilità della societas*, in *St. sen.*, 2006.

7 C.E. Paliero, *La società punita, La società punita: del come, del perché, e del per cosa,* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, p. 1542.

8 C.E. Paliero e C. Piergallini, *La colpa di organizzazione*, in www.rivista231.it.

9 A. F. Tripodi, *L´elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, Padova, 2013, pp. 5 e sg.; D. Amato, *Esonero dalla responsabilità. Brevi note in tema di elusione fraudolenta del modello*, in www.aodv.it, 2015.

10 G.M. Flick, *Le prospettive di modifica del d.lgs. n. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti. Un rimedio peggiore del male?,* in *Cass. pen.,* 2010.

11 Per una ricognizione storico-analitica riguardo la responsabilità delle persone giuridiche si veda: G.Marinucci, *La responsabilità penale delle persone giuridiche, uno schizzo storico-dogmatico*, in *Riv. It. dir. e proc. pen.,* 2007.

12 *Cfr.* V. Mongillo, in *Op. cit.*; D. Amato, in *Op. cit.*, il quale evidenzia come le difficoltà incontrate dagli enti non siano esclusivamente di carattere probatorio, ma ineriscano anche "*a un piano diverso e logicamente antecedente, consistente nell´esatta interpretazione dei suddetti requisiti*".

13 Ord. GIP Tribunale di Napoli, 26 giugno 2007, in *www.rivista231.it.*

14 La Legge 30 novembre 2017, n. 179, (c.d. *Wistleblowing*) ha ulteriormente rinvigorito la disciplina della segnalazioni, introducendo, tra le altre novità, il comma 2-*quater* dell'art. 6, il quale sanziona con la nullità il licenziamento ed ogni qualsivoglia demansionamento ritorsivo nei confronti del dipendente che abbia inoltrato una segnalazione, a patto che la stessa non risulti essere falsa e viziata da dolo o malafede.

15 Un riferimento fondamentale in tal senso è rappresentato dalle Linee Guida Confindustria, originariamente elaborate nel corso dell'anno 2002 ed approvate dal Ministero nel giugno del 2004, oggetto di aggiornamento nel corso dell'anno 2014.

16 D. Piva, *Il sistema disciplinare nel d.lgs. 231/2001: questo 'sconosciuto'* in *www.rivista231.it*

17 Un interessante approfondimento a riguardo viene svolto da G. De Simone, *La responsabilità da reato degli enti: Natura giuridica e criteri (oggettivi) d'imputazione*, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org.*

18 Cass. Pen., Sez. Un., 18 settembre 2014, (ud. 24 aprile 2014), n. 38343 (Tyssen Krupp), in *www.giurisprudenzapenale.it*

19 A. Rossi, *Riflessioni sulla responsabilità degli enti per associazione per delinquere e reati-fine in materia agroalimentare*, in *www.archiviopenale.it.*

20 A. Carmona, *La responsabilità degli enti: alcune note sui reati presupposto*, in *Cass., Pen.*, 2003, p. 995 sg.

21 "*Poiché l'introduzione della responsabilità sanzionatoria degli enti assume un carattere di forte innovazione del nostro ordinamento, sembra opportuno contenerne, per lo meno nella fase iniziale, la sfera di operatività, anche allo scopo di favorire il progressivo radicamento di una cultura aziendale della legalità che, se imposta ex abrupto con riferimento ad un ampio novero di reati, potrebbe fatalmente provocare non trascurabili difficoltà di adattamento*". Come evidenziato nella Relazione ministeriale al D. Lgs. n. 231/2001, *in* www.aodv231.it.

22 Ulteriore ragione fu rappresentata dalle pressioni avanzate dalle associazioni imprenditoriali nei confronti della classe politica. In tal senso si esprime G. Amarelli, *I nuovi reati ambientali e la responsabilità degli enti collettivi: una grande prospettiva parzialmente delusa* in *Cass. Pen.* n. 01/2016, p. 407: "*in ragione delle forti pressioni esercitate in periodo pre-elettorale da alcune parti politiche e lobbies economiche, soprattutto da Confindustria, il legislatore ha proceduto all'improvviso ridimensionamento della parte speciale del decreto*".

23 Per una approfondita analisi critica riguardo l'introduzione dell'art. 25 *septies* nel D.Lgs. 231/2001 si rimanda al contributo di G. Amarelli, *I criteri oggetti di iscrizione del reato all'ente collettivo ed i reati in materia di sicurezza sul lavoro. Dalla teorica incompatibilità alla forzata convivenza*, in *www.penalecontemporaneo.it.*

24 La successione di norme impone, in chiave futura, di considerare il riferimento attuato dal comma quarto dell'art. 30 non più alla normativa British Standard OHSAS 18001:2007 (che a partire dal 12 marzo 2021 non sarà più valida, pertanto

tutte le certificazioni rilasciate in riferimento a questo standard non godranno più di alcun riconoscimento), ma alla più recente ed aggiornata UNI ISO 45001:2018 (Sistemi di gestione per la salute e sicurezza sul lavoro – Requisiti e guida per l'uso).

25 N. Pisani, *Profili penalistici del testo unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro (commento al d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81*), in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 835.

26 O. Di Giovine, *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, in *Cass. Pen.*, 2009; F. Giunta, I modelli di organizzazione e gestione nel settore antinfortunistico, in D. Fondaroli – C. Zoli (a cura di), *Modelli organizzativi ai sensi del D.lgs. n. 231/2001. Tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Torino, Giappichelli, 2014.

27 V. Mongillo, in *Op. cit.*

28 Così M. Cardia, *I modelli organizzativi in materia di sicurezza nei luoghi di lavoro alla luce della sentenza di condanna del Tribunale di Trani*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n. 4/2010, pp. 177.

29 A. Rossi – F. Gerino, *Art 25-septies D.Lgs. 231/2001, art. 30 D.Lgs. 81/2008 e modello di organizzazione, gestione e controllo: ambiti applicativi e rapporti*, in *La responsabilità delle società e degli enti*, n. 2/2009, pp.14.

30 P. Ielo, *Modelli organizzativi: il D.Lgs.231/2001 e la normativa antinfortunistica*, in *Nuovo statuto penale del lavoro*, Bononia University Press, Bologna, 2011, p. 29.

31 T. Guerini, *Il ruolo del modello di organizzazione gestione e controllo nella prevenzione del rischio da reato colposo, La responsabilità amministrativa delle società e degli enti, n.4/2012*, pp.106 e sg.

32 Così Mancini, *Decreto Legislativo 81/09 e sistemi di gestione della sicurezza sul lavoro (SGSSL)* in *Sicurezza sul lavoro*, Bononia University Press, Bologna, 2010, p. 44.

33 Una delle caratteristiche pregnanti del SGA OHSAS risiede proprio nell'elevato grado di coinvolgimento, a tutti i livelli, del personale aziendale nella prevenzione in materia di salute e sicurezza.

34 Infatti, proprio nel settore della salute e sicurezza sul luogo di lavoro si è sviluppato, sin dal D.Lgs. 626/1994, un sistema organico preventivo fondato su principi di programmazione e adeguata organizzazione, con lo scopo ultimo di ridurre al minimo il rischio di infortuni.

35 Una distinzione deve essere operata anche nel rapporto intercorrente tra le Linee Guida Uni – Inail e gli standard OHSAS 18001: mentre le prime costituiscono una indicazione da seguire per l'ottenimento di una certificazione, i secondi rappresentano il vero e proprio standard certificabile.

36 T. E. Romolotti, *Modello organizzativo e sistemi di gestione per la sicurezza: alla ricerca di un coordinamento*, in *www.rivista231.it*.

37 T. E. Romolotti, *Op. Cit.*

38 A. Brunetti, *Relazione al convegno "La gestione del rischio come opportunità di crescita aziendale. D.Lgs. 231/2001 e la nuova ISO 37001" (Foggia, 24 marzo 2017) – Gestione dei rischi e modelli organizzativi*, in *www.giurisprudenzapenale.it*.

39 La riforma a livello di ordinamento interno è frutto del recepimento della Direttiva n. 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente. Tra gli obbiettivi imposti agli Stati membri dalla Direttiva, rientravano quelli di sanzionare, tramite lo strumento del diritto penale, talune condotte lesive del bene ambiente (artt. 2 e 3 della Direttiva), anche con riguardo ai profili di responsabilità delle persone giuridiche nel proprio interesse-vantaggio.

40 M. Scoletta, *Obblighi europei di criminalizzazione e responsabilità degli Enti per reati ambientali (note a margine del d.lgs. 121/2011 attuativo delle direttive comunitarie sulla tutela dell'ambiente*), in *Riv. Giur. Ambiente*, 2012, p. 20.

41 V. Fimiani, *La tutela penale dell'ambiente*, Milano, 2015, p. 799 e sg.

42 La circolare Assonime n. 15 del 28 maggio 2012, ad esempio, criticò in maniera significativa la evidente asimmetria sanzionatoria tra le prospettazioni attuate dalla Direttiva e la disciplina adottata a livello interno.

43 M. Raimondo, *La responsabilità degli enti per i delitti e le contravvenzioni ambientali: Godot è arrivato?* In *www.dirittopenalecontemporaneo.it*; A. Madeo, *Un recepimento solo parziale della Direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente*, in *Riv. pen. e proc.*, 2011, p. 1064 sg; M. Bortolotto, C. Parodi, *Modello organizzativo e reati ambientali: luci e ombre dopo la riforma nel rapporto con il testo unico sull'ambiente*, in *Rivista 231*, 1/2012, p. 51 sg.

44 Provvedimento di portata assai significativa nel panorama degli illeciti ambientali, soprattutto perché introduce, per la prima volta, i reati ambientali all'interno del codice penale (artt. 452 *bis* e seguenti).

45 A. Scarcella, *Responsabilità degli Enti e Modelli Organizzativi ambientali: il recepimento della direttiva 2008/99/CE*, in *Riv. Resp. Amm. Soc. enti*, 2011, IV, p. 55.

46 Ente Nazionale Italiano di Unificazione.

47 La più recente versione (EMAS III), è disciplinata dal Regolamento (CE) n. 1221/2009 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009.

48 Esistono, però, delle parallele motivazioni che inducono ad escludere un pieno parallelismo tra la normativa tecnica antinfortunistica tipica della 18001 (ora 45001), e quella di prevenzione ambientale proposta dalla ISO 14001 o dall'EMAS. Infatti, mentre la prima è strutturata in modo da garantire una omnicomprensiva copertura delle numerose esigenze normative di prevenzione contenute nel D.Lgs. 81/2008, e fornisce, quindi, un elevato grado di sicurezza rispetto

all'affidabilità dell'organizzazione che ne adotti ed applichi correttamente i principi e ottenga la relativa certificazione, la seconda non contiene presidi altrettanto dettagliati e minuziosi. Le normative ambientali paiono essere ancora acerbe, perché non consolidate e sviluppate quanto gli standard internazionali H&S.

49 *L'International Organization for Standardization* rappresenta il più importante ente certificatore di normative tecniche a livello internazionale.

50 Metodo procedurale noto come *Ciclo di Deming*, prevede di articolare il processo di gestione in varie fasi: una prima fase, di pianificazione, consiste nella individuazione dei vari fattori di impatto ambientale derivanti dall'attività d'impresa svolta, identificare le normative di riferimento, definizione degli obiettivi da perseguire e di un programma per conseguirli; una seconda fase, attuativa, diretta alla concreta realizzazione dei programmi definiti; una terza fase, di verifica, volta a controllare l'effettività e l'efficacia delle azioni adottate; un'ultima fase, consistente in un riesame finale.

51 Il testo integrale della norma è reperibile presso il sito ufficiale *eur-lex.europa.eu*.

52 Una interessante analisi in merito a pregi e limiti non solo di EMAS, ma anche di Ecolabel UE è rinvenibile all'interno della "*Relazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio relativa al riesame dell'attuazione del regolamento (CE) n. 1221/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, sull'adesione volontaria delle organizzazioni a un sistema comunitario di ecogestione e audit (EMAS) e del regolamento (CE) n. 66/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, relativo all'Ecolabel UE*", in *eur-lex.europa.eu/ legal-content*.

53 La procedura di rinnovo della registrazione è disciplinata dall'art. 6 del Regolamento n. 122/2009/CE

54 'Come evidenziato da M. Bortolotto, C. Parodi in *Op. Ult. Cit.*, p. 52, "*l'Organismo di Vigilanza [...] dovrà effettuare l'attività di controllo anche sui sistemi di gestione ambientale adottati dalla società, eventualmente procedendo all'audizione dei responsabili, acquisendo report e audit effettuati*".

55 L. Simonetti, *La prevenzione dei reati ambientali attraverso l'adozione di "standard" tecnici ed organizzativi: il rapporto con i sistemi di gestione ambientale conformi alla norma UNI EN ISO 14001 o al regolamento EMAS*, in *www.tuttoambiente.it*.

56 M. Pansarella, *Reati ambientali: il set dei controlli a presidio*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2012.

57 S. Petella, *Ecoreati e responsabilità degli enti. Criticità e prospettive*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 1/2018, p. 320.

58 In tal senso si esprime anche E. M. Mancuso, *I reati ambientali e la responsabilità degli enti*, in *www.giurisprudenzapenale.it,* il quale evidenzia come il sistema di gestione di per sé solo può essere sufficiente a gestire i soli aspetti attinenti alla responsabilità da reato conseguente alla commissione di illeciti da parte di soggetti subordinati ex art. 5 D.lgs. 231/01; diversamente, non possono essere considerati adeguati a soddisfare i requisiti più stringenti imposti dall'art. 6 in relazione alle condotte criminose poste in essere da soggetti "apicali". A tal fine è indispensabile l'adozione di un Modello 231 e dei presidi tipici che lo caratterizzano.

59 M. Chilosi, *231 e ambiente. Spunti operativi e casistica*, in *FiloDiritto*, Bologna, 2013, pp. 146 sg.

60 Si veda, in tal senso, Cass. Pen., sent. n. 51821 del 16.11.2018, la quale rigettava il ricorso proposto da una società in possesso della certificazione ISO 14001:2015, ma priva di un Modello organizzativo *ex* D.Lgs. 231/01.

61 Così M. Pansarella, *Reati ambientali: il set dei controlli a presidio*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, *Op. Cit.*

62 Per una approfondita analisi riguardo la metodologia di coordinamento tra Modello 231 e ISO 14001 e/o EMAS, si veda il documento realizzato da FISE Assombiente, in cooperazione con il GEO Bocconi: *Modelli organizzativi e Sistemi di Gestione Ambientale alla luce dell'estensione del D.lgs. n. 231/2001 ai reati contro l'ambiente*, Edizione 2020, p. 118 e sg.

63 Si vedano, in tal senso: *Le nuove Linee guida Confindustria per la costruzione dei Modelli organizzativi* del 6 dicembre 2014, ove viene auspicato, ai fini del miglioramento dell'efficienza del Modello organizzativo, un coordinamento con la documentazione relativa ai sistemi di gestione ambientale (EMAS o ISO14001); Linee guida elaborate da Assolombarda in collaborazione con la Università Bocconi, *Il Sistema di Gestione ISO 14001 ed EMAS nella prevenzione dei reati ambientali* ex d.lgs. n. 231/2001, in *www.assolombarda.it*.

64 In tal senso: *Osservazioni di Confindustria allo Schema di decreto legislativo di recepimento della Direttiva 2008/99/CE sulla tutela dell'ambiente e della Direttiva 2009/123/CE che modifica la Direttiva 2005/35/CE relativa all'inquinamento provocato dalle navi*, in *www. penalecontemporaneo.it*.

65 Come espressamente prevede l'art. 212, comma 10, del TUA.

66 Normativa recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria.

67 M. Bortolotto, C. Parodi in *Op. Ult. Cit.*, p. 53, "*necessario procedere ad un'armonizzazione dei sistemi di gestione ambientale con l'impianto generale del Modello Organizzativo mantenendo livelli di controllo diversi, ovvero i sistemi Audit e le visite ispettive, propri della ISO 14001 ed EMAS, mentre la vigilanza sui reati previsti dal d.lgs. 121/2011 rimarrà in capo all'Organismo di Vigilanza che effettuerà la propria attività nel rispetto dei principi indicati nel l'art. 6, lett. b), d.lgs. 231/2001*".

68 I principali reati di corruzione erano già ricompresi nel testo originario del D.lgs. 231/01, come previsto dalla legge delega n. 300/2000 e recepito all'interno dell'art. 25 del Decreto stesso. Una successiva riforma, attuata nel contesto della legge anticorruzione del 2012 (l. n. 190/2012), ha ampliato il novero degli illeciti corruttivi posti alla base della responsabilità

della *societas*, che ricomprende ora anche le due fattispecie di induzione indebita *ex* art. 391-*quater* c.p. (confluito nel medesimo art. 25) e di corruzione tra privati ex art. 2635 c.c. (inserito tra i reati societari di cui all'art. 25-*ter*). Per un approfondimento dottrinale sull'impatto della riferma si veda: G. Amato, *Corruzione, induzione illecita e concussione. Gli effetti sulla responsabilità dell'ente*, in *Rivista 231*, 2014, 1, pp. 149 e sg.

69 La UNI ISO 37001:2016, *Sistemi di gestione per la prevenzione della corruzione*, ha lo scopo ben specifico di coadiuvare, tramite interventi strutturali ed organizzativi, gli enti nella mitigazione del rischio corruttivo.

70 La Relazione illustrativa della 37001: *ISO 37001: Anti-Bribery Management System Standard* in *Iso.org*, chiarisce, infatti, che "*The requirements of ISO 37001 are generic and are intended to be applicable to all organizations (or parts of an organization), regardless of type, size and nature of activity, and whether in the public, private or not-for-profit sectors. This includes state-owned enterprises, large organizations, SMEs and non-governmental organizations*".

71 *ISO 37001 Anti-bribery management systems*, *Op. Cit.,* p. 5.

72 Per una disamina approfondita A. Musella, O. Formenti, D. Ielo, *Responsabilità degli enti e disciplina anticorruzione*, in F. Sbisà (a cura di), *La responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01*), Milano, 2017, p. 389 e sg.

73 Diversamente da quanto avviene nel contesto della Legge 190/2012, ove viene adottata una concezione di "corruzione" maggiormente estensiva, tale da ricomprendere l'intero spettro dei contro la PA.

74 In tal senso anche C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo ex D.Lgs. 231/2001)",* in AA VV, *Studi in onore di Mario Romano, Vol. III, Torino, 2011, p. 25*, il quale definisce l'analisi del rischio come una fase "*cognitivo-rappresentativa, funzionale alla percezione del rischio e alla valutazione della sua intensità*".

75 L'art. 6, comma secondo, lett. a) del Decreto pone il necessario requisito per la validità del Modello 231 della preventiva individuazione delle attività nel cui ambito possano essere commessi reati (*risk assessment* o *risk analysis*).

76 Del resto, tanto il D.Lgs. 231/01 quanto le Linee Guida di Confindustria, omettono di imporre un rinnovamento ciclico e/o continuativo della *risk analysis* (anche se i requisiti di continuità del controllo sono garantiti dalla presenza dell'Organismo di Vigilanza), come evidenziato da M. Passarella e C. Pambianco, *UNI ISO 37001:2016 - L'integrazione con i Modelli Organizzativi ex D.Lgs. 231/2001 e con i piani anticorruzione ex lege 190/2012*, in *www.rivista231.it*: "*Di contro, molto spesso è dato constatare che le organizzazioni affrontano un rilevante sforzo iniziale per condurre detta analisi, ma più raramente fanno sì che le stesse diventino un ordinario processo aziendale in grado di rilevare le eventuali modifiche che intercorrono successivamente a seguito di modifiche nell'organizzazione o di tipo normativo. Quelle a cui fino ad oggi abbiamo assistito - quantomeno con riferimento ai modelli 231 - sono state attività di aggiornamento delle c.d. "mappe dei rischi" unicamente con riferimento a nuove fattispecie di reato introdotte progressivamente nel corpo del Decreto, e non vere e proprie revisioni dell'intera analisi. Con la conseguenza che in molti casi, ad esempio, l'analisi relativa ai reati contro la PA risulta ancora oggi essere la stessa effettuata in occasione dell'adozione del modello, magari diversi anni indietro".*

77 Punto 4.5 della Norma UNI ISO 37001:2016.

78 Il punto 6.2 della Norma UNI ISO 37001:2016 esige che del programma d'intervento sia redatta una "informazione documentata.

79 Il testo della legge è liberamente consultabile presso il sito internet *www.legislation.gov.uk*.

80 In tal senso G. Ferguson in *Global corruption: Law, theory & practice*, 2018, p. 154.

81 Così S. Gentle, *The Bribery Act 2010: The Corporate Offence*, 2011, p. 106.

82 Per un'analisi del Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) si rimanda a V. Mongillo, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale. Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale "multilivello" dallo Stato-nazione alla globalizzazione*, Napoli, 2012, p. 355 e sg.

83 *"UK Bribery Act 2010: A 10-Year Anniversary"* in *www.lexology.com* (2020).

84 Anche tale normativa risulta liberamente consultabile *online* all'indirizzo *www.legifrance.gouv.fr*.

85 La portata rivoluzionaria della Legge risiede anche nel fatto che la stessa si pone in antinomia rispetto alle logiche sino a quel momento seguite, nell'Ordinamento Francese, per l'attribuzione della responsabilità da reato alla persona giuridica. Dapprima, veniva sempre seguito l'automatismo statuito ai sensi dell'art. 121-2 c.p., che prevede la sola applicazione del criterio oggettivo nella trasmissione della responsabilità dalla persona fisica all'ente. Tale impostazione escludeva, di fatto, l'applicazione dei *compliance programs*.

86 M. Colacurci, *L'idoneità del modello nel sistema 231, tra difficoltà operative e possibili correttivi*, in *Diritto penale e processo oggi* (Noto, 2015), p. 77.

87 Per alcuni approfondimenti dottrinari in tema di elusione fraudolenta si rimanda a: A. F. Tripodi, *L´elusione fraudolenta Cit.*; D. Amato, *Esonero da responsabilità. Brevi note in tema di elusione fraudolenta del modello*, in *aodv231.it*. Quanto agli arresti giurisprudenziali maggiormente rilevanti, la sentenza della Cass. pen., Sez. V, 18 dicembre 2013 (dep. 30 gennaio 2014), n. 4677, stabilisce che l'elusione fraudolenta costituisca "*un indice rivelatore della validità del modello, nel senso che solo una condotta fraudolenta appare atta a forzarne le misure di sicurezza*". La medesima sentenza ha provveduto a enucleare il concetto di "*elusione fraudolenta*", qualificando la condotta sottesa come "*ingannevole, falsificatrice, obliqua,*

subdola". Invero, La semplice violazione "frontale" della norma costituirebbe un abuso (cioè un uso distorto del potere) e non un inganno (ovvero una condotta fraudolenta). Si veda la Nota alla predetta sentenza di L. Santangelo, *Prevenzione del rischio di commissione di aggiotaggio ed "elusione fraudolenta" del modello organizzativo ai sensi del d.lgs. n. 231/01: un'interessante pronuncia della Corte di Cassazione*, in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*. Una approfondita disamina della vicenda processuale viene altresì svolta da M. Colacurci, *L'idoneità del modello nel sistema 231, Op. Cit.* p. 66 e sg.

88 Tra gli altri A. Spinelli, *Responsabilità degli enti: l'elusione fraudolenta non è una probatio diabolica*, in *Riv. trim dir. pen. ec.*, 3, 2010, 607 sg; G. Camera, *Quando la società non risponde per il fatto dei suoi dirigenti: luci ed ombre di una sentenza coraggiosa*, in *Foro ambr.*, 2010, p. 355 sg.

89 Corte d'Appello di Milano, sez. I., Sentenza del 21.3.12 (Impregilo Spa) in *Le Società*, 2012, p. 1108 s. con osservazioni di M. Scoletta, *Elusione fraudolenta del modello organizzativo e assoluzione dell'ente (per aggiotaggio).*

90 Per una ricostruzione dei primi dieci anni di evoluzione giurisprudenziale si veda G. Fidelbo, *La valutazione del giudice penale sull´idoneità del modello organizzativo*, in *Le Società*, 2011.

91 Corte Costituzionale, 18 luglio 2014, n. 218 in *cortecostituzionale.it.*

92 Cass. Pen., Sez. Un., 18 settembre 2014, (ud. 24/04/2014, dep. 18/09/2014) n. 38343, in *www.dejure.it.* Come si è anticipato al paragrafo 1 con tale pronuncia le Sezioni Unite hanno essenzialmente smentito le ipotesi di incostituzionalità della normativa 231 correlate a possibili profili di indeterminatezza, evidenziando come

93 Cass. Pen., Sez. V, 18 dicembre 2013, n. 4677, in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org.*

94 Così F. D'Arcangelo, *Il sindacato giudiziale sulla idoneità dei modelli organizzativi nella giurisprudenza più recente*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2015, p. 51 e sg.

95 Corte Costituzionale, 18 luglio 2014, n. 218 *Cit.* La Consulta manifesta di condividere l'orientamento della Corte di Cassazione (Sez. V, Sentenza del 5 ottobre 2010, n. 2251/2011) secondo cui il reato che viene realizzato dai vertici dell'ente, ovvero dai suoi dipendenti, rappresenta soltanto uno degli elementi che formano l'illecito da cui deriva la responsabilità dell'ente, che costituisce quindi una "*fattispecie complessa e non si identifichi con il reato commesso dalla persona fisica*".

96 Cass. Pen., Sez. V, 18 dicembre 2013, n. 4677, Cit., in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org.*

97 Così F. D'Arcangelo, *Il sindacato giudiziale sulla idoneità dei modelli organizzativi, Op. Ult. Cit.* p. 60.

98 In tal senso deve essere letta anche la pronuncia della Cass. Pen., Sez. V, 18 dicembre 2013, n. 4677, con la quale gli Ermellini, pur evidenziando validità ed utilità delle Linee Guida delle associazioni di categoria quale paradigma da seguire nella redazione del Modello 231, precisano che ciò "*non vale certo a conferire a tali modelli il crisma della incensurabilità, quasi che il giudice fosse vincolato a una sorta di ipse dixit aziendale e/o ministeriale*".

99 Tale atteggiamento già emergeva dalla pronuncia del G.I.P. di Milano, 8 marzo 2012, secondo cui è "*la libertà di organizzazione dell'attività economica ad impedire che il grado di dettaglio delle previsioni legislative si spinga sino al punto di enucleare distinte tipologie di modelli in funzione di innumerevoli possibilità organizzative e dell'ormai ragguardevole numero di reati iscritto nel catalogo di parte speciale del D.Lgs. 231/01. Chi esercita un'attività economica in forma organizzata è esigibile che sappia come evitare che l'organizzazione sia usata quale strumento di perpetrazione di reati. Non solo: chi esercita un'attività economica in forma organizzata come stabilisce, ed anzi per il fatto in sé di stabilire, in perfetta autonomia, la complessità, il modo d'essere ed il funzionamento dell'organizzazione, con individuazione dei centri decisionali e degli apparati di controllo secondo il flusso delle decisioni e, di ritorno, delle informazioni sui controlli, così è gravato dall'onere di plasmare il modello organizzativo e gestionale adottato sulla concretezza della struttura, riempiendo di contenuti, e perciò contribuendo a disciplinare il tessuto delle norme antireato*".

100 S. Manacorda, *La dinamica dei programmi di compliance aziendale: declino o trasfigurazione del diritto penale dell'economia?* In *Le Società,* 4/2015, p. 473 e sg.; F. D'Arcangelo, *Il sindacato giudiziale sulla idoneità dei modelli organizzativi, Op. Ult. Cit.,* p. 51.

101 Cass. Pen. Sez. Un. Sent. n. 38343/2014 (ThyssenKrupp) Cit.; conformemente: Cass. Pen., Sez. IV, 23 maggio 2018, n. 38363.

102 Cass. Pen., Sez IV, Sent. n. 39741/2019, in *olympus.uniurb.it.*

103 Si veda la interessante rassegna analitica della giurisprudenza svolta dalla Commissione D.Lgs. 231/01, Unione delle Camere Penali, in *camerepenali.it.*

104 In tal senso Cass. Pen. Sez. II, 1ottobre 2009, n. 40749 in *C.E.D. Cass.,* n. 244850.

105 Uff. G.I.P, 8 giugno 2010.

106 Corte d'Assise d'Appello di Torino, 27 maggio 2013.

107 Possono essere rinvenute numerose pronunce che censurano Modelli aventi "*valenza solo formale*" (Trib. Firenze, 15 maggio 2012), viziati da "*assenza di una chiara indicazione di contromisure idonee […] solo apparenti*" (Cass. Pen. Sez. II, 9 febbraio 2016, n. 11209) o ancora munite di "*previsioni preventive solo sulla carta in assenza di alcun tipo di garanzia*" (Cass. Pen. Sez. VI, 12 febbraio 2016, n. 11442). Ancora, a testimonianza della fondamentale importanza della fase di analisi del rischio, la Cassazione ha ritenuto inidoneo il Modello caratterizzato "*dall'inottemperanza da parte dell'ente dell'obbligo di adottare le cautele, organizzative e gestionali, necessarie a prevenire la commissione dei reati previsti tra quelli idonei a fondare*

la responsabilità del soggetto collettivo, dovendo tali accorgimenti essere consacrati in un documento che individua i rischi e delinea le misure atte a contrastarli" (Cass. Pen., Sez. III, (Ud. 24/01/2019) Sent. n. 18842/2019).

108 Cass. Pen., Sez. III, 24 febbraio 2017, n. 9137, in *www.dejure.giuffre.it*.

109 In tal senso, Cass. Pen., Sez. III, 27 maggio 2020, n. 15941, ove vengono ribaditi anche i presupposti di validità della delega di funzioni: "*a) la delega deve essere puntuale ed espressa, con esclusione in capo al delegante di poteri residuali di tipo discrezionale; b) il delegato deve essere tecnicamente idoneo e professionalmente qualificato per lo svolgimento del compito affidatogli; c) il trasferimento delle funzioni delegate deve essere giustificato In base alle dimensioni dell'impresa o, quantomeno, alle esigenze organizzative della stessa; d) la delega deve riguardare non solo le funzioni ma anche i correlativi poteri decisionali e di spesa; e) l'esistenza della delega deve essere giudizialmente provata in modo certo*".

110 Cass. Pen., Sez. IV, Sent. 8 luglio 2019 (ud. 28 maggio 2019) n. 29538, in *rivista231.it*.

111 La sentenza può essere rinvenuta, con nota di F. Odorico, *Profili della cooperazione colposa nelle organizzazioni complesse, concetto di rischio ambientale e necessità di procedimentalizzazione delle misure di sicurezza adottate - Caso Bonatti (G.U.P. di Roma, sent. n. 125/2019)*, in *dpei.it*.

112 Per un interessante approfondimento sul caso qui analizzato, e, più in generale, sulla sicurezza all'estero, si veda G.M. Potenza, *Il caso Bonatti e la carenza di strumenti di "travel and theater risk" per le corporate security italiane*, Roma, 2017, in *reportdifesa.it*.

113 Viene specificato dal G.U.P., che: "è di tutta evidenza come tale carenza sia di estrema rilevanza in quanto solo una "formale procedimentalizzazione" della direttiva avrebbe consentito ai dipendenti coinvolti di essere informati in ordine alla consistenza ed intensità del rischio , di valutare attraverso il loro rappresentante la congruità e adeguatezza delle misure precauzionali adottate e di opporre legittimamente un rifiuto a fronte dell'adozione di modalità di trasferimento diverse da quelle precauzionalmente previste. Ugualmente deve dirsi per il mancato coinvolgimento dell'organo di vigilanza che, come riferito dal suo Presidente, mai fu posto a conoscenza della direttiva e mai ebbe ad effettuare verifiche in relazione al suo rispetto. Tale conclusione risponde, peraltro - contrariamente a quanto sostenuto dalle difese - ad un criterio non meramente formalistico, ma piuttosto sostanzialistico in quanto solo l'adozione della regola di condotta con il sistema di garanzie previste dalla legge ne garantisce, attraverso i meccanismi di controllo e monitoraggio stabiliti, la concreta adeguatezza ed efficacia".

114 G.I.P. Trib. Milano, 17 novembre 2009, I. Spa, est. Manzi.

115 Per un commento alla sentenza si veda T. E. Epidendio, *Il modello organizzativo 231 con efficacia esimente*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n. 4/2010, p. 147 e sg.

116 In tal senso si esprime la Sent. Impregilo, Cass. pen., sez. V, 18.12.2013, n. 4677, *Cit.*

117 Trib. Milano, Sez. VI, 26 giugno 2014 n. 7017, con nota di P. De Martino, *Una sentenza assolutoria in tema di sicurezza sul lavoro e responsabilità degli enti ex D.Lgs. 231/01*, 14 novembre 2014 in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*. La sentenza è altresì analizzata in R. Sabia, I. Salvemme, *Costi e funzioni dei modelli di organizzazione e gestione Costi e funzioni dei modelli di organizzazione e gestione ai sensi del d.lgs. n. 231/2001,* in A. Del vecchio, P. Severino (a cura di), *Tutela degli investimenti tra integrazione dei mercati e concorrenza di ordinamenti*, Bari, 2016, p.456 e sg.

118 Il caso giudiziario aveva ad oggetto l'accertamento della responsabilità della RFI (Rete Ferroviaria Italiana S.p.a.) in correlazione alla morte di alcuni lavoratori a seguito di un incidente sul lavoro. Per la sentenza e relativa nota, si veda A. Orsina, *Il caso "rete ferroviaria italiana s.p.a.": un'esperienza positiva in tema di colpa di organizzazione*, in *Diritto penale contemporaneo,* n, 1/2017, p. 27 e sg.

119 Non sono mancate voci fortemente critiche all'indomani dell'adozione della riforma, con particolare riferimento alla moltiplicazione delle sanzioni. Critici in tal senso, tra gli altri: C. Santoriello, *I reati tributari nella responsabilità da reato degli enti collettivi: ovvero sull'opportunità di configurare la responsabilità amministrativa delle società anche in caso di commissione di reati fiscali,* in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 1, p. 82 sg.; D. Piva, *Reati tributari e responsabilità dell'ente: una riforma nel (ancorché non di) sistema*, in *sistemapenale.it* (contributo destinato alla pubblicazione negli Studi in onore di Antonio Fiorella), il quale evidenzia, in particolare, come i dubbi di costituzionalità della disciplina, con riguardo alla possibile violazione del principio di *ne bis in idem* siano infondati. Tale assunto troverebbe giustificazione negli scopi diversi e complementari perseguiti da vari binari sanzionatori, ove le sanzioni amministrative avrebbero un effetto "deterrente-compensatorio", mentre quelle previste dal Decreto 231 perseguirebbero la punizione del deficit organizzativo, con uno scopo di natura "rieducativa-riparatoria"; in senso analogo P. Ielo, *Reati tributari e responsabilità degli enti*, in *Rivista231.it*, il quale porta ad evidenza gli elementi a favore e contro l'introduzione degli illeciti del D.Lgs. 74/2000 tra i reati base della responsabilità amministrativa degli enti. In particolare, evidenzia e smentisce i vari profili di rischio rappresentati, ad esempio, della moltiplicazione sanzionatoria (tenuto conto anche dei profili sanzionatori correlati a quanto disposto dall'art. 19 D.Lgs. 74/2000), potenzialmente contraria al principio del *ne bis in idem*. Conclude Ielo, in tal senso: "*pare potersi affermare che l'inserimento delle più gravi ipotesi di reati tributari tra i reati presupposto per la responsabilità degli enti da illecito penale sia per un verso privo di serie controindicazioni teoriche, per altro verso la naturale, necessaria sotto alcuni profili, evoluzione di uno strumento sempre più centrale nel diritto penale dell'economia*". Per maggiori approfondimenti

in merito alle problematiche correlate al *ne bis in idem* tributario si vedano: F. Viganò, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, Nota alla sentenza della Corte EDU (grande Camera), sent. 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia, ric. n. 24130/11 e 29758/11, in *hudoc.echr.coe.int*

120 Così ancora D. Piva, *Op. cit.*, il quale palesa un atteggiamento marcatamente critico nei confronti del legislatore del 2001, laddove ha omesso di inserire sin dal principio i reati tributari tra i reati presupposto 231, ricomprendendovi invece fattispecie del tutto estranee all'esercizio delle attività produttive e gestorie (quali ad esempio l'infibulazione o razzismo e xenofobia). Evidenzia, infatti, Piva, che "*la commissione di simili reati attiene a rischi generici, intrinsecamente connaturati allo svolgimento di qualsiasi attività sottoposta ad adempimenti tributari di dichiarazione o di versamento e, dunque, alle modalità di gestione delle relative risorse finanziarie di cui all'art. 6, cpv., lett. c), d.lgs. 231/2001. Rischi, oltretutto, riferiti a un'attività proceduralizzata ex lege in quanto sottoposta a termini, criteri di calcolo, modulistica e tecniche di inoltro standardizzate e rispetto ai quali, pertanto, la prevenzione dipende strutturalmente dalla adeguata articolazione delle competenze in rapporto all'esigenza di tracciabilità e collegialità dei processi decisionali nonché dalla predisposizione ed efficace attuazione di presidi di controllo: il cuore, insomma, di quella colpa di organizzazione su cui si fonda il rimprovero dell'ente*".

121 In tal senso F. D'Arcangelo, *La responsabilità da reato degli enti per i delitti tributari: sintonie e distonie di sistema*, in *Sistema Penale*, 7, p. 167 e sg.

122 Per una ricostruzione esaustiva dell'intervento riformatore si veda la Relazione dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione, *La legge 19 dicembre 2019, n. 157 di conversione del decreto legge 26 ottobre 2019, n. 124, "Disposizioni urgenti in materia fiscale e per esigenze indifferibili": Profili penalistici.*

123 Direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 luglio 2017 relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, in *eur-lex.europa.eu.*

124 In questo senso anche P. Ielo, *Responsabilità degli enti e reati tributari, Cit.*, secondo il quale già pre-riforma, "*un buon modello organizzativo non poteva prescindere dalla considerazione quantomeno dei reati di cui agli artt. 2,3, 8"* del D.Lgs. 74/2000.

125 Regolamento attuativo in materia di rating di legalità.

126 La nuova versione del Regolamento, pubblicata in data 19.10.2020 ed in vigore dal giorno immediatamente successivo, presenta varie novità. Tra le innovazioni più importanti devono essere annotate: l'estensione della portata applicativa dell'istituto; aumento dei requisiti oggettivi e soggettivi per l'ottenimento del rating; la maggior valorizzazione della natura premiale, con l'inclusione tra i soggetti rilevanti anche degli amministratori della società controllante o della società/ente che eserciti attività di direzione e coordinamento sulla società che richiede l'accesso alla procedura di rating; varie semplificazioni.

127 L'elenco completo dei requisiti di accesso alla procedura per l'ottenimento del rating, così come le preclusioni inderogabili all'accesso (con particolare riguardo a quelle dirette agli enti che siano stati destinatari di interdizioni antimafia) sono indicati all'art. 2 del Regolamento stabilito dall'AGCM.

128 Riferito alla singola impresa o al Gruppo di appartenenza.

129 I requisiti ricomprendono una serie di adempimenti organizzativi maggiormente specifici e penetranti, come l'adesione a protocolli antimafia, utilizzo estensivo di sistemi di tracciamento dei pagamenti, iscrizione a white lists ecc. Di particolare interesse sotto il profilo 231 è il requisito di cui alla lettera c): "*adozione di una funzione o struttura organizzativa, anche in outsourcing, che espleti il controllo di conformità delle attività aziendali alle disposizioni normative applicabili all'impresa o di un modello organizzativo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*".

130 Indicazioni anche di ordine pratico, in merito alla presentazione della relativa istanza e della modulistica di riferimento.

131 Caratteristica, questa, di stretta comunanza con il Modello organizzativo 231.

132 Invero, il sistema di controlli predisposto nell'ambito della cooperazione fiscale attribuisce il compito di eseguire i relativi controlli ad una funzione aziendale, con conseguente difetto di alcune caratteristiche fondamentali dell'OdV quali indipendenza ed autonomia rispetto ai vertici societari.

133 Un sistema di "*compliance a struttura variabile*", secondo la definizione fornita da P. Ielo, *Responsabilità degli enti e reati tributari, Cit.*

134 Si veda P. Vernero, *Reati tributari, assessment del modello 231 e test Odv*, in *Rivista231.it.*

135 Tale attività di valutazione del rischio dovrà necessariamente tenere conto dei trascorsi societari nei rapporti con il fisco e l'Agenzia delle entrate (storico delle violazioni ed eventuali sanzioni comminate all'ente). Sarà anche necessario coinvolgere nella ricognizione vari ambiti operativi aziendali, su tutti: area acquisti di beni e/o servizi; area vendite di beni e/o servizi; tenuta delle scritture contabili; presentazione delle dichiarazioni.

136 Schema di disegno di legge di modifica del Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231, Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300, disponibile con commento di M. Vizzardi e L. Santa Maria, *Il progetto di riforma alla "231": che cosa cambia, che cosa manca*, in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org.*

137 Per una ricostruzione delle critiche dottrinali alla proposta di riforma si vedano: G. De Vero, *Il progetto di modifica della responsabilità degli enti tra originarie e nuove aporie*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, n. 10, p. 1137; G.M. Flick, *Le prospettive*

di modifica del d.lgs. n. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti. Un rimedio peggiore del male?, in *Cass. pen.*, 2010, 4036 sg.; F. Mucciarelli, *Una progettata modifica al D.Lgs. n. 231/01: la certificazione del modello come causa di esclusione della responsabilità*, in *Le Soc.,* 2010, 1248 sg.; S. Bartolomucci, *Lo strumento della certificazione e il d.lgs. 231/2001: polisemia ed interessi sottesi nelle diverse prescrizioni normative*, in *Resp. amm. soc. ed enti,* 2011, p. 47 sg., secondo il quale, pur dovendosi rigettare l'idea, proposta dalla riforma, di un automatismo certificatorio, non può essere ignorato il fondamentale contributo dell'adozione di una certificazione in uno specifico ambito preventivo (es. 45001, 14001 ecc.), nell'assolvimento dell'onere probatorio a carico dell'ente nel caso in cui un reato-presupposto sia stato consumato.

138 M. Colacurci, *L'idoneità del modello nel sistema 231*, *Op. Cit.*, p. 79.

139 Cosi S. Manacorda, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 1-2/2017, p. 77.

140 V. Mongillo, *Il giudizio di idoneità del Modello di Organizzazione ex d.lgs. 231/2011*, *Op. Cit.*, p. 72.

141 In tal senso si esprimeva D. Pulitanò, *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 2002, secondo il quale lo scopo ultimo della disciplina risiederebbe nel: "*radicamento di principi etici e corretti sistemi gestionali in tutto il sistema imprenditoriale*".

03 Startup innovative e implementazione del Modello Organizzativo ex d.lgs. n. 231/2001: difficoltà operative e opportunità nel settore degli investimenti in private equity.

di Marika Fardo

Abstract
Sull'onda degli incentivi statali le startup innovative si stanno affermando come una forma di imprenditorialità giovane ed in costante evoluzione. Incluse nel raggio di azione del d.lgs. n. 231/2001, le startup sono chiamate ad implementare un adeguato sistema di prevenzione del rischio-reato e compiere uno sforzo organizzativo non indifferente in termini di impiego di risorse economiche ed umane, con l'accortezza di mantenere una struttura flessibile e dinamica, che non è solo fisiologica per un'impresa di nuova costituzione, ma è anche strategica nel mercato dell'innovazione, caratterizzato da mobilità e rapidità. Allo stesso tempo, la compliance rappresenta uno strumento di attrattività per gli investitori del private equity e in particolare per i Venture Capitalist, disponibili ad immettere risorse in attività che presentano un rischio eccessivo per i mercati di capitale tradizionali.

Innovative startups, in the wake of public support measures, are imposing themselves as a form of young and evolving entrepreneurship. Already included in the range of Legislative Decree n. 231/2001, startups are called to implement compliance programs to prevent criminal risks. So, they have to make a significant organizational effort in terms of economic and human resources, with the care to maintain a flexible structure, which is physiological for a newly established company and strategic in a fast moving innovation market. At the same time, compliance is an attractive tool for private equity investments, especially from Venture Capitalist, which are willing to put resources in too high risk business for the traditional capital market.

Sommario:
1. La crescente affermazione delle startup innovative nel panorama economico italiano. - **2**. Le startup innovative come enti destinatari della disciplina sulla responsabilità amministrativa dipendente da reato. **3.** Difficoltà operative nell'implementazione di un Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo nelle nuove imprese innovative. – **3.1.** La conduzione del risk-assessment. – **3.2.** L'implementazione del Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo: focus sulla prevenzione dei reati di contraffazione e violazione dei brevetti. – **3.3.** L'Organismo di Vigilanza nelle startup innovative. - **4.** Il valore della compliance nel settore degli investimenti in private equity.

1. La crescente affermazione delle startup innovative nel panorama economico italiano.

Il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 (c.d. *Startup Act* Italiano o Decreto Crescita 2.0), con un approccio inedito anche per i paesi OCSE, ha posto le fondamenta per una strategia politico-economica di promozione di una nuova forma di imprenditorialità, sintetizzabile in due parole chiave: giovinezza e innovazione[1].

È stato, così, introdotto il "soggetto giuridico" della nuova impresa o startup innovativa, a cui è stato progressivamente attribuito un arsenale di strumenti *ad hoc* con funzione di sostegno in tutto il ciclo di vita societario – nascita, crescita e consolidamento – oltre che nei rapporti con investitori, incubatori e università, che costituiscono l'ecosistema dell'innovazione[2].
Anche nel contesto dell'emergenza pandemica, il Legislatore, con il d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. Decreto "Rilancio") convertito con legge 17 luglio 2020, n. 77, si è preoccupato di introdurre misure

per il rafforzamento e il supporto delle imprese innovative di nuova costituzione, attraverso – ad esempio – la previsione di contributi a fondo perduto per l'acquisto di servizi strategici, la riserva di una quota del Fondo di Garanzia per le PMI, il rafforzamento degli incentivi agli investimenti in *equity*.

Grazie alla spinta delle agevolazioni statali, negli ultimi anni si è assistito ad un costante incremento di questi nuovi modelli di *business* che, peraltro, hanno acquisito una quota sempre più rilevante del mercato in alcuni settori economici ed, in particolare, quelli dei servizi alle imprese, dell'innovazione e della tecnologia avanzata (bio e nano tecnologie, elettronica, energie rinnovabili, telecomunicazioni, Internet, ecc.): al 30 giugno 2020 il numero di startup innovative iscritte alla pertinente sezione speciale del Registro delle Imprese era pari a 11.496, valore in aumento di 290 unità (+2,6%) rispetto al trimestre precedente gravato dal *lockdown* per il contenimento del Covid-19[3]. I trend demografici, peraltro, segnano una crescita costante della "popolazione", tant'è che la nuova edizione del report di monitoraggio – frutto della collaborazione tra MISE (DG per la Politica Industriale) e InfoCamere, con il supporto del sistema delle Camere di Commercio (Unioncamere) – riscontra un incremento di ulteriori 572 unità (+5,0%) nell'ultimo trimestre, per cui al 30 settembre 2020 il numero di startup innovative iscritte alla sezione speciale del Registro delle Imprese ai sensi del decreto-legge 179/2012 ammontava a 12.068[4].

Eppure, le imprese ad elevato contenuto tecnologico hanno fisiologicamente tempi più lunghi di affermazione sul mercato in considerazione della rischiosità che ne connota l'attività, ragion per cui trovano notoriamente difficoltà ad accedere ai mercati dei capitali tradizionali e ai prestiti bancari nelle prime fasi di vita societaria, nonostante gli incentivi normativi[5].

In questa prospettiva, nel successo delle startup può giocare un ruolo determinante l'intervento di *Venture Capitalist*, disponibili a sostenere investimenti ad alto rischio per l'avvio e sviluppo di imprese ad elevato potenziale di crescita, a fronte della prospettiva di ingenti ritorni dall'investimento[6].

È dunque interessante indagare l'impatto della normativa di cui al d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231 sulle nuove imprese innovative, al fine di comprendere se la *compliance* – pur comportando un costo non indifferente – possa rappresentare un'occasione per attrarre investimenti in *private equity* e divenire quindi un valore di *business*.

2. Le startup innovative come enti destinatari della disciplina sulla responsabilità amministrativa dipendente da reato.

Un primo punto fermo nell'analisi che ci occupa è che le startup innovative rientrano a pieno titolo nel raggio di azione del d.lgs. n. 231/2001, in considerazione dell'attuale formulazione dell'art. 1 del decreto che assoggetta alla normativa sulla responsabilità amministrativa dipendente da reato «*gli enti forniti di personalità giuridica*» oltre che le «*società e associazioni anche prive di personalità giuridica*».

Ebbene, secondo quanto previsto dal d.l. n. 179/2012, sono ammesse all'iscrizione nella Sezione Speciale del Registro delle Imprese dedicata alle startup innovative, le imprese "nuove" o nate da non più di 5 anni, aventi la forma giuridica di una società di capitali, costituita anche in forma cooperativa, non quotate e caratterizzate da tipizzati elementi di innovazione. Dunque, si può agevolmente concludere che le startup innovative sono necessariamente enti forniti di personalità giuridica.

Sul punto è anche interessante rilevare che – secondo le statistiche – le startup innovative sono caratterizzate da compagini sociali più numerose rispetto alle altre società di capitali di nuova costituzione, probabilmente a causa di esigenze connesse alla ripartizione dell'elevato rischio di impresa e al coinvolgimento diretto dei soci nell'attività sociale[7]. Si può, quindi, dedurre che le nuove imprese innovative ricorrano raramente alla forma della S.r.l. unipersonale (c.d. S.r.l. semplificata) ed abbiano effettivamente la natura di ente collettivo, la quale – secondo la giurisprudenza più avveduta – costituisce condizione non scritta per muovere alla persona giuridica il rimprovero di non aver adottato presidi organizzativi di prevenzione del rischio-reato[8].

Utile anche specificare che l'iscrizione nella sezione speciale postula la collocazione in Italia della sede societaria principale o, quantomeno, di una sede produttiva o filiale. Requisito, questo, che rileva per l'attrazione territoriale del d.lgs. n. 231/2001, nella misura in cui espone le startup aventi sede principale all'estero alla potenziale commissione di reati nel territorio dello Stato e assoggetta le startup sedenti in Italia alle sanzioni amministrative dipendenti da reati anche se commessi all'estero (art. 4 d.lgs. n. 231/2001).

Inoltre, l'oggetto sociale e le misure di sostegno previste a favore delle nuove imprese qualificabili come "innovative" fanno sorgere rischi specifici di commissione di una serie di reati inclusi nel novero

delle fattispecie presupposto della responsabilità amministrativa *ex* d.lgs. n. 231/2001[9].
Innanzitutto si deve evidenziare il rischio concreto di interferire con i diritti di privativa industriale di terzi. Basti pensare che, sempre in base al citato d.l. n. 179/2012, le startup innovative devono avere quale oggetto sociale esclusivo o prevalente lo sviluppo, la produzione e la commercializzazione di prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico. Inoltre, tra i requisiti alternativi che la società deve possedere per dimostrare il suo carattere innovativo vi è quello di essere titolare, depositaria o licenziataria di un brevetto registrato[10].
Da questo punto di vista, la società è chiamata a prevenire la commissione dei reati previsti dagli artt. 473, comma 2, e 517*ter* del codice penale[11], i quali puniscono un ampio ventaglio di condotte di violazione del diritto dei brevetti: dalla contraffazione o alterazione di un brevetto (inteso come documento nel quale prende forma l'atto amministrativo di concessione), dall'uso consapevole del brevetto contraffatto, alla violazione dell'esclusiva brevettuale[12] mediante la produzione o l'impiego industriale di beni realizzati usurpando o violando un titolo altrui.
La responsabilità, inoltre, sussiste anche per le ipotesi di mera commercializzazione del prodotto risultato dall'atto di "pirateria commerciale", in quanto l'art. 517-*ter* c.p. punisce l'introduzione nel territorio dello Stato, la detenzione per la vendita e la messa in vendita di beni prodotti da soggetti terzi in violazione di diritti di proprietà industriale.
Il sistema di acquisizione dello *status* giuridico di startup innovativa e dei connessi benefici economici, nonché i controlli sul rispetto e il mantenimento dei requisiti, impongono anche di prestare attenzione al rischio di commissione di delitti contro la Pubblica Amministrazione[13].
Al riguardo vengono per prime in rilievo le fattispecie corruttive (artt. 318, 319, 320 c.p. richiamate dall'art. 25 D.lgs. n. 231/2001) con riferimento ai controlli (iniziali e periodici) di competenza delle Camere di Commercio sulla sussistenza e permanenza dei requisiti – oggetto di autocertificazione – per l'iscrizione all'apposita Sezione Speciale del Registro delle Imprese. Considerando che detta iscrizione (e, quindi, la prova del possesso e del mantenimento dei requisiti) è funzionale all'accesso a benefici di matrice statale (come ad esempio, finanziamenti a tasso zero o contributi a fondo perduto per l'acquisito di servizi strategici da parte di incubatori, *innovation hub*, *business angels*) non si può trascurare inoltre il rischio di commissione del reato di truffa ai danni dello Stato *ex* art. 640, comma 2, c.p., nonché dei delitti di cui agli artt. 316-*ter* e 640-*bis* c.p.[14] quando i benefici consistono in contributi, finanziamenti o erogazioni pubbliche.
A sostegno di tale affermazione può menzionarsi, a mero titolo esemplificativo, la facoltà di ottenere una garanzia sul credito bancario da parte del Fondo di Garanzia per le Piccole e Medie Imprese a copertura dell'80% di ciascuna operazione, per un massimo di 2,5 milioni di euro. La concessione della garanzia è di fatto fondata solo sul possesso della qualifica di startup innovativa, in quanto il Fondo per le PMI non esegue alcuna valutazione del merito creditizio, affidandosi alla due diligence dell'Istituto di Credito. Ora, non si può escludere che l'intervento del Fondo a favore di un'impresa che abbia consapevolmente taciuto la perdita di requisiti previsti dal c.d. *Startup Act* possa assumere rilevanza penale ai sensi dell'art. 316-*ter* c.p.
Anche l'ostacolo alle funzioni di vigilanza *ex* art. 2638 c.c., incluso nel novero dei reati presupposto dall'art. 25-*ter* d.lgs. n. 231/2001, risulta configurabile avuto riguardo all'assoggettamento al controllo di Consob del registro dei portali online autorizzati per la raccolta di capitali tramite campagne di *equity crowdfunding*[15].
Nella panoramica dei rischi-reato a carattere specifico non possono mancare i reati tributari, annoverati tra le fattispecie presupposto della responsabilità amministrativa degli enti dall'art. 25-*quinquesdecies* d.lgs. n. 231/2001 introdotto dalla l. n. 157/2019 e modificato dal d.lgs. n. 75/2020, a cui le startup innovative possono andare incontro in ragione degli sgravi fiscali e delle deroghe normative previste a loro favore.
In questo contesto, viene anche alla mente il possibile uso ai fini criminosi dell'agevolazione fiscale prevista dall'art. 3 d.l. 23 dicembre 2013, n. 145 a fronte di investimenti in attività di ricerca e sviluppo, connaturati all'oggetto sociale delle nuove imprese innovative.
Del resto, uno dei requisiti alternativi per la qualificazione della startup come "innovativa" è il sostentamento di spese in R&S (e innovazione) pari ad almeno il 15% del maggior valore tra fatturato e costo della produzione. Da questo punto di vista, la startup potrebbe avere l'interesse ad attuare una frode fiscale simulando, in concorso con enti di ricerca o società di consulenza compiacenti, l'acquisito di fittizie consulenze in attività di ricerca e sviluppo. Attraverso la registrazione delle false fatture la startup si garantirebbe il superamento della soglia di investimento in R&S necessaria per il mantenimento dei benefici di legge e potrebbe abbattere il valore dell'imposta dovuta, esponendo elementi passivi fittizi nella dichiarazione fiscale

e mettendo in compensazione il credito d'imposta previsto dall'art. 3 del d.l. n. 145/2013.
Un siffatto schema fraudolento esporrebbe la società ad una potenziale contestazione *ex* d.lgs. n. 231/2001 in relazione ai delitti di truffa ai danni dello Stato *ex* art. 640, comma 2, c.p. (integrato dagli artifici funzionali al mantenimento del requisito per la fruizione delle agevolazioni connesse allo *status* di startup innovativa), di dichiarazione fraudolenta mediante l'utilizzo di fatture false *ex* art. 2 d.lgs. n. 74/2000 (integrato dall'utilizzo in dichiarazione, previa registrazione, delle fatture per operazioni inesistenti) e di indebita compensazione *ex* art. 10 *quater*, comma 2, d.lgs. n. 74/2000, nel caso in cui il credito inesistente utilizzato per ridurre l'imposta dovuta sia di importo superiore ai cinquantamila euro[16].
In definitiva, non è ipotesi remota che le startup innovative siano bersaglio di contestazioni di illeciti amministrativi dipendenti da reati, in relazione ai quali la risposta sanzionatoria a carico dell'ente non è così lieve, soprattutto se si considera la potenziale applicazione di sanzioni interdittive, come la sospensione o revoca delle licenze funzionali alla commissione dell'illecito (tra cui i brevetti), l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi, oltre al divieto di contrattare con la pubblica amministrazione. Dette sanzioni, peraltro, quando sussistano gravi indizi della responsabilità dell'ente e sia ravvisabile un pericolo concreto di reiterazione di illeciti della stessa indole, possono essere applicate anche come misure cautelari.
Un simile epilogo – se afflittivo per ogni tipologia di società – potrebbe rivelarsi mortale per l'impresa innovativa di nuova costituzione, la cui crescita e funzionamento nel mercato è in molti casi garantita dall'accesso agli strumenti agevolati previsti dallo *Startup Act,* dallo sfruttamento economico dei diritti di proprietà intellettuale e dal consolidamento di rapporti commerciali e istituzionali con la Pubblica Amministrazione (in particolare, le Università pubbliche).

3. Difficoltà operative nell'implementazione di un Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo nelle nuove imprese innovative.

In esito alle considerazioni appena svolte, non si può che concludere che le nuove imprese innovative abbiano l'onere di implementare un Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo per scongiurare il rischio di contestazioni o condanne ai sensi del d.lgs. n. 231/2001.
Nondimeno, dotarsi di un sistema di *compliance* idoneo a prevenire la commissione dei reati rappresenta per le startup una soluzione impegnativa sotto diversi profili.
Dal punto di vista economico, è sufficiente citare i costi di realizzazione, implementazione ed aggiornamento del Modello, in aggiunta alle risorse economiche da destinare annualmente all'Organismo di Vigilanza, sia in termini di compenso professionale che di *budget* operativo.
Sul piano strutturale, non si può trascurare il possibile appesantimento del sistema gestionale e amministrativo che consegue all'adozione del Modello, che rischia di collidere con la struttura – embrionale e fluida – propria di un'impresa di recente costituzione.
L'implementazione della *compliance* 231 all'interno delle nuove imprese innovative impone, più che mai, un approccio personalizzato e consapevole della necessità di individuare il giusto punto di equilibrio tra l'introduzione di presidi organizzativi e di controllo conformi alle *best practices* e la preservazione della resilienza gestionale che è chiave di successo nel settore, in costante movimento, dell'innovazione.

3.1 La conduzione del Risk Assessment.

L'immaturità e la connessa approssimazione dell'organizzazione societaria hanno indubbi riflessi sulla modalità di conduzione e sugli esiti dell'attività di *risk assessment*, finalizzata all'individuazione delle aree e funzioni aziendali a rischio di commissione di reati presupposto della responsabilità dell'ente, all'analisi dei sistemi di controllo già esistenti e alla conseguente identificazione dei *gap* e dei protocolli necessari a colmarli[17].
In particolare, nella fase di inventariazione delle aree aziendali a rischio, se sarà agevole – come sommariamente si è fatto anche in apertura del presente contributo – individuare le fattispecie di reato rilevanti in ragione della natura e delle caratteristiche dell'attività effettivamente svolta dall'ente, più complessa sarà la definizione e la focalizzazione dei processi ed attività aziendali in concreto esposti al rischio-reato. Parimenti, potrà risultare ardua l'identificazione dei soggetti che presiedono le aree aziendali a rischio, assumendone la relativa responsabilità.
Ciò in quanto, per molte startup, la struttura organizzativa è pressoché assente: non ci sono processi aziendali definiti e separati, non vi è piena corrispondenza tra l'organigramma cartaceo e l'effettiva distribuzione dei compiti e ruoli all'interno dell'azienda, le risorse umane sono molto spesso

limitate ed hanno un approccio trasversale alle attività aziendali orientato alle esigenze quotidiane. Pertanto, la prima fase del *risk assessment* porterà tendenzialmente ad identificare le medesime persone fisiche quali "soggetti-chiave" per una pluralità di attività aziendali a rischio, nonché a far emergere una commistione – inidonea in chiave preventiva – di diversi profili di responsabilità in capo agli stessi soggetti.
Anche la valutazione del sistema dei controlli preventivi già esistente comporterà uno sforzo ricostruttivo di non poco conto, atteso che raramente si rinverranno protocolli e procedure scritte. Il *deficit* documentale, dunque, imporrà di verificare – attraverso la conduzione di interviste – se nelle prassi operative siano riscontrabili "accortezze" abituali che consentano di ritenere raggiunti adeguati livelli di presidio.
Al riguardo, è bene precisare che la valutazione in ottica 231 dei sistemi di controllo vigenti deve essere sempre condotta con una lente adattata alla realtà aziendale di riferimento, tenendo in considerazione che non è fondamentale la coesistenza di tutte le componenti tipiche del sistema di controllo preventivo (controlli di primo, secondo e terzo livello), allorché l'assenza o la debolezza di una componente risulti essere compensata da altri strumenti di prevenzione. Fermo restando, ovviamente, che – anche negli enti di piccole dimensioni – il sistema di controllo potrà considerarsi efficiente alla prevenzione del rischio-reato nella misura in cui non sia aggirabile se non fraudolentemente[18].
Tenendo a mente questo approccio, nei sistemi di controllo preventivo delle startup si dovrà pretendere di identificare, quantomeno nella prassi non scritta, la presenza di controlli di primo livello, sia in forma di autoverifica da parte dell'operatore sia attraverso *check* di altre risorse aziendali, con il ricorso a consulenti esterni per aspetti specialistici, come la gestione fiscale. Più irrealistico, per le piccole realtà, imporre la presenza di strutture tecniche aziendali con competenze specifiche che attuino in modo indipendente controlli di secondo livello o, a fortiori, la presenza della funzione di *Internal Audit* per l'espletamento di controlli di terzo livello.
Con questa consapevolezza si potrà efficacemente concludere la *gap analysis* e, dunque, rilevare quei presidi organizzativi e di controllo fondamentali per ridimensionare i livelli di rischio riscontrati ad una dimensione "accettabile".

3.2 L'implementazione del Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo: focus sulla prevenzione reati di contraffazione e violazione dei brevetti.

Alla luce di quanto appena esposto, il primo passo della costruzione del Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo della startup si concretizzerà molto spesso nella definizione chiara ed univoca dei profili aziendali a cui viene attribuita la gestione e la responsabilità delle attività a rischio di commissione dei reati.
Il "suggerimento" potrà incontrare dissensi del *management* connessi a logiche di accentramento delle decisioni o a timori sulla scarsa disponibilità del personale a disposizione. Tuttavia, la soluzione dovrà essere considerata e prospettata come indispensabile, in ottica di efficacia preventiva del Modello, quantomeno per le aree aziendali in relazione alle quali il *risk assessment* mette in luce maggiori criticità. A tal fine occorrerà costruire un sistema di deleghe e procure che, in base al patrimonio umano a disposizione, garantisca il più possibile la segregazione di ruoli e di responsabilità, nonché la separazione dei compiti tra soggetti che svolgono fasi cruciali di un processo a rischio.
Uno strumento efficace per la startup sarà, altresì, il codice etico con cui la neonata società può dichiarare i principi valoriali a cui si ispirerà l'agire societario, ma anche fissare le linee guida di natura comportamentale a cui devono uniformarsi coloro che operano e opereranno per conto dell'ente. L'efficacia preventiva del codice etico si palesa, per le nuove imprese innovative, in punto di stigmatizzazione di comportamenti suscettibili di assumere rilevanza penale, in relazione ai quali la mancanza di un processo aziendale definito impedisce di intervenire mediante procedure e protocolli *ad hoc*[19].
Occorrerà, poi, formalizzare le prassi operative virtuose eventualmente riscontrate durante la conduzione delle interviste e revisionare o predisporre nuove procedure per i processi a rischio, in modo tale da inserire presidi di controllo (come quadrature, riunioni periodiche, flussi informativi) che non pregiudichino ma, anzi, valorizzino la resilienza gestionale.
Sotto il profilo procedurale, meritano qui approfondimento, per le peculiarità e per la rilevanza nel settore dell'innovazione, le caratteristiche del sistema di controllo preventivo per i reati di contraffazione e violazione dei brevetti.
In primo luogo, le principali aree aziendali a rischio sono quella della Ricerca e sviluppo, in quanto il reato può essere compiuto al momento della progettazione del prodotto, e quella della Produzione, con riferimento alle ipotesi di utilizzo illecito di tecniche e processi produttivi protetti da brevetti di terzi ovvero di produzione - sia effettuata da dipendenti che da terzisti - di beni protetti da

brevetti o altri diritti di proprietà intellettuale con lo scopo di arrecare vantaggio alla società.
In ottica preventiva, quindi, la società dovrebbe implementare processi di *clearance* (ricerca su precedenti depositi di brevetti) onde verificare che la nuova tecnologia, processo, prodotto od opera dell'ingegno che si intenda utilizzare, implementare o produrre non sia coperta da diritti di esclusiva altrui.
Certamente, la vastità delle banche dati e la complessità dei principi espressi nel titolo (si pensi, ad esempio, ai brevetti nel campo della tecnologia avanzata come le biotecnologie o le nanotecnologie) sono tali da rendere molto difficile, oltre che costosa, la verifica circa l'esistenza di titoli facenti capo a terzi.
Infatti, occorre considerare che frequentemente le innovazioni, soprattutto nel settore della tecnologia avanzata, non sono isolate ma sono cumulative: un'innovazione, spesso, apre la via ad altre che la migliorano o la sviluppano. Si tratta in questi casi di valutare se la tecnologia, il prodotto o il processo che la società vuole sviluppare o utilizzare sia effettivamente innovativa – nel senso che apporta miglioramenti reali allo stato della tecnica – ovvero se si traduce in una mera riproposizione in altra forma di un'invenzione già brevettata. Resta inteso che, in quest'ultimo caso, il ricorso all'elemento "nuovo" è subordinato all'acquisto di una licenza di utilizzo della prima innovazione.
Pur nella consapevolezza della delicatezza di una simile valutazione, le procedure interne non dovrebbero impedire alla società di compiere ogni attività a rischio, perché ciò significherebbe frenare eccessivamente il *business*, con l'effetto che la *compliance* diventerebbe un costo eccessivo – in termini di mancato guadagno – rispetto al rischio economico connesso alla violazione. Le procedure, invece, dovrebbero ridimensionare il rischio, di cui una parte necessariamente residuerà, attraverso regole che assicurino che il giudizio circa la rilevanza del brevetto preesistente sia affidato ad un *team* nel quale convergano competenze trasversali composto da funzioni di business e legali interne, coadiuvate da consulenti esterni del settore del diritto industriale che possano comprendere le implicazioni civilistiche e penalistiche sottese alle scelte commerciali.
In sostanza, occorrerà formalizzare delle procedure di *escalation* autorizzativa per l'approvazione di nuovi prodotti che garantiscano, da un lato, lo scambio di informazioni tra le risorse chiamate ad effettuare la valutazione di anteriorità e, dall'altro, la separazione delle funzioni, affinché nessuno possa seguire in autonomia un intero processo.
Laddove, invece, l'impresa si occupi di commercializzazione di prodotti altrui o produzione conto terzi, si dovrà analizzare e razionalizzare il rischio-reato anche del settore delle Vendite e di quello degli Approvvigionamenti, nell'ottica di scongiurare le ipotesi di acquisto di beni da impiegare all'interno del proprio processo produttivo o di prodotti finiti destinati alla vendita da fornitori che non detengono il necessario brevetto, allo scopo di ottenere un risparmio di spesa.
Per tener fede a questo proposito, dovrebbero essere adottati presidi di prevenzione della commissione del reato anzitutto in fase di scelta del fornitore e di trattativa contrattuale, come la definizione di una *vendor list* e di sistemi di selezione dei fornitori che valorizzino i requisiti di professionalità e il possesso di certificazioni e licenze. Peraltro, il controllo non dovrebbe essere limitato alla fase negoziale, ma dovrebbe abbracciare l'intero rapporto commerciale, garantendo il monitoraggio periodico delle terze parti, ad esempio attraverso la richiesta annuale di dichiarazioni di conformità.
Pertanto, è consigliabile la stipula di contratti scritti, anche se spesso rari nell'operatività delle startup, che prevedano clausole recanti misure sanzionatorie per l'ipotesi di accertato compimento di fatti penalmente rilevanti nella compagine della controparte.
Ovviamente questo intento si dovrà soppesare con il debole potere contrattuale che in molti casi le startup detengono nell'ambito delle loro relazioni commerciali, anche in considerazione del fatto che molte di queste sono intrattenute con *partner* istituzionali.

3.3 L'Organismo di Vigilanza nelle startup innovative.

Difficoltà operative nell'implementazione di un Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo vengono incontrate dalle startup anche con riferimento all'istituzione e operatività dell'Organismo di Vigilanza, il cui effettivo funzionamento è un noto requisito per l'efficacia esimente del Modello ai sensi dell'art. 6 D.lgs. n. 231/2001.
Invero, come già specificato, l'organico di una startup sovente non dispone di una persona (né tantomeno di una funzione) con ruolo di monitoraggio del sistema di controllo interno e, all'atto pratico, l'onere di istituire un Organismo di Vigilanza *ad hoc* potrebbe scontrarsi con limiti di sostenibilità economica.
In ragione di ciò, la startup innovativa potrebbe fare ricorso alla facoltà riconosciuta dall'art. 6, comma 4, D.lgs. n. 231/2001 agli «enti di piccole dimensioni» e attribuire la funzione di vigilanza

«direttamente dall'organo dirigente», evitando di irrigidire l'assetto organizzativo e ottenere, al contempo, il risparmio di un costo importante della *compliance* 231.
Sul punto, risulta difficile da negare che le nuove imprese innovative rientrino nel perimetro applicativo della disposizione sopra citata, anche al netto dei dubbi interpretativi che la stessa ha ingenerato all'interno della dottrina a causa della mancata previsione di criteri giuridici e/o economici per l'esatta definizione dell'"ente di piccole dimensioni".
In effetti, sia utilizzando criteri di carattere quantitativo, legati alla variabile del "numero dei dipendenti" e alle "dimensioni economiche" dell'impresa (come ad esempio i parametri utilizzati dalla Raccomandazione 2003/361/CE per la definizione comunitaria di "Piccola e Media Impresa"[20]), sia all'opposto impiegando criteri di tipo organizzativo (fondati sull'articolazione della struttura organizzativa e sulla minore o maggiore complessità del sistema gestionale[21]), sia ancora accedendo ad una soluzione di tipo "misto"[22], si perverrebbe – quantomeno, per l'assoluta maggioranza delle startup – alla conclusione che il soggetto possa essere qualificato come "ente di piccole dimensioni".
Per vero, sotto il profilo organizzativo, si è più volte ribadita l'elementarità che caratterizza l'assetto gestionale delle startup. Per altro verso, prendendo a parametro criteri di carattere dimensionale, basti constatare che secondo l'ultimo report di MISE, Unioncamere e InfoCamere «le startup innovative sono soprattutto micro-imprese, vantando un valore della produzione medio di poco superiore a 201 mila euro», ciò in ragione del «ricambio costante cui è soggetta questa popolazione»[23].
Appurata la tendenziale possibilità per le nuove imprese innovative di accedere alla facoltà di interiorizzare le funzioni di vigilanza sul Modello 231, resta all'ente valutare se la soluzione è in concreto efficace rispetto alla propria realtà aziendale, tenendo a mente che «una simile opzione, in ogni caso, è da percorrere con estrema cautela, attesa la possibilità di sovrapposizioni e conflitto di interessi tra lo stesso soggetto che diventerebbe controllore e controllato, nonché la necessità di garantire, in ogni caso, gli 'autonomi poteri di iniziativa e di controllo' richiesti dalla norma»[24].
Parametro di riferimento per l'anzidetta valutazione non può che essere l'architettura organizzativa, delineata a seguito dell'attività di *risk assessment* o frutto degli interventi correttivi posti in essere in sede di adozione del Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo.
In questa prospettiva, potrebbe avere senso l'attribuzione diretta delle funzioni di vigilanza all'organo dirigente quando è possibile identificare soggetti apicali, diversi dall'organo amministrativo, che siano muniti di deleghe o procure per la gestione di aree aziendali ad elevato rischio di commissione nella realtà di riferimento. Si pensi, ad esempio, al Delegato di Funzioni *ex* art. 16 Testo Unico Sicurezza per le società particolarmente esposte al rischio di infortuni sui luoghi di lavoro ovvero al Responsabile dell'Ufficio Ricerca e Sviluppo munito di capacità di spesa per investimenti in tale ambito.
Resta inteso che l'opzione proposta conserva margini di efficacia nella misura in cui l'organo amministrativo con funzioni di vigilanza mantenga competenza esecutiva solo in aree aziendali che presentano un basso rischio di contestazioni *ex* d.lgs. n. 231/2001 e a condizione che siano introdotti meccanismi di autocontrollo efficaci (come la doppia firma o la verifica da parte di consulenti esterni) sull'operato degli amministratori. In ogni caso, laddove le predette aree vengano attinte dalla commissione di reati, l'ente dovrà mettere in conto le difficoltà probatorie nel dimostrare che l'amministratore abbia posto in essere il fatto eludendo fraudolentemente il Modello organizzativo.
L'attribuzione delle funzioni di vigilanza all'Organo dirigente postula, inoltre, alcune accortezze operative per garantire l'effettività della vigilanza.
Innanzitutto, nella predisposizione del sistema di *whistleblowing* ai sensi dell'art. 6, comma, 2-*bis* D.lgs. n. 231/2001, non si può trascurare il fisiologico conflitto di interessi che si verrebbe a creare laddove l'organo amministrativo – quale O.d.V. – venga ad essere destinatario delle segnalazioni. Lo stallo si genera sotto un duplice profilo: il primo è connesso all'obbligo di garantire la piena riservatezza dell'identità del *whistleblower,* il quale deve essere tutelato da potenziali azioni ritorsive e licenziamenti illegittimi, proprio ad opera della direzione; il secondo è dato dalla necessità che la segnalazione abbia effettivo seguito in un'attività di indagine volta alla verifica della fondatezza quant'anche concerna comportamenti illeciti dell'organo dirigente.
Per ovviare all'ostacolo, sembra cogliere nel segno la proposta di utilizzare una procedura di *whistleblowing* con sistema scalare, nell'ambito della quale il soggetto destinatario delle segnalazioni e deputato a dar corso ai primi controlli sulla loro fondatezza sia un soggetto terzo, quale il collegio sindacale o, ancor meglio, un professionista esperto in diritto penale[25].
Inoltre, il Regolamento interno dell'Organismo di

Vigilanza dovrebbe prescrivere la predeterminazione annuale di un piano di *audit*, nonché la formalizzazione, attraverso la stesura di verbali e annotazioni, di ogni controllo effettuato, con la specificazione dei controlli svolti, dei destinatari e degli esiti dell'*audit*. Parimenti, l'Organo Dirigente dovrà relazionare annualmente all'Assemblea dei soci sull'attività di vigilanza espletata e sullo stato di adeguatezza del sistema di controllo preventivo. La registrazione dell'attività ispettiva, se è raccomandata qualunque sia la composizione dell'Organismo di Vigilanza, risulta fondamentale quando le funzioni di controllo sono attribuite all'organo dirigente, poiché in questo caso la tenuta processuale del Modello sarà subordinata ad uno standard probatorio rafforzato sull'indipendenza ed effettività dell'attività di vigilanza.
Il ricorso alla facoltà di cui all'art. 6, comma 4, d.lgs. n. 231/2001 è sconsigliabile, per la necessaria e completa commistione tra i ruoli di controllore e controllato, alle startup che presentano un assetto organizzativo di tipo verticistico, con poteri gestionali ed esecutivi concentrati nell'amministratore unico o nel consiglio di amministrazione.
Per siffatte realtà, occorrerà dunque identificare una soluzione alternativa che coniughi le esigenze di economicità connaturate ad un'impresa di nuova costituzione con la garanzia che le funzioni di vigilanza vengano svolte in modo autonomo ed efficace.
Un punto di equilibrio, in tal senso, si può trovare mediante l'assegnazione delle funzioni di vigilanza all'organo di controllo interno già presente a seconda della struttura societaria prescelta, vale a dire il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo interno sulla gestione. Del resto, secondo le previsioni del codice civile, tali organi hanno un ruolo analogo – benché non sovrapponibile – rispetto a quello attribuito all'Organismo di Vigilanza *ex* d.lgs. n. 231/2001: invero, nell'ambito del dovere di vigilare «sull'osservanza della legge e dello statuto» nonché «sul rispetto dei principi di corretta amministrazione» rientra il compito di vagliare il comportamento degli amministratori anche sotto il profilo dell'illiceità penale[26]; parimenti, in modo del tutto simile all'O.d.V., l'organo di controllo interno è tenuto a sorvegliare «sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento»[27].
Peraltro, per quanto si possano condividere in astratto le preoccupazioni connesse alla potenziale sovrapposizione di ruolo di controllore e controllato in relazione ai reati per i quali è prospettabile una responsabilità dei sindaci a titolo di concorso omissivo *ex* art. 40, comma 2, c.p.[28], non si può che prendere atto che l'attribuzione delle funzioni di vigilanza all'organo di controllo interno sia facoltà espressamente prevista dalla legge ed, in particolare, dall'art. 6, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 231/2001.
Da ultimo, opzione interessante per le startup innovative, stante l'ordinaria numerosità della compagine societaria, è quella di attribuire le funzioni di vigilanza ad un comitato di soci, a condizione che questi non cumulino la carica di amministratori[29]. Trattasi di soluzione intelligente per le imprese che adottano la forma della società a responsabilità limitata, la cui disciplina legale già prevede un potere ispettivo in capo ai soci esteso ad ogni profilo gestorio che si estrinseca nel diritto informativo sulla conduzione degli affari societari da parte degli amministratori e nel diritto di consultazione e controllo dei libri sociali e della documentazione relativa alla gestione (cfr. art. 2476 c.c.)[30].
Chiaramente, tutte le soluzioni qui proposte, per quanto più economiche rispetto all'istituzione di un Organismo di Vigilanza *ad hoc* composto da professionisti esterni, non sono comunque a "costo zero", anche solo considerando la necessaria dotazione di un *budget* operativo per l'ingaggio di consulenti esterni ai fini della conduzione di verifiche su materie che esulano dalla competenza dei soggetti vigilanti.

4. Il valore della compliance nel settore degli investimenti in private equity.

A fronte della panoramica appena illustrata dei presidi di organizzazione e controllo che *idealmente* una società dovrebbe adottare per prevenire il rischio di condanne ai sensi del D.lgs. n. 231/2001, risulta innegabile che ad un'impresa di nuova costituzione viene richiesto un impegno non indifferente sia in termini di risorse economiche che in termini di risorse umane.
Da questo punto di vista, l'applicazione indiscriminata della responsabilità amministrativa degli enti potrebbe avere ripercussioni controproducenti in termini di disincentivo nell'adozione del Modello organizzativo. Infatti, le startup innovative potrebbero essere indotte ad una valutazione di costi-benefici nell'ambito della quale la probabilità di sanzione viene considerata come un mero rischio di impresa e, dunque, decidere per la "non *compliance*" quando i costi della prevenzione del rischio-reato risultino sproporzionati rispetto ai vantaggi di escludere una potenziale – ma non certa – sanzione amministrativa. Ancora, le startup potrebbero decidere di risparmiare costi rilevanti

predisponendo un sistema preventivo "sulla carta", privo di effettiva operatività, con l'auspicio che tale schermo regga all'accertamento di idoneità ed effettività condotto dal Giudice penale.

Tuttavia, la *compliance* può essere letta come strumento di attrattività per investimenti in *private equity*, in particolare da *Venture Capitalist*, pronti ad immettere risorse in imprese che, per la natura dell'attività o lo stadio di sviluppo, risultano troppo rischiose per i mercati dei capitali tradizionali o dei prestiti bancari[31].

A riprova di quanto appena detto, si deve considerare che, identificata un'opportunità di investimento, nella fase c.d. di *Execution* il *Venture Capitalist* conduce ordinariamente un'attività di *Due Diligence* (legale, finanziaria, di business, etc…) sulla potenziale *target,* a cui segue in caso positivo la negoziazione dell'investimento con i fondatori[32]. La *due diligence* legale avrà ad oggetto anche aspetti connessi ai diritti di proprietà industriale eventualmente già ottenuti o in fase di acquisizione, posto che l'obiettivo dell'investitore è anche di ottenere profitti attraverso l'esercizio esclusivo del diritto sottostante il brevetto sulla nuova scoperta. Parimenti, verrà analizzata in dettaglio la situazione economica, patrimoniale e finanziaria della *target*, oltre la posizione fiscale. Non da ultimo, la *target* dovrà portare a conoscenza dell'investitore la sussistenza di attuali o pregresse contestazioni penali nei confronti di apicali e subordinati, dettagliando l'eventuale rimprovero *ex* d.lgs. n. 231/2001 mosso nei confronti della società e descrivendo lo stato del procedimento, l'oggetto della contestazione e le prospettive di difesa[33].

È chiaro che l'emersione, in sede di *due diligence*, di potenziali violazioni normative latenti – soprattutto di rilevanza penale – se non preclude alla startup ogni possibilità di ottenere l'investimento, quantomeno indebolisce il potere contrattuale dei fondatori.

All'opposto, il possesso del Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo non può che essere un valore aggiunto per la società *target,* quale indicatore di una particolare attenzione all'etica nella gestione societaria e incentivo all'affidamento sul rispetto delle normative settoriali rilevanti per la natura dell'attività espletata. In altri termini, dal punto di vista del *Venture Capitalist* – chiamato a decidere se porre in essere un'operazione che di per sé presenta un elevato rischio operativo ed un elevato rischio finanziario connesso alla riuscita o meno del progetto finanziato – il possesso di un Modello di organizzazione, gestione e controllo coerente con le *best practices,* aggiornato alle ultime novità legislative ed effettivamente attuato mediante appositi protocolli aziendali, rappresenta una garanzia che il buon esito dell'investimento non possa essere pregiudicato quantomeno dalle conseguenze sanzionatorie di contestazioni legate a normative di dettaglio, prese in considerazione dal d.lgs. n. 231/2001.

Sotto altro profilo, in prospettiva prudenziale, occorre indagare la possibilità che il *Venture Capitalist* riceva contestazioni dirette di responsabilità *ex* d.lgs. n. 231/2001 in relazione a violazioni penalmente rilevanti perpetrate nella compagine della startup.

Preliminarmente si deve constatare l'astratta applicabilità della disciplina di cui al d.lgs. n. 231/2001 - alla luce dell'ampia previsione dell'art. 1 del decreto - all'investitore, laddove si tratti di un *Corporate Venture Capitalist*: in tal caso, infatti, l'attività è gestita da un'azienda, tipicamente attraverso una struttura societaria, mediante investimenti diretti nella startup[34] oppure mediante la costituzione di un fondo interno dedicato o di un veicolo *ad hoc*[35]. Peraltro, in Italia, chi vuole utilizzare un fondo di *Venture Capital* per investire in un'attività di rischio deve necessariamente ricorrere alla forma giuridica della società di gestione del risparmio (SGR). Trattasi di una società per azioni a regime speciale costituita secondo le norme del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (c.d. Testo Unico Finanziario) che necessita della preventiva autorizzazione di Banca d'Italia, rilasciata a seguito di una valutazione sull'adeguatezza patrimoniale, strutturale e sulla prudente gestione delle risorse a disposizione.

Inoltre, occorre considerare che l'investimento avviene generalmente mediante l'acquisto di partecipazioni o, in alternativa, mediante l'emissione di strumenti finanziari (anche obbligazionari) forniti di diritti patrimoniali o anche di diritti amministrativi[36].

Ciò premesso, nel fornire riscontro alla questione della potenziale responsabilità del *Venture Capitalist* per reati commessi nell'ambito della *Target*, vengono in soccorso i principi fissati dalla giurisprudenza di legittimità sul tema, differente ma affine, della responsabilità ascendente della società controllante rispetto a reati commessi nel contesto aziendale della controllata.

Ebbene, la Suprema Corte ha affermato che la holding/controllante possa essere ritenuta responsabile in presenza di due condizioni: a) che il reato-presupposto sia stato commesso nell'interesse o vantaggio immediato e diretto, oltre che della controllata, anche della controllante e b) che le persone fisiche collegate in via funzionale alla controllante (c.d. soggetti apicali o c.d. soggetti subordinati) abbiano partecipato alla commissione

del reato presupposto, fornendo un contributo causale rilevante[37].
Sostanzialmente, la Corte di Cassazione ha escluso ogni automatica estensione di responsabilità sulla scorta del mero dato del rapporto di collegamento o controllo societario e ha ribadito la necessità di procedere all'accertamento di tutti i presupposti dell'illecito amministrativo dell'ente (livello apicale o subordinato dell'autore del reato presupposto e interesse o vantaggio per la persona giuridica) anche con riferimento alla società controllante.
Traslando i principi sopra espressi nella materia che ci occupa, si palesano due diverse situazioni, connotate da una minore o maggiore sinergia operativa tra la startup e il *Venture Capitalist*, determinata dagli obiettivi finanziari e strategici sottesi all'investimento[38].
Il primo caso è quello in cui il *Venture Capitalist* persegue obiettivi strategici di tipo "abilitativo" di ampliamento del proprio business mediante attività collaterali oppure intende effettuare un investimento "passivo", motivato dalla sola finalità di avere un ritorno finanziario: queste tipologie di CVC si caratterizzano per una relazione più libera e priva di sinergie operative, nell'ambito della quale l'amministrazione della startup è di esclusivo appannaggio delle risorse aziendali interne alla stessa e il *team* dell'investitore effettua una gestione di tipo indiretto, ossia di mero controllo delle *performance*. In tale ipotesi, la contestazione della responsabilità amministrativa *ex* d.lgs. n. 231/2001 alla società investitrice risulta altamente improbabile, in quanto le scelte di *business* competono esclusivamente alla *target* senza un'ingerenza sostanziale da parte del *Venture Capitalist*.
Quando, invece, il *Venture Capitalist* persegue obiettivi strategici "incrementali" di consolidamento della strategia di *business* attuale e obiettivi finanziari "emergenti" di espansione e consolidamento nel mercato di riferimento, si vengono a creare stretti legami e sinergie operative tra la *Corporate* e la startup. In particolare, i *team* di gestione dell'investitore possono essere chiamati ad un'attività di affiancamento al *management* della *target* finalizzata a promuovere la creazione di valore e la crescita della partecipata. In alcuni (seppur rari) casi, il team di gestione del CVC viene distaccato *in secondment* presso la *target*, con un coinvolgimento più attivo che comporta anche l'assunzione di cariche manageriali[39].
Per quest'ultime ipotesi, il *Venture Capitalist* non può trascurare il rischio di contestazioni *ex* d.lgs. n. 231/2001 dirette, in quanto, in fase di sviluppo di nuove opportunità di *business* per la partecipata, può accadere che soggetti appartenenti alla compagine societaria del CVC (il *team* di gestione) partecipino a scelte commerciali (di utilizzo o meno di una nuova tecnologia, di lancio o meno di un nuovo prodotto, di sostituzione o meno di un fornitore per avere un risparmio nei costi) che celino violazioni penalmente rilevanti.
Laddove ciò accadesse, sarà difficile sostenere che il *Venture Capitalist* non abbia tratto vantaggio dall'illecito che ha generato un'utilità per la startup, dal cui successo imprenditoriale dipende il ritorno dell'investimento.
Nella prospettiva di scongiurare siffatte contestazioni, il *Venture Capitalist* dovrebbe quindi adottare egli stesso un Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo che preveda - tra l'altro - sia controlli preventivi rispetto agli obiettivi di investimento (formalizzando le procedure di *due diligence* legale, con precipuo riferimento alle aree a rischio di contestazioni *ex* d.lgs. n. 231/2001) che controlli periodici sulle partecipate, da effettuarsi a seguito dell'ingresso nella proprietà, soprattutto con riferimento a modifiche rilevanti, come ampliamenti del *business*, l'acquisizione di nuovi brevetti e l'introduzione di nuove tecnologie.
Peraltro, il *Venture Capitalist* – come entità più strutturata – potrebbe supportare la startup (oltre che a livello operativo con la messa a disposizione di competenze manageriali e tecniche) anche nell'implementazione dei presidi di prevenzione del rischio-reato[40]. Lo stesso, infatti, potrebbe sfruttare l'opportunità di replicare il sistema di controllo su una molteplicità di investimenti, così ammortizzando, da un lato, i costi di implementazione e ottenendo, per contro, benefici in termini di efficienza della gestione e controllo sulle partecipate.

1 Il d.l. n. 179/2012, convertito con modificazioni dalla legge 17 dicembre 2012, ha introdotto la disciplina organica delle startup innovative al dichiarato scopo di «*favorire la crescita sostenibile, lo sviluppo tecnologico, la nuova imprenditorialità e l'occupazione, in particolare giovanile, con riguardo alle imprese start-up innovative*».
2 Il d.l. n. 179/2012 (artt. 26-31) e, successivamente, il d.l. 24 gennaio 2015, n. 3 convertito dalla legge 24 marzo 2015, n. 33 hanno predisposto diverse misure finalizzate a facilitare e sostenere le start-up nelle fasi di: a) avviamento dell'attività, come ad esempio la costituzione in modalità digitale, disintermediata e gratuita ovvero l'esonero da diritti camerali e imposta di bollo in sede di iscrizione nella sezione speciale del registro di imprese; b) crescita dell'attività, quali a titolo

esemplificativo l'accesso gratuito e semplificato al fondo di garanzia per le PMI, l'accesso a finanziamenti agevolati e gli incentivi all'investimento nel capitale di rischio; c) il consolidamento della startup anche in caso di insuccesso dell'attività, quali le deroghe alla disciplina societaria ordinaria, la possibilità di remunerare i collaboratori con strumenti di partecipazione al capitale sociale, l'esclusione dalla normativa sulle società di comodo e in perdita sistematica.

3 I dati sono messi a disposizione dal Ministero dello Sviluppo Economico, nel documento *Cruscotto di Indicatori Statistici – Dati nazionali, Report con dati strutturali, Startup innovative, 2^ trimestre 2020*, reperibile al seguente url https://www.mise.gov.it/index.php/it/impresa/competitivita-e-nuove-imprese/start-up-innovative. Dal documento si apprende – senza stupore – che a livello macroeconomico l'impatto delle nuove imprese non è così elevato in quanto, «tra le circa 366mila società di capitali costituite in Italia negli ultimi cinque anni e ancora in stato attivo, il 3,1% risultava registrata come start-up innovativa alla data della rilevazione» D'altra parte, «in alcuni settori economici l'incidenza delle start-up innovative sul totale delle nuove società di capitali appare rilevante»: 37,8% nel settore della fabbricazione dei computer; 39,4% in quello della produzione di software e ben oltre il 68,9% nel settore della ricerca e sviluppo.

4 Cfr. *Cruscotto di Indicatori Statistici – Dati nazionali, Report con dati strutturali, Startup innovative, 3^ trimestre 2020* disponibile al seguente url https://www.mise.gov.it/index.php/it/per-i-media/notizie/it/198-notizie-stampa/2041672-startup-innovative-tutti-i-dati-al-30-settembre-2020.

5 Nel report del 2^ trimestre 2020 del Ministero dello Sviluppo Economico, *Ibid.*, viene dato atto che «nel 2018 permane tra le startup innovative una maggioranza di società in Perdita: oltre il 51,8% (dato di appena quattro centesimi di punto percentuale più basso rispetto alla precedente rilevazione), contro la restante parte (circa il 48,2%) che segnala un utile di esercizio». Il dato viene confermato nel report del 3^ trimestre da cui emerge che «le startup innovative mostrano un'incidenza più elevata della media di società in perdita (oltre il 52,6% contro il 30,8% complessivo). Tuttavia, le società in utile mostrano valori particolarmente positivi in termini di redditività (ROI, ROE) e valore aggiunto. Inoltre, le startup innovative presentano un tasso di immobilizzazioni – uno dei principali indicatori della propensione a investire delle aziende – di circa sette volte più elevato rispetto alle altre aziende comparabili».

6 Forte di tale consapevolezza, il Legislatore emergenziale con il citato Decreto "Rilancio", nel compendio delle misure a sostegno delle nuove imprese innovative, ha assegnato risorse aggiuntive nella misura di 2 milioni di euro per l'anno 2020 al Fondo a sostegno del *Ventur Capital* nell'ottica del sostentamento agli investimenti in capitale. A seguito della registrazione della Corte dei conti, è stato pubblicato in Gazzetta ufficiale (GU Serie Generale n. 288 del 19-11-2020) il decreto attuativo del 1 ottobre firmato dal Ministro dello Sviluppo economico che disciplina le «*modalità di impiego delle risorse aggiuntive conferite al fondo di sostegno al venture capital e finalizzate a sostenere investimenti nel capitale delle start-up innovative e delle piccole e medie imprese innovative*», che prescrive che il valore di ogni singola operazione effettuata dal Fondo non potrà essere superiore a massimo quattro volte l'investimento, nel limite complessivo di 1 milione di euro per singola Startup o PMI innovativa.

7 Nel Cruscotto di Indicatori Statistici del 2^ trimestre 2020, *cit.*, viene dato atto che «*in media ciascuna startup ha 4,7 soci, contro i 2,1 riscontrati tra le altre nuove imprese*». Il dato è confermato dall'ultima edizione del report, aggiornata al 30 settembre 2020.

8 GUP Milano, sentenza 16 luglio 2020, n. 971, con cui è stato dichiarato il non luogo perché il fatto non sussiste nei confronti di una società a responsabilità limitata di tipo semplificato, con socio unico. Nella motivazione, il Giudice specifica che «*viene a mancare* […] *la* ratio *di fondo della normativa sulla responsabilità delle persone giuridiche la quale immagina contegni penalmente devianti tenuti da persone fisiche nell'interesse di strutture organizzate di un certo rilievo di complessità quale centro di imputazioni di rapporti giuridici distinto da chi ha materialmente operato*». La sentenza si pone nel solco dell'orientamento della giurisprudenza di legittimità che esclude l'applicazione del d.lgs. n. 231/2001 alle imprese individuali non in forma societaria [cfr. Cass., Sez. 6, sent. 23 luglio 2012 (ud. 16 maggio 2012), n. 30085, in CED 252995; Cass., Sez. 6, sent. 22 aprile 2004 (ud. 3 marzo 2004), n. 18941, in CED 228832], principio che può ritenersi ormai acquisito in quanto vi è solo una pronuncia isolata di segno opposto [Cass., Sez. 3, sent. 20 aprile 2011 (ud. 15 dicembre 2010) n. 15657, in CED 249320] ribaltata nel 2012. Quanto, invece, all'applicabilità della disciplina sulla responsabilità da reato in capo alla S.r.l. Unipersonale, occorre segnalare che la Suprema Corte ha sinora esposto una tesi positiva sulla scorta della considerazione che essa costituisce un «*soggetto di diritto distinto dal soggetto che ne detiene le quote*» [cfr. Cass., Sez. 6, sent. 25 ottobre 2017 (ud. 25 luglio 2017), n. 49056, in CED 271564].

9 Oltre alla fattispecie a rischio "specifico", qui prese in considerazione perché connaturate allo *status* di startup innovativa, il *risk assessment* funzionale all'adozione del Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo potrà ovviamente far emergere il rischio di commissione di ulteriori categorie di reato, a seconda della tipologia societaria e dell'attività concretamente svolta dall'ente. Il riferimento è, ad esempio, ai reati societari, ai reati di omicidio e lesioni colpose per violazione del Testo Unico in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro e ai reati ambientali, rispettivamente presi in considerazione dagli artt. 25-*ter*, 25-*septies* e 25-*undecies* d.lgs. n. 231/2001.

10 Gli altri requisiti alternativi per acquisire lo *status* giuridico di startup innovativa sono a) il sostentamento di spese in ricerca e sviluppo e innovazione pari ad almeno il 15% del maggior valore tra fatturato e costo della produzione, ovvero b)

l'impiego di personale altamente qualificato, con la presenza di almeno un terzo di dottori di ricerca, dottorandi o ricercatori oppure almeno due terzi di laureati magistrali.

11 I reati di cui all'artt. 473 (rubricato "*Contraffazione, alterazione o uso di marchi o segni distintivi ovvero di brevetti, modelli e disegni*") e 517-*ter* c.p. (rubricato "*Fabbricazione e commercio di beni realizzati usurpando titoli di proprietà industriale*") sono stati introdotti nel novero dei reati presupposto della responsabilità amministrativa degli enti dalla legge 23 luglio 2009, n. 99, la quale ha rispettivamente modificato gli artt. 25-*bis* e 25-*bis*.1. del d.lgs. n. 231/2001.

12 Vale a dire, il bene immateriale rappresentato dall'invenzione industriale che, in forza del brevetto, costituisce oggetto di esclusivo godimento e sfruttamento economico.

13 Nell'analisi del rischio di commissione dei delitti contro la Pubblica Amministrazione non deve essere, altresì, trascurato l'eventuale consolidato rapporto con Università statali, primaria fonte di approvvigionamento di risorse umane per molte startup innovative, considerando che, tra i requisiti alternativi che le startup devono possedere per dimostrare il carattere innovativo vi è l'impiego di personale altamente qualificato, composto da 1/3 di dottori di ricerca, dottorandi o ricercatori ovvero di almeno 2/3 di laureti magistrali. Con le Università, poi, le startup sovente condividono progetti di ricerca, eventualmente attraverso la sottoscrizione di specifiche convenzioni.

14 Tutti inclusi nel novero dei reati presupposto in forza dell'art. 24 d.lgs. n. 231/2001, modificato dalla L. n. 161/2017e dal d.lgs. n. 75/2020.

15 Il Regolamento Consob n. 18592/2013 si occupa di *equity-crowdfunding*. Con il termine *crowdfunding* ci si riferisce al processo con cui più persone conferiscono somme di denaro per finanziare un progetto imprenditoriale o iniziative di diversa tipologia mediante internet, avendo in correspettivo una ricompensa. Si ha "*equity-crowdfunding*" quando il finanziatore ottiene, come contropartita, una partecipazione al capitale dell'ente finanziato.

16 È opportuno, sul punto, specificare che il delitto di indebita compensazione può comportare il rimprovero di responsabilità amministrativa all'ente solo a condizione che sia stato commesso «nell'ambito di sistemi fraudolenti transfrontalieri» e al fine di evadere l'IVA. Pertanto, nell'esempio qui descritto, il rapporto tra la startup e il fornitore o i fornitori delle consulenze fittizie dovrà interessare il territorio di due o più Stati membri ed essere riconducibile ad un'architettura fraudolenta strutturata allo scopo di ottenere indebiti vantaggi dal sistema comune dell'IVA (cfr. Considerando 4, Direttiva UE 2017/1371).

17 Analoghe considerazioni, con riferimento più in generale agli enti di piccole dimensioni, sono svolte da S. Bartolomucci, *Sulla configurabilità del (fantomatico) modello organizzativo* ex *d.lgs. 231/2001 dedicato alla p.m.i.*, in *Rivista231*, 2, 2010, p. 102, secondo cui «le fasi di *Risk assesment* e *Risk management* costituiscono gli ambiti nei quali l'essenzialità della struttura organizzativa e dimensionale dell'ente minore sollecita e giustifica un approccio *low profile*. Dalla Mappatura delle potenzialità dei reati tipici risulteranno matrici limitate nel numero (per tipologia di reato) e nell'articolazione, stante l'elementarietà dell'apparato dei centri di allocazione dei rischi in ragione del ridotto numero di funzioni e processi e degli esponenti aziendali deputati a gestirli».

18 Confindustria, *Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, 2014, p. 35 e ss. che, in relazione alle "piccole imprese" riconosce che «è irrealistico imporre l'utilizzo di tutto il complesso bagaglio di strumenti di controllo a disposizione delle grandi organizzazioni» e specifica che «a seconda della scala dimensionale potranno quindi essere utilizzate soltanto alcune delle componenti di controllo, mentre altre potranno venire esclude (magari perché implicite nel modello aziendale) o essere presenti in termini semplificati».

19 In tal senso, più in generale per gli enti di piccole dimensioni, S. Bartolomucci, *cit.*, p. 102, secondo cui il codice etico può contenere «Direttive non solo di presidio della legalità sostanziale, quanto volte alla fissazione dei contenuti obbligatori dell'agire rispetto alla potenzialità commissiva di quelle *species* di reati-presupposto che non risultino concretamente 'mappabili' e che, nel difetto di specifiche misure special-preventive, rimarrebbero ignorate». La considerazione vale per i «rischi-reato 'atipici' come per es. i delitti contro l'industria e il commercio di cui all'art. 25-*bis* 1., o quelli di ricettazione e riciclaggio *ex* art. 25-*octies*, rispetto ai quali seppur l'ente minore non trovi naturale esposizione, è consigliabile in via prudenziale la fissazione di prescrizioni comportamentali aziendali di carattere generale».

20 I. Rotunno, *Una definizione dimensionale per gli "enti di piccole dimensione"* ex *art. 6, comma 4 d.lgs. 231/2001*, in www.governance231.eu propone il ricorso ai parametri per la definizione comunitaria di "Piccola e Media Impresa" contenuti nella Raccomandazione 2003/361/CE, recepita dall'Italia con il Decreto Ministeriale 18 aprile 2005 di regolazione all'accesso ad aiuti alle attività produttive e, conseguentemente, ammette l'esercizio della facoltà di "internalizzare" le funzione dell'Organismo di Vigilanza per: a) le "microimprese", ovvero quelle che occupano meno di 10 persone e realizzano un fatturato annuo o un totale di bilancio annuo non superiori a 2 milioni di euro, nonché b) le "piccole imprese", ovvero quelle che hanno un numero di dipendenti compreso tra le 10 e 49 unità e realizzano un fatturato annuo o un totale di bilancio annuo non superiori a 10 milioni di euro. L'opzione interpretativa è criticata da S. Bartolomucci, *cit.*, 2, 2010, p. 97 ss. per l'eterogeneità degli scopi tra la norma definitoria delle PMI – deputata a fissare soglie di dimensione economica ai fini dell'accesso alla contribuzione pubblicistica – e l'art. 6, comma 4, D.lgs. n. 231/2001 che attribuisce una facoltà necessariamente connessa all'elementarità dell'assetto organizzativo dell'ente.

21 P. Di Geronimo, *I modelli di organizzazione e gestione per gli enti di piccole dimensioni*, in *Rivista231*, 1, 2008, p. 63 ss., secondo cui «potranno considerarsi enti di piccole dimensioni solo quelli dotati di una struttura organizzativa basata su assetto verticistico e con una limitata delega di funzioni e ripartizioni di competenze in campo gestorio».

22 In tal senso S. Bartolomucci, *cit.*, pp. 97 sgg. che propone l'utilizzo del principio di revisione n. 1005 del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e dei Ragionieri – Commissione paritetica per i principi di revisione il quale combina i seguenti criteri: 1) concentrazione tra proprietà e direzione; 2) fonti di ricavo ridotte, scritture contabili semplificate, sistema di controllo interno ristretto. Anche Confindustria, *Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, nella versione approvata il 7 marzo 2002, proponeva una soluzione di tipo misto, affermando che «*l'ente è da ritenersi di piccole dimensioni, ai sensi dell'art. 6 d.lgs. 231/01 tenendo conto della struttura organizzativa, dell'articolazione territoriale dell'attività e del numero di dipendenti impiegati su base annua. Devono intendersi in ogni caso di piccole dimensioni quegli enti che presentano un numero di dipendenti occupati a tempo pieno durante l'ultimo esercizio annuale, inferiore a 10 unità. Nel caso di impiego di lavoratori a tempo parziale e stagionali, questi ultimi sono computati come frazione di unità lavorativa annuale*». La previsione è stata però espunta con l'aggiornamento del 2014.

23 Cfr. Report del 3^ trimestre 2020, *cit.*, che evidenzia la coerenza dei dati con il fatto che «le imprese '*best-performer*', più consolidate per età e fatturato, tendono progressivamente a perdere lo status di startup innovativa».

24 In questi termini, Cncdec-Abi-Cnf-Confindustria, *Principi consolidati la per redazione dei modelli organizzativi e l'attività dell'organismo di vigilanza e prospettive di revisione del d.lgs. 8 giugno 2011, n. 231*, 2018, p. 36.

25 A. De Nicola – I. Rotunno, *Il* whistleblowing*, position paper AODV*, 18 luglio 2019, p. 21, secondo i quali «la scelta di ricorrere ad un professionista esterno, proprio in ragione dell'estraneità di tale soggetto alle logiche interne della società, sembrerebbe meglio prevenire potenziali situazioni di conflitto di interesse».

26 Doveri attribuiti al collegio sindacale dall'art. 2403 c.c. ed estesi, mediante rinvio formale operato dall'art. 2409-*terdecies* c.c., al consiglio di sorveglianza. Del resto, proprio i poteri di cui all'art. 2403 c.c. costituiscono aggancio normativo della posizione di garanzia dei sindaci e della conseguente responsabilità a titolo di concorso per omesso impedimento di alcune fattispecie commesse dagli amministratori, poiché «l'obbligo di vigilanza non è [...] limitato al mero controllo contabile, ma deve estendersi anche al contenuto della gestione (ai sensi dell'art. 2403 cod. civ., commi 1, 3 e 4; oggi dell'art. 2403 bis cod. civ.), cosicché il controllo sindacale, se non investe in forma diretta le scelte imprenditoriali, non si risolve neppure in una mera verifica contabile limitata alla documentazione messa a disposizione dagli amministratori, ma comprende anche un minimo di riscontro tra la realtà effettiva e la sua rappresentazione contabile» (tra le altre, Cass. Pen. Sez. V, 14 aprile 2016 (ud. 23-02-2016), n. 15639).

27 Doveri attribuiti al collegio sindacale dall'art. 2403 c.c. ed estesi, mediante rinvio formale operato dall'art. 2409-*terdecies* c.c., al consiglio di sorveglianza. Analogamente, il comitato per il controllo interno sulla gestione «vigila sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo e contabile, nonché sulla sua idoneità a rappresentare correttamente i fatti di gestione» ai sensi dell'art. 2409-*octesdecies* c.c.

28 M. Moretti- P. Silvestri, *Titolarità della funzione dell'organismo di vigilanza: opportunità e dubbi applicativi a seguito delle recenti modifiche*, in *Rivista 231*, 2, 2012, pp. 70 e sgg; A. Alessandri, *La "revocazione penalistica" dell'ODV e il suo rapporto con il modello organizzativo,* in Aa. Vv., *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema,* 2010, p. 109.

29 La precisazione è più che mai importante per le startup innovative in cui «è ipotizzabile che i soci siano coinvolti direttamente nell'attività d'impresa», come rilevato da report del Ministero dello Sviluppo economico del 3^ trimestre 2020, *cit.*

30 La soluzione è proposta per gli enti di piccole dimensioni da P. Di Geronimo, *cit.*

31 Secondo AIFI (Associazione Italiana del Private Equity, Venture Capital e Private Debt), *Guida al Corporate Venture Capital,* gennaio 2018, p. 10 «per CVC si intende l'attività di investimento in società ad alto potenziale innovativo e di crescita (ad esempio startup), promossa da aziende medie e grandi direttamente tramite l'investimento in equity o forme partecipative analoghe nelle suddette società o indirettamente tramite l'investimento in veicoli o fondi di investimento (ad esempio fondi di Venture Capital - VC) che condividono la strategia di investimento dell'azienda. L'obiettivo ultimo dell'attività di CVC risiede nel creare opportunità esterne di crescita ed innovazione per l'azienda e, in secondo luogo, generare un ritorno finanziario addizionale derivante dalla gestione, diretta o indiretta, del portafoglio di partecipazioni». Quanto alla differenza tra *Venture Capital* e *Private Equity,* la qualificazione dipende dallo stadio di sviluppo dell'ente destinatario dell'investimento, come specificato da ITA (*Italian Trade Agency*), *Guida sintetica ai Venture Capitalist U.S.A.*, 2016, p. 3, secondo cui «con il termine *venture capital* ci si riferisce al finanziamento dell'avvio di nuove imprese, mentre il *private equity* (PE) comprende le operazioni di investimento realizzate in fasi del ciclo di vita delle aziende successive a quella iniziale». Per un approfondimento sul funzionamento dei fondi di *Venture Capital* e sul loro ruolo nella crescita e sviluppo delle startup innovative, si veda B. Feld – J. Mendelson, *Startup e Venture Capital, Guida ai segreti di un rapporto ad alto potenziale,* Franco Angeli, 2015, che illustra i processi di negoziazione di raccolta di capitali d'investimento.

32 ITA (*Italian Trade Agency*), *cit.*, p.10 specifica che «la due diligence (analisi dei conti) è una fase precedente alla stesura del *term sheet*. Tramite questo processo l'investitore conduce un esame completo su un'azienda prima della firma dell'accordo.

Vengono valutati gli aspetti economico-finanziari, fiscali, legali, ambientali, in aggiunta a potenzialità e rischi di futuri fallimenti», precisando che la *due diligence* – per quanto non obbligatoria – è attività consigliata che garantisce all'investitore il possesso delle informazioni necessarie per valutare l'idoneità dell'investimento.

33 Particolarmente importanti, ai nostri fini, saranno i seguenti aspetti della *due diligence*, individuati da ITA (*Italian Trade Agency*), *cit.* pp. 10 e 11: a) analisi contabile, attraverso la «cosiddetta RPM (*renevenue – profit – margin*), entrate, ricavi e margini (se la startup ha raggiunto questa fase)»; b) Verifica del *balance sheet* che consiste in un'analisi dello stato patrimoniale della startup; c) valutazione delle aspettative, vale a dire «le previsioni di crescita dell'azienda (*growth forecast*) per i successivi 2-3 anni e i fattori che possono interferire con tale crescita (nuovi prodotti, trend del mercato, diritti proprietà intellettuale, joint ventures, etc.)»; d) valutazione dei rischi, sia relativi alla compagnia che al settore specifico, sia commerciali che legali. Ad esempio, si potrebbe definire come rischio, «quello di non essere *eco-friendly*. Costruire una compagnia '*green*' sin dall'inizio è importante per il medio-lungo termine, quando il marchio crescerà sul mercato e rifletterà i valori inziali».

34 Secondo la classificazione AIFI (Associazione Italiana del Private Equity, Venture Capital e Private Debt), *cit.*, p. 11, basata sull'elaborazione di *The British Private Equity & Venture Capital Association* (Bvca), si tratta del Modello di "*Corporate/Direct Investment – Balance Sheet*", che «prevede l'investimento diretto nelle startup da parte dell'azienda, senza la costituzione di un veicolo ad hoc; tale attività viene gestita da un team di risorse aziendali interne».

35 Sempre secondo la classificazione di AIFI (Associazione Italiana del Private Equity, Venture Capital e Private Debt), *cit.*, p. 11, rispondono alla struttura sopra descritta i Modelli dell'"*Internal Dedicated Fund – GP Model*" in cui il fondo «beneficia di un maggior grado di autonomia decisionale e strategica nonostante sia un veicolo totalmente di origine captive. In questo caso, l'attività è svolta da una team composto da una combinazione di risorse provenienti dall'azienda e da fondi di *venture capital*» e il Modello dell'"*External Fund – LP Model*") in cui «l'azienda (...) si configura come uno degli investitori (Limited Partner) e la gestione è affidata a investitori di venture capital esperti, eventualmente affiancati da risorse aziendali per un periodo temporaneo»

36 Cfr. AIFI, *cit.*, p. 18, sulla tipologia di strumenti per gli investimenti di *Corporate Venture Capital*.

37 Così, Cass, Pen. Sez. II, 9 dicembre 2016 (ud. 27 settembre 2016), n. 52316 ha precisato l'impossibilità di imputare alla società controllante la responsabilità per i reati commessi nell'ambito delle società controllate unicamente sulla scorta del dato relativo alla appartenenza della società ad un Gruppo, «non potendosi apoditticamente sostenere che tale appartenenza implichi necessariamente che le scelte compiute dalla controllata perseguano un interesse che trascende quello proprio per coincidere con un interesse più ampio, riferibile, appunto, all'intero raggruppamento di imprese o alla società capogruppo». Nello stesso senso, Cass. Pen., Sez. V, 20 giugno 2011, n. 24583; conf. Cass. Pen., Sez. V. 29 gennaio 2013.

38 La definizione dei rapporti tra *corporate* e startup fondata sulla distinzione degli obiettivi di investimento è stata elaborata da H. Chesbrough, *Making Sense of Corporate Venture Capital,* Harvard Business Review, marzo 2002. In tema di obiettivi degli investimenti in *venture capital,* anche ITA (*Italian Trade Agency*), *cit.,* p. 10, specifica che l'investitore «ha due obiettivi principali: ritorno d'investimento (*return of investment*, ROI) e controllo. Per ritorno d'investimento s'intende il capitale che gli investitori ottengono o dalla vendita della società o da un'offerta pubblica iniziale (IPO), e dai termini che hanno un impatto diretto su questo ritorno. Per controllo ci si riferisce ai meccanismi che permettono agli investitori di influenzare la compagnia o di porre il veto su alcune decisioni aziendali».

39 Cfr. AIFI (Associazione Italiana del Private Equity, Venture Capital e Private Debt), *cit.*, p. 15, sulle modalità di espletamento dell'attività di *Portfolio management* da parte del team di gestione del CVC. Anche ITA (*Italian Trade Agency*), *cit.,* p. 11, afferma che «l'imprenditore deve riflettere attentamente su quale sia il giusto equilibrio tra gli investitori, la società, il fondatore, e la rappresentanza esterna. Nel caso di una startup allo stato iniziale i membri del consiglio sono solitamente cinque e ripartiti in tal modo: fondatore, amministratore delegato (CEO), due investitori (VC) e un membro esterno».

40 Del resto, come riconosciuto da ITA (*Italian Trade Agency*), *cit.*, p. 7, tra i vantaggi di ricevere investimenti in VC, vi è i *Venture Capitalist* «assicurano un'adeguata *corporate governance* (strumenti, regole, relazioni, processi e sistemi aziendali finalizzati ad una corretta ed efficiente gestione dell'impresa, intesa come sistema di compensazione fra gli interessi -potenzialmente divergenti - dei soci di minoranza, dei soci di controllo e degli amministratori di una società) sin dallo stadio iniziale della startup».

04 L'Intelligenza Artificiale come ausilio alla standardizzazione del modello 231: vantaggi "possibili" e rischi "celati".

di Remo Trezza

Abstract
Queste brevi riflessioni vogliono aprire un dibattito intorno all'utilizzo delle variabili algoritmiche come ausilio alla prevenzione dei reati presupposto nella responsabilità penale degli enti ai sensi del d. lgs. n. 231/2001. Il contributo parte dall'idea di fondo secondo cui l'intelligenza artificiale possa essere un buon ausilio per addivenire alla standardizzazione dei modelli 231, specie nella fase prodromica e di commissione del reato, ma non nella fase decisoria, che resta strettamente ancorata alla presenza di un giudice-uomo che accerta e decide. La variabilità algoritmica in sé potrebbe, inoltre, essere utilizzata non solo per giungere ad un modello matematico 231, quanto anche per far venire alla luce indizi di reato nelle aree di maggiore rischio. Le riflessioni, ancora, cercano di indagare sulla possibilità di adottare, attraverso delle procedimentalizzazioni algoritmiche, unitari protocolli e codici di comportamento, le cui eventuali diversità potrebbero essere soltanto giustificate dalla altrettanto diversità delle aree di rischio. Infine, alla luce delle nuove modalità di esercizio dell'impresa, il legislatore dovrebbe valutare l'opportunità di introdurre ulteriori e sempre più diversificati reati all'interno del catalogo già predisposto.

These brief reflections want to open a debate around the use of algorithmic variables as an aid to the prevention of predicate offenses in the criminal liability of entities pursuant to Legislative Decree n. 231/2001. The contribution starts from the basic idea according to which artificial intelligence can be a good aid to reach the standardization of 231 models, especially in the prodromal and commission phase of the crime, but not in the decision-making phase, which remains strictly anchored in the presence of a judge-man who ascertains and decides. Furthermore, the algorithmic variability itself could be used not only to arrive at a mathematical model 231, but also to bring to light indications of crime in the areas of greatest risk. The reflections, again, try to investigate the possibility of adopting, through algorithmic procedures, unitary protocols and codes of conduct, whose possible differences could only be justified by the equally diversity of risk areas. Finally, in light of the new ways of operating the company, the legislator should evaluate the opportunity to introduce further and increasingly diversified crimes within the already prepared catalog.

Sommario
1. Brevissima introduzione. - **2.** Applicazione di software informatici e raggiungimento della "migliore efficienza possibile": il "modello matematico 231". - **3.** Fase prodromica-preventiva, fase patologica, fase accertativa e fase decisoria: quale può essere aiutata dall'Intelligenza artificiale nella responsabilità ex 231?. - **4.** Procedimento algoritmico e aree di rischio: le "variabili di indizio" e la captazione preventiva dei reati presupposto. La conseguente "adozione algoritmica" dei protocolli e dei codici di comportamento. - **5.** Modalità algoritmiche di gestione delle risorse finanziarie: variabili quantitative ex se. Eventuale applicazione delle variabili per la prevenzione dei reati-contratto e in contratto. - **6.** Intelligenza artificiale e "catalogo aperto dei reati presupposto". Brevi conclusioni e aperture di studio.

1. Brevissima introduzione

In un mondo sociale sempre più influenzato dalle nuove tecnologie[1] (*smart contracts*[2], *bitcoin*[3], *blockchain*[4], *driverless car*[5]), e specie da una sua esplicazione, l'intelligenza artificiale[6] (robotica[7], neuroscienze[8]), il diritto non può arretrare nella sua dimensione di "scienza sociale e risolutiva dei problemi ordinamentali", ma farsi carico di queste nuove istanze e propugnare ipotesi, tesi, opinioni e, perché no, prospettare soluzioni, al fine di meglio rendere adattabile il *caos* "sregolato" della tecnologia con il *cosmos* "ordinato" del diritto. Tra le ipotesi che si vogliono mettere in campo, vi è proprio quella dell'utilizzo di sistemi informatici e algoritmici (IA in generale) nella fase di standardizzazione dei modelli 231, così come previsto dalla sua stessa disciplina dettata dall'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001[9], di cui quest'anno ricorrono i 20 anni.

2. Applicazione di *software* informatici e raggiungimento della "migliore efficienza possibile": il "modello matematico 231".

L'esclusione della responsabilità dell'ente, come previsto dall'art. 6, co. 1, cit., è stabilita a favore dell'organo dirigente (art. 5, co. 1, lett. a) qualora si provi che abbia adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione[10] idonei[11] a prevenire reati della specie di quello verificatosi.
Tale assunto può essere indagato, connettendo ad esso la possibilità di applicazione di *software* informatici, al fine di rendere "quanto più efficiente possibile il modello". L'efficienza[12], di cui siamo abituati a parlare nel campo dell'azione amministrativa, rapportato al concetto di efficacia, è un paradigma "quantitativo", ma anche "qualitativo". Come fa il modello ad essere efficiente? Come fa ad essere idoneo?
Le variabili quantistiche da immettere nel sistema informatico, per tale ultimo scopo, potrebbero proprio essere quelle "strumentali al fine da raggiungere": l'efficientismo e l'idoneità del modello per la prevenzione del reato.
È inevitabile, a tal uopo, che il giurista non potrà essere scisso dalla parte esterna e competente, rappresentata dagli esperti del settore, che inevitabilmente lo completa[13]. Vi deve essere una visione interdisciplinare e una "veduta globalistica[14]". Il dialogo tra il giurista e gli altri esperti del settore potrebbe portare ad un facile ponte di comunicazione e a gettare le basi per la risoluzione di un annoso problema, risolventesi nell'adozione di un "modello matematico 231", grazie al quale individuarne le responsabilità sarà senz'altro più semplice.

3. Fase prodromica-preventiva, fase patologica, fase accertativa e fase decisoria: quale può essere aiutata dall'Intelligenza artificiale nella responsabilità ex 231?

L'assunto appena espresso varrà solo per la fase prodromica (evitare la commissione del reato) e anche per la fase patologica (aver commesso un reato), ma non potrà valere per la fase dell'accertamento della responsabilità (procedimento penale e processo penale) e dell'adozione della decisione finale (sentenza di condanna o di assoluzione). Anche qui ci sarebbe da spendere qualche parola in merito alla possibilità, in capo al giudice, di recuperare le informazioni dal *software* su cui fondare la sua decisione finale. Oppure, si potrebbe pensare di sostituire il giudice con un "*software* giudicante" come sta accadendo in tema di decisione robotica[15] e giustizia predittiva[16]? Su questa fase residuano sempre dei dubbi. Uno dei rischi "celati", a tal riguardo, sarebbe proprio quello della mancanza di indipendenza e imparzialità nel giudizio[17], fondati sui *bias*[18] di cui una macchina giudicante è fisiologicamente dotata. Per non parlare, poi, dei *bias* dei *bias*[19], ovvero "i pregiudizi dei pregiudizi" che sono presenti all'interno della macchina in quanto non solo fisiologicamente interni, ma anche in quanto l'uomo "introduttore" dall'esterno, magari errando, ha introitato alla macchina delle variabili sbagliate.
Si è d'accordo, dunque, sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nella fase della prevenzione dei c.d. "reati presupposto[20]", ma non della sua applicazione nella fase dell'accertamento della responsabilità che è e dovrà continuare ad essere di natura umana. La dignità del decidere è corollario della dignità dell'essere[21].

4. Procedimento algoritmico e aree di rischio: le "variabili di indizio" e la captazione preventiva dei reati presupposto. La conseguente "adozione algoritmica" dei protocolli e dei codici di comportamento.

Ulteriore sviluppo dell'argomentazione potrebbe soffermarsi sull'art. 6, co. 2, cit., laddove si fa riferimento alle cc.dd. "aree di rischio[22]". Potrebbe un procedimento algoritmico, con l'immissione al suo interno di variabili "di indizio", captare in maniera automatica quali possano essere le aree di

un ente che siano più a rischio per la perpetrazione dei fatti criminosi?
A tale interrogativo, potrebbe darsi una risposta negativa, quanto positiva. Nella prima direzione, si affermerebbe che ciascun ente è a sé stante e non potrebbero esservi aree di rischio "identiche" tali per cui un algoritmo non sarebbe capace di individuarne le rispettive e specifiche problematiche. Nella seconda direzione, invece, potrebbe affermarsi che mettere insieme tutte le società con il medesimo oggetto sociale nel territorio nazionale e farne uno studio preliminare di rischiosità delle aree porterebbe l'introduttore esterno ad inserire variabili che potrebbero essere condivise universalmente[23].
Dall'immissione di queste ultime variabili, poi, potrebbe discendere anche l'adozione "algoritmica" di protocolli diretti alla programmazione e alla formazione, nonché all'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire (art. 6, co. 2, lett. b). Utilizzare protocolli "unitari[24]", ovviamente fondati sulle peculiarità degli enti che abbiano lo stesso oggetto sociale, porterà ad una velocizzazione della fase prodromica, ma specie della fase di accertamento. Sulla stessa scorta, potrebbe pensarsi ad un'adozione "completa e corretta", perché fondata sulle variabili esterne che saranno immesse nel sistema, dei codici di comportamento[25]. Inoltre, ad ogni violazione del medesimo, immettendo nello stesso delle coordinate specifiche, potrebbero rilevarsi delle "spie", degli "allarmi", capaci di "far intervenire prima che sia troppo tardi". L'intelligenza artificiale, dunque, serve a prevenire più che a reprimere[26]. Potrebbe anche dirsi, in altri termini, che la standardizzazione dei modelli 231 attraverso variabili algoritmiche serve a rendere repentino il controllo per la prevenzione, mentre qualora il reato sia stato commesso e vi è l'accertamento del fatto, il giudice "umano[27]" dovrà, attraverso un giudizio che non potrà mai essere standardizzato[28], attuare la fase della repressione.

5. Modalità algoritmiche di gestione delle risorse finanziarie: variabili quantitative *ex se*. Eventuale applicazione delle variabili per la prevenzione dei reati-contratto e in contratto[29].

L'argomentazione *ut supra* potrebbe essere svolta anche per l'individuazione delle modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati. A tal punto, si può affermare che è la parte più semplice alla quale applicare metodi di intelligenza artificiale, in quanto fondati su numeri quantitativi, laddove non bisogna intervenire con ulteriori valutazioni, che si concretizzerebbero in variabili, quanto piuttosto si tratta di variabili già di per sé matematiche.
Si potrebbe pensare, in ultima analisi, anche di utilizzare l'intelligenza artificiale per contrastare il fenomeno dei reati-contratto e dei reati in contratto[30], per i quali, attraverso le variabili immesse nel sistema algoritmico, potrebbero prevedersi delle spie di allarme per farne scattare immediatamente il controllo a fini preventivi.

6. Intelligenza artificiale e "catalogo aperto dei reati presupposto". Brevi conclusioni e aperture di studio.

In conclusione, non si dimentichi che il catalogo di reati (ormai non più chiuso) potrebbe essere implementato dal legislatore proprio in virtù dell'utilizzo di nuove modalità di "esercizio dell'impresa[31]". Quali reati si celerebbero dietro le *blockchains* per esempio[32]? Il legislatore dovrà prendere coscienza del fatto che tutti i reati presupposto dovranno subire minuziose riforme in virtù delle nuove modalità anzidette. Si pensi solo all'art. 25-*octies* d.lgs. n. 231/2001 in tema di ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, nonché dell'autoriciclaggio[33].
È un tema davvero caldo, che non può non essere indagato, specie in una società del genere che ha imparato a viaggiare più veloce della luce. Il diritto, per tale fine, non può essere impassabile, ma parte attiva del cambiamento, capace di produrre norme serie e coraggiose, complete e sistematiche[34].

1 Da ultimo, vedi U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale Il diritto, i diritti, l'etica*, Giuffrè, 2020. Inoltre, sempre di recente, si veda G. Alpa (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale. Profili generali, soggetti, contratti, responsabilità civile, diritto bancario e finanziario, processo civile*, Pacini giuridica, 2020; E. Calzolaio, *La decisione nel prisma dell'intelligenza artificiale*,

CEDAM, 2020; A. Santosuosso, *Intelligenza artificiale e diritto. Perché le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto*, Mondadori, 2020; G. A. Parini, *Riflessioni sul ricorso all'intelligenza artificiale nelle professioni intellettuali*, in www.comparazionedirittocivile.it, consultabile *online*; V. Guarriello, *Profili civilistici dell'intelligenza artificiale*, in *Salvis Juribus*, 13 maggio 2020, consultabile *online*; M. Cupersito, *Intelligenza artificiale e diritto: profili normativi, etici e politici*, in *Opinio Iuris*, 1 giugno 2020, consultabile *online*; G. Passagnoli, *Ragionamento giuridico e tutele nell'intelligenza artificiale*, in *Persona e Mercato*, n. 3/2019, pp. 79-85; P. Moro, *Intelligenza artificiale e professioni legali. La questione del metodo*, in *Journal of Ethics and Legal Technologies*, n. 1/2019, pp. 24-43;

2 Per un quadro di insieme sulle *blockchains*, si veda, senza pretesa di esaustività, G. Chiap, J. Ranalli, R. Bianchi, *Blockchain. Tecnologia e applicazioni per il business*, Hoepli, in *Business & technology*, 2019; R. Battaglini, M. Giordano, *Blockchain e smart contract. Funzionamento, profili giuridici e internazionali, applicazioni pratiche*, Giuffrè, 2019; S. Comellini, M. Vasapollo, *Blockchain, criptovalute, I.C.O. smart contracts*, Maggioli, in *Collana Legale*, 2019; F. Sarzana, S. Ippolito, M. Nicotra, *Diritto della Blockchain, Intelligenza Artificiale e IoT*, IPSOA, 2018. Un interessante contributo, in tema di autonomia contrattuale e intelligenza artificiale, applicato al requisito essenziale dell'oggetto, proviene da M. D'Ambrosio, *Arbitraggio e determinazione algoritmica dell'oggetto*, ESI, 2020.

3 In tema, si veda R. Razzante, *Bitcoin e criptovalute. Profili fiscali, giuridici e finanziari*, Maggioli editore, 2018; A. Capogna, L. Peraino, S. Perugi, M. Cecili, G. Zborowski, A. Ruffo, *Bitcoin: profili giuridici e comparatistici. Analisi e sviluppi futuri di un fenomeno in evoluzione*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, n. 3/2015, pp. 32-74.

4 M. Faioli, *Con la "blockchain" migliorano politiche del lavoro e previdenza*, in *Il Sole 24 ore*, 17 agosto 2018; Aes Buyer, *Procurement Innovation: dall'intelligenza artificiale alla blockchain nuovi strumenti per l'Ufficio Acquisti*, 14 settembre 2019, consultabile *online*.

5 In merito alle c.d. *driverless car*, vedi L. Burns, *Autonomy: The Quest to Build the Driverless Car - And How It Will Reshape Our World*, HarperCollins Publishers, 2019, in cui l'A. evidenzia: "a fascinating hybrid. Part freewheeling history of the rise of the modern autonomous vehicle, part intimate memoir from an insider who was on the front lines for much of that history, *Autonomy* will more than bring readers up to speed on one of today's most closely watched technologies' Brian Merchant, author of *The One Device. From* the ultimate insider – a former General Motors executive and current advisor to the Google Self-Driving Car project – comes the definitive story of the race between Google, Tesla and Uber to create the driverless car. We stand on the brink of a technological revolution. In the near future, most of us will not own automobiles, but will travel instead in driverless electric vehicles summoned at the touch of an app. We will be liberated from driving, so that the time we spend in cars can be put to more productive use. We will prevent more than 90 percent of car crashes, provide freedom of mobility to the elderly and disabled and decrease our dependence on fossil fuels. Autonomy tells the story of the maverick engineers and computer experts who triggered the revolution. Lawrence Burns – long-time adviser to the Google self-driving car project (now Waymo) and former corporate vice president of research, development and planning at General Motors – provides the perfectly timed history of how we arrived at this point, in a character-driven and vivid account of the unlikely thinkers who accomplished what billion-dollar automakers never dared. Beginning at a 2004 off-road robot race across the Mojave Desert with a million-dollar purse and continuing up to the current stampede to develop driverless technology, Autonomy is a page-turning chronicle of the past, a diagnosis of the present and a prediction of the future – the ultimate guide to understanding the driverless car and to navigating the revolution it has sparked". Vedi, in tal senso, A. Vedaschi, G. M. Noberasco, *Gli auteveicoli a guida autonoma alla prova del diritto*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. speciale, maggio 2019, pp. 769-797; S. Scagliarini, «Smart roads» e «driverless cars»: tra diritto, tecnologie, etica pubblica, Giappichelli, in *Diritto e vulnerabilità. Studi e ricerche del CRID*, 2019; M. Ferrazzano, *Dai veicoli a guida umana alle autonomous car. Aspetti tecnici e giuridici, questioni etiche e prospettive per l'informatica forense*, Giappichelli, in *Informatica giuridica. Ricerca*, 2019.

6 L'intelligenza artificiale è una disciplina recente che negli anni ha fornito un importante contributo al progresso dell'intera informatica. Essa è stata inoltre influenzata da numerose discipline fra le quali la filosofia, la matematica, la psicologia, la cibernetica, le scienze cognitive. L'intelligenza artificiale studia i fondamenti teorici, le metodologie e le tecniche che consentono di progettare sistemi hardware e sistemi di programmi software atti a fornire all'elaboratore elettronico prestazioni che, a un osservatore comune, sembrerebbero essere di pertinenza esclusiva dell'intelligenza umana. Suo scopo non è quello di replicare tale intelligenza, obiettivo che per taluni è addirittura non ammissibile, bensì di riprodurne o emularne alcune funzioni. Non vi è alcun motivo che impedisca a priori che talune (ma non tutte) prestazioni dell'intelligenza umana – per esempio la capacità di risolvere problemi mediante processi inferenziali – possano essere fornite anche da una macchina. Nel caso dell'emulazione, le prestazioni intelligenti sono ottenute utilizzando meccanismi propri della macchina, in modo da fornire prestazioni qualitativamente equivalenti e quantitativamente superiori a quelle umane. Vedi, a tal proposito, F. Amigoni, V. Schiaffonati, M. Somalvico Treccani, *Enciclopedia delle Scienza e della Tecnica*, 2008. Si veda l'interessante analisi effettuata da F. Basile, *Diritto penale e intelligenza artificiale*, in *Giurisprudenza italiana – supplemento 2019*, pp. 67-74, specie p. 71, in cui l'A. indaga sul fenomeno della "deresponsabilizzazione dell'uomo e della responsabilizzazione della macchina", traslando il brocardo latino "*societas delinquere non potest*" in campo tecnologico. L'A., infatti, si interroga su se *machina delinquere potest* e su quale sia il confine tra machina e persona. Inoltre, e questo risulta essere lo spunto molto

rilevante, ci si chiede se il sistema di IA possa essere considerato uno strumento di commissione del reato, quale autore del reato e, addirittura, quale vittima del reato stesso.

7 In tema di *robot* e diritto, vedi, fra tutti, N. Irti, *Il tessitore di Goethe (per la decisione robotica)*, in *Decisione robotica* (a cura di A. Carleo), il Mulino, 2019, pp. 17-22. Inoltre, sempre nella stessa curatela, si veda il contributo di G. Mammone, *Considerazioni introduttive sulla decisione robotica*, pp. 23-30, con ricca bibliografia. L'A., infatti, rimanda ai contributi di G. Canzio, *Il dubbio e la legge*, in www.penalecontemporaneo.it; Cnb (Comitato Nazionale Bioetica) e Cnbbsv (Comitato Nazionale Biosicurezza, Biotecnologie e Scienze della Vita), *Sviluppi della Robitca e della Roboetica*, parere 17 luglio 2017, in www.presidenza.governo.it; D. Di Sabato, *Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 2, 2017, p. 378; M. Faioli, *Con la "blockchain" migliorano politiche del lavoro e previdenza*, in *Il Sole 24 ore*, 17 agosto 2018; D. Falcinelli, *Il dolo in cerca di una direzione penale. Il contributo della scienza robotica ad una teoria delle decisioni umane*, in www.archiviopenale.it; N. Irti, *La crisi della fattispecie*, in *Rivista di diritto processuale*, 1, 2014, p. 36; A. Santosuosso, C. Boscarato, F. Caroleo, *Robot e diritto: una prima ricognizione*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 2012, p. 494; M. Senor, *Come gli algoritmi predittivi cambieranno l'amministrazione della Giustizia*, in www.forumpa.it; P. Serrao D'Aquino, Digito ergo sum: *la tutela giuridica della persona dagli algoritmi*, in www.questionegiustizia.it. Nella medesima curatela, in merito al rapporto intercorrente tra diritto e robotica, si veda, inoltre, A. Carcaterra, Machinae *autonome e decisione robotica*, pp. 33- 61, con bibliografia di carattere comparatistica e internazionale.

8 Sul rapporto tra neuroscienze e diritto, vedi, senza pretesa di esaustività, L. Palazzani, R. Zannotti, *Il diritto nelle neuroscienze. Non «siamo» i nostri cervelli*, Giappichelli, in *Lumsa. Facoltà di giurisprudenza. Sezione ricerca*, 2013; N. Lettieri, S. Faro, E. Fabiani, *Diritto, neuroscienze, scienze della cognizione*, ESI, in *Diritto scienza tecnologia law science*, 2015; A. Santosuosso, *Le neuroscienze e il diritto*, IBIS, in *Studia ghisleriana*, 2009; C. Grandi, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?*, Giappichelli, in *Itinerari di diritto penale*, 2016; O. Di Giovine, *Ripensare il diritto penale attraverso le (neuro-) scienze?*, Giappichelli, in *Itinerari di diritto penale. Sezione saggi*, 2019.

9 Sulla responsabilità penale degli enti, senza pretesa di esaustività, si veda F. Centonze, M. Mantovani, *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, il Mulino, 2016; A. Presutti, A. Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè, 2018; G. De Vero, *Trattato di diritto penale. Vol. 4: La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, 2008; A. Conz, *La tutela penale dell'ambiente. I reati ambientali e la responsabilità «penale» degli enti*, Dike giuridica editore, 2012; Aa. Vv., *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Wolters Kluwer, 2018; L. Fiasconaro, G. Di Trocchio, *Disciplina penale della sicurezza sul lavoro e responsabilità amministrativa degli enti*, EPC editore, 2013; V. Apa, G. caruso, P. Felice, D. Marinelli, *La responsabilità amministrativa degli enti*, Maggioli editore, 2018; G. Lattanzi, *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giuffrè, 2010; S. M. Corso, *Codice della responsabilità «da reato» degli enti annotato con la giurisprudenza*, Giappichelli, 2018; G. Cammaroto, A. Castiello, V. Silvetti, *231 Il codice della responsabilità [amministrativa] penale degli enti*, Key editore, 2018; L. Luparia, L. Marafioti, G. Paolozzi, *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, Giappichelli, 2018; Aa. Vv., *Modello Organizzativo D. Lgs. 231 e Organismo Di Vigilanza*, Eutekne editore, 2019; A. Bassi, T. E. Epidendio, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Giuffrè, 2006; R. Borsari, *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, Padova University Press, 2016; G. Galluccio Mezio, *Diritto e procedura penale degli enti negli USA*, Wolters Kluwer, 2018; L. Fruscione, P. Luca, L. Maccani, B. Santacroce, F. Tosello, *Responsabilità da reato di enti e società*, Il Sole 24 ore, 2011; E. Grassi, S. Grassi, *La responsabilità amministrativa degli enti collettivi e la funzione dei modelli organizzativi, di gestione e di controllo. La responsabilità dell'ente per i reati commessi nel proprio interesse o a proprio vantaggio*, EPC editore, 2010; F. Sbisà, E. Spinelli, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, Wolters Kluwer, 2020; G. Cammaroto, A. Castiello, V. Silvetti, *231 codice della responsabilità (amministrativa) penale degli enti*, Key editore, ed. 2, 2020. In dottrina, ancora, si veda G. De Simone, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d'imputazione*, in www.penalecontemporaneo.it; A. M. Dell'Osso, I. Pellecchia, *Reati tributari e responsabilità degli enti ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001: alcuni profili problematici*, in www.dirittobancario.it; D. Piva, *Concorso di persone e responsabilità dell'ente: vuoti normativi, incertezze giurisprudenziali e prospettive di riforma*, in www.rivista231.it; M. Ascione, *La responsabilità amministrativa degli enti ex d. lgs. 231/01 e l'atteso ingresso dei reati tributari*, in www.lanuovaproceduracivile.it; M. E. Orlandini, *La nuova frontiera della responsabilità degli enti: la Tax Compliance e i reati tributari*, in www.iusinitinere.it. Si veda, in relazione al rapporto intercorrente tra responsabilità dell'ente e COVID-19, il Position Paper di Confindustria, *La responsabilità amministrativa degli enti ai tempi del COVID-19. Prime indicazioni operative. Giugno 2020*, in www.sistemapenale.it.

10 Vedi, da ultimo, L. Luparia Donati, G. Vaciago, *Compliance 231. Modelli organizzativi e OdV tra prassi applicative ed esperienze di settore*, in *Il Sole 24 ore*, 2020. Inoltre, si veda S. Lombardi, *Il modello organizzativo di gestione e controllo e l'organismo di vigilanza ex D.LGS. 231/01*, Wolters Kluwer, 2020. Da un punto di vista squisitamente pratico-giuridico, si consiglia la lettura di A. Alberici, P. Baruffi, M. Ippolito, A. Ritattore Vonwiller, G. Vaciago, *Il modello di organizzazione, gestione e controllo di cui al D.lgs. 231-2001. Profili metodologici e soluzioni operative*, Giuffrè, 2008; C. Monesi, *I modelli organizzativi ex D.Lgs. 231/2001. Etica d'impresa e punibilità degli enti*, Giuffrè, 2005; A. Foti, *Guida operativa per la costruzione e*

gestione del Modello 231. Strumenti pratici per il professionista tecnico integrati con la norma ISO 45001, EPC editore, 2018; D. Fondaroli, C. Zoli, *Modelli organizzativi ai sensi del d. lgs. n. 231/2001 e tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Giappichelli, 2014; Aa. Vv., *I nuovi sistemi di gestione volontari e la loro integrazione con il modello organizzativo 231*, Ars edizioni informatiche, 2014; R. Li Causi, V. Nastasi, *MOG. Modelli di organizzazione e gestione della sicurezza sul lavoro. Con Contenuto digitale per download e accesso on line*, Grafil editore, 2014; S. Cocchini, M. C. Zanconi, R. Zingari, *Modelli organizzativi 231 nelle PMI*, Giuffrè, 2014.

11 Sul punto, si rinvia a M. Colacurci, *L'idoneità del modello nel sistema 231, tra difficoltà operative e possibili correttivi*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 2/2016, pp. 66-79; F. D'Arcangelo, *Il sindacato giudiziale sulla idoneità dei modelli organizzativi nella giurisprudenza più recente*, in www.rivista231.it; V. Mongillo, *Il giudizio di idoneità del Modello di Organizzazione ex d.lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in www.rivista231.it, il quale, in maniera condivisibile, ha specificato che "per agevolare l'adozione di misure di contenimento efficaci rispetto a specifici rischi, si potrebbe far rifermento alla cd. *best practice* a livello nazionale (ma anche internazionale, ove pertinente), la quale rimanda a regole prasseologiche, non scritte ma diffuse nella realtà socio-economica. Le più valide tecniche di prevenzione dei reati possono essere ricavate, ad esempio, attraverso un metodo induttivo, dal basso, selezionando le migliori prassi organizzativo-gestionali seguite dalle imprese nel conformarsi alle esigenze del d.lgs. n. 231/01. L'esigenza di una profonda razionalizzazione del d.lgs. n. 231/01, dopo il primo decennio di vigenza, è sentita come indifferibile tra i giuristi. L'obiettivo da perseguire è il consolidamento, anche attraverso efficaci strumenti di consultazione, coordinamento ed elaborazione, di principi e protocolli standard di prevenzione, diversificati per categorie di reato, settori di attività e livelli di complessità organizzativa, ma – ovviamente – sempre suscettibili di integrazioni di dettaglio e di adeguamento alle singole fattispecie aziendali". Si veda, ancora, D. Granata, *L'imprescindibilità del modello 231 nel controverso sistema delle sanzioni e degli illeciti*, in www.ratioiuris.it, il quale, condivisibilmente, "Il modello 231, inoltre, presenta ulteriori vantaggi, non solo sul piano giuridico. Questi possono essere di tipo economico, strategico e organizzativo. Innanzitutto, da un punto di vista strategico l'adozione del Mog 231 e la sua pubblicazione sul sito dell'azienda accresce sicuramente la fiducia degli *stakeholders*. D'altronde, aumenta l'attrazione di potenziali *shareholders*, perché le odierne logiche di mercato portano l'investitore ad avere fiducia soltanto in aziende potenzialmente "pulite", con un elevato *ranking* di legalità. Da un punto di vista economico, è innegabile come ci siano effetti positivi anche con riguardo ai benefici derivanti dall'immagine dell'azienda. Questo perché si riduce il rischio derivante da danni d'immagine a causa di eventuali sentenze di condanna che, come noto, possono essere anche pubblicate. Ciò avrebbe effetti negativi nei confronti di clientela e investitori. Da un punto di vista organizzativo, un adeguato modello di organizzazione comporta sicuramente la presenza di un *management* trasparente, prodotto del giusto bilanciamento tra poteri e responsabilità all'interno dell'ente, nonché l'eventuale unificazione dei sistemi di gestione". Molto interessante, traslando il modello 231 alla realtà fenomenologica del *coronavirus*, è il contributo di F. Prete, M. Prete, *Modello 231 e impatto Covid-19*, in *Il Sole 24 ore*, 11 settembre 2020, ove si fa la differenza tra rischi diretti e indiretti. Le AA., infatti, si esprimono in tali termini: "Nell'analisi delle nuove dinamiche di rischio è da considerare, *in primis*, l'esposizione al rischio da contagio da Covid-19, connesso alla violazione delle norme antinfortunistiche contenute nel Testo unico in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro (d. lgs. n. 81 del 2008). Il c.d. rischio diretto si configura come un nuovo profilo di rischio biologico, di tal che in presenza di lavoratori contagiati le imprese potrebbero essere chiamate a rispondere ai sensi dell'art. 25-*septies* del d.lgs. 231/2001 per i reati di omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime (artt. 589 e 590 c.p.). In vero, la norma inserita nell'art. 30 del d.lgs. n. 81/2008 prevede l'adozione di modelli che assicurino "un sistema aziendale per l'adempimento di tutti gli obblighi giuridici" ciò potrebbe o dovrebbe comportare la preordinazione di meccanismi di per sé idonei a controllare ed eventualmente tempestivamente assorbire le normative in materia di prevenzione antinfortunistica. Ne consegue come tale rischio, non impattando sui presidi di carattere generale, non comporti il necessario aggiornamento del modello stesso. Solo quando il modello organizzativo individua protocolli e procedure specifiche, sarà sicuramente opportuno aggiornare queste ultime includendo le misure anti-contagio di volta in volta indicate nei provvedimenti emanati in materia. I c.d. rischi indiretti sono, invece, quelli connessi alla commissione di alcune fattispecie di reato non strettamente collegate alla pandemia in corso. Tali rischi sono riconducibili alle nuove modalità organizzative e ai nuovi strumenti di lavoro ai quali, in molti casi, le imprese hanno dovuto ricorrere per fronteggiare le nuove esigenze. In primo luogo, si tratta di reati contro la pubblica amministrazione (corruzione, malversazione, indebita percezione di erogazioni, truffa ai danni dello Stato e truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche *ex* artt. 24 e 25 del Decreto 231) che trovano, in generale, terreno fertile nell'incremento dei rapporti tra imprese ed enti pubblici". Sarebbe, dunque, possibile applicare un algoritmo anche per captare preventivamente questi rischi. Si veda, ancora, F. Sbisà, M. Fonsmorti, *Whistleblowing nel privato: aumentano i requisiti di idoneità dei modelli organizzativi ex 231/01*, in *il Quotidiano giuridico*, 18 gennaio 2018.

12 Sul rapporto tra efficienza ed efficacia, che, in termini proporzionali, risultano essere proiettati alla razionalizzazione delle risorse e al raggiungimento dell'obiettivo, specie nel campo della P.A., si veda M. Gianni, *AI, cos'è l'intelligenza artificiale e come può aiutare le imprese*, in *DigitalL4*, 18 gennaio 2019. Si veda il n. 309 di Questioni di economia e finanza, *occasional paper*, messo a disposizione dalla Banca d'Italia secondo il quale: "da un lato, accrescendo l'efficienza dei processi interni alla PA, l'informatizzazione aumenta la produttività del settore pubblico e genera risparmi di spesa liberando risorse da

destinare ad usi produttivi alternativi; dall'altro, migliorando l'offerta dei servizi pubblici a cittadini e imprese, essa sostiene la produttività del settore privato". Tuttavia, "le evidenze disponibili indicano come lo sviluppo dell'*e-gov* in Italia sia ancora insoddisfacente, con una quota preponderante di cittadini e una, non trascurabile, di imprese che usualmente interagiscono con la PA tramite contatto diretto allo sportello. Le analisi svolte hanno evidenziato, specie nel caso dei cittadini, carenze dal lato della domanda dei servizi on-line legate a una scarsa cultura digitale e a una bassa propensione all'utilizzo della rete in generale…in base ai dati rilevati, l'utilizzo dell'ICT da parte della pubblica amministrazione italiana sembra essersi orientato prevalentemente alla ricerca di miglioramenti nell'efficienza dei processi interni e molto meno all'informatizzazione dell'erogazione di servizi a cittadini e imprese. Un'ulteriore caratteristica del processo di digitalizzazione è che esso è avvenuto con velocità diverse, producendo un assetto che si potrebbe definire a macchia di leopardo". R. V. Roman, *Intelligenza artificiale e R per il miglioramento dei processi aziendali*, in *techedge*, 24 luglio 2019; A. Frollà, *PA in ritardo sulla formazione: l'efficienza oscura l'innovazione*, in *La Repubblica*, 23 maggio 2018; M. Iaselli, *La Pubblica Amministrazione Digitale*, ed. Simone, 2011, in cui l'A. afferma che "con il codice dell'amministrazione digitale si è dato un impulso decisivo all'importante processo di informatizzazione e digitalizzazione della pubblica amministrazione avviato anni fa ma mai portato a termine. Siamo, ora, in una fase importante del processo, fase che vede come attori principali gli enti locali coinvolti nei progetti di innovazione avviati. Si tratta di progetti che mirano alla realizzazione di servizi per cittadini e imprese e di servizi infrastrutturali in tutti i territori regionali. Il protocollo informatico, la firma elettronica, la posta elettronica certificata e l'archiviazione digitale rappresentano, ormai, realtà concrete dal punto di vista tanto tecnico quanto giuridico e sono fondamentali per realizzare una pubblica amministrazione digitale al passo con i tempi. Solo tramite questi strumenti si potranno, infatti, ottenere i vantaggi tipici di qualsiasi processo di informatizzazione e, cioè, una maggiore efficienza, efficacia, economicità e trasparenza dell'azione amministrativa. Per raggiungere questi obiettivi è necessario disporre di mezzi sufficienti e, principalmente, di operatori competenti che conoscano il funzionamento di questi strumenti". Vedi, fra tanti, anche G. A. De Biase, A. Ruberto, *La digitalizzazione della pubblica amministrazione. Il fascicolo sanitario elettronico*, Pellegrini, 2014; D. Crocco, *Appunti in tema di corruzione ed inefficienza amministrativa tra "diritto" pubblico economico e diritto penale*, in *Istituzioni Diritto Economia*, I, n. 1/2017, pp. 3-20; D. Luongo, *La corruzione tra forme giuridiche e visioni del potere*, in *Istituzioni Diritto Economia*, I, n. 1/2017, pp. 21-120; G. Neri, *La fenomenologia corruttiva: un'analisi criminologica*, in *Istituzioni Diritto Economia*, I, n. 1/2017, pp. 121-132; R. Capunzo, *Brevi note in tema di corruzione, efficienza e trasparenza della Pubblica Amministrazione*, in *Istituzioni Diritto Economia*, I, n. 1/2017, pp. 133-144; G. Veccia, *Fenomeni corruttivi e danno erariale. Spunti di riflessione*, in *Istituzioni Diritto Economia*, I, n. 1/2017, pp. 145-164. Interessante, per certi versi, è anche il contributo di A. Rotondo, *Prevenzione e contrasto della minaccia informatica in Europa: note a margine del Regolamento (UE) 2019/881*, in *Tecnologie e Diritto*, n. 1/2020, pp. 195-208.

13 Si consenta rinviare a R. Trezza, *"I "valori giuridici" possono mai trasformarsi in "variabili algoritmiche"? Brevi osservazioni su giurimetria, algo-crazia e algor-etica"*, in www.intelligenzartificiale.unisal.it, ove si mette in evidenza che "Il diritto sta indagando molto, specie in questi ultimi anni, soprattutto dopo l'adozione delle linee guida e degli orientamenti sulla robotica e sulla responsabilità giuridica degli automi emanati in sede europea, il rapporto intercorrente tra l'ordinamento giuridico, intriso di valori fondanti che ne hanno dato la forma e continuano ad esserne la sua "argilla plasmante", e l'ordinamento c.d. "elettronico", fondato su variabili algoritmiche di natura informatica che ne escludono la portata "trasparente ed egualitaria". Con tal ultimo concetto si vuole intendere che la macchina, funzionante attraverso un "deus" esterno – di per sé l'*homo informaticus* – che ne immette dei contenuti, che per ciò stesso possono essere definiti "eteroimmessi", non garantisce il rispetto di valori giuridici – posti, invece, dall'*homo juridicus* – tra cui il valore della trasparenza delle decisioni e del supremo assioma costituzionale dell'uguaglianza (art. 3 Cost.). Un riscontro fattuale è rinvenibile – in una visione quanto mai comparatistica – nel noto caso Compass, laddove un giudice *robot* emetteva decisioni giudiziali automatizzate nella possibilità che potesse essere due volte più probabile che gli uomini di colore commettessero reato rispetto ai bianchi. Ci si chiede, a tal uopo, se la macchina giudicante abbia conoscenza del "valore giuridico ontologico" della parità di trattamento (*rectius* principio di uguaglianza formale e sostanziale), previsto non solo dall'art. 3 della Costituzione, quanto anche – facendo parte di un sistema di "monismo ordinamentale" – tra le fonti più note, dagli artt. 20 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dall'art. 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU)". Si veda, inoltre, G. Dalia, *L'esperienza italiana nella lotta alla corruzione: prevenzione, sanzione penale, contrasto processuale e performance*, in *Iura and Legal systems*, n. 4/2019, pp. 1-31, specie a p. 27-31.

14 R. Trezza, *"I "valori giuridici" possono mai trasformarsi in "variabili algoritmiche"?*, cit.; G. Dalia, *L'esperienza italiana nella lotta alla corruzione*, cit.

15 In tema di decisione robotica e giustizia predittiva, la letteratura è davvero molto vasta. Si veda N. Irti, *Il tessitore di Goethe (per la decisione robotica)*, in *Decisione robotica* (a cura di A. Carleo), il Mulino, 2019, pp. 17-22. Inoltre, sempre nella stessa curatela, si veda il contributo di G. Mammone, *Considerazioni introduttive sulla decisione robotica*, pp. 23-30, con ricca bibliografia. L'A., infatti, rimanda ai contributi di G. Canzio, *Il dubbio e la legge*, in www.penalecontemporaneo.it; CNB (Comitato Nazionale Bioetica) e CNBBSV (Comitato Nazionale Biosicurezza, Biotecnologie e Scienze della Vita), *Sviluppi della Robitca e della Roboetica*, parere 17 luglio 2017, in www.presidenza.governo.it; D. Di Sabato, *Gli snart contracts: robot che*

gestiscono il rischio contrattuale, in *Contratto e impresa*, n. 2/2017, p. 378; M. Faioli, *Con la "blockchain" migliorano politiche del lavoro e previdenza*, in *Il Sole 24 ore*, 17 agosto 2018; D. Falcinelli, *Il dolo in cerca di una direzione penale. Il contributo della scienza robotica ad una teoria delle decisioni umane*, in www.archiviopenale.it; N. Irti, *La crisi della fattispecie*, in *Rivista di diritto processuale*, n. 1/2014, p. 36; A. Santosuosso, C. Boscarato, F. Caroleo, *Robot e diritto: una prima ricognizione*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 2012, p. 494; M. Senor, *Come gli algoritmi predittivi cambieranno l'amministrazione della Giustizia*, in www.forumpa.it; P. Serrao D'Aquino, *Digito ergo sum: la tutela giuridica della persona dagli algoritmi*, in www.questionegiustizia.it. Nella medesima curatela, in merito al rapporto intercorrente tra diritto e robotica, si veda, inoltre, A. Carcaterra, *Machinae autonome e decisione robotica*, pp. 33- 61, con bibliografia di carattere comparatistica e internazionale. Vedi M. Luciani, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Decisione robotica* (a cura di A. Carleo), il Mulino, 2019, pp. 63-96. Vedi, D. De Kerckhove, *La decisione datacratica*, in *Decisione robotica* (a cura di A. Carleo), il Mulino, 2019, pp. 97-110. Vedi A. Carleo, *Sugli algoritmi nel contratto? per ridurre il contenzioso?*, in *Decisione robotica* (a cura di A. Carleo), il Mulino, 2019, pp. 203-214. Vedi C. Mottura, *Decisione robotica e mercati finanziari. Contrattazione algoritmica, nuovi abusi di mercato, algoritmi di controllo (degli algoritmi)*, in *Decisione robotica* (a cura di A. Carleo), il Mulino, 2019, pp. 265-290; G. Gitti, *La decisione robotica negoziale*, in *Decisione robotica* (a cura di A. Carleo), il Mulino, 2019, pp. 251-264; E. Palmerini, *Negozio e automazione: appunti per una mappa concettuale*, in *Decisione robotica* (a cura di A. Carleo), il Mulino, 2019, pp. 291-318. Vedi, sul punto, M. Maugeri, *I robot e la possibile "prognosi" delle decisioni giudiziali*, in *Decisione robotica* (a cura di A. Carleo), il Mulino, 2019, pp. 159-164; A. Di Porto, *Avvocato-robot nel "nostro stare-decisis". Verso una consulenza legale "difensiva"*, in *Decisione robotica* (a cura di A. Carleo), il Mulino, 2019, pp. 239-250 M. R. Covelli, *Dall'informatizzazione della giustizia alla "decisione robotica"? Il giudice del merito*, in *Decisione robotica* (a cura di A. Carleo), il Mulino, 2019, pp. 125-138. Per un'applicazione dell'IA nel diritto civile, vedi M. De Felice, *Decisione robotica negoziale. Nuovi "punti di presa" sul futuro*, in *Decisione robotica* (a cura di A. Carleo), il Mulino, 2019, pp. 179-202.; F. De Stefano, *Spunti di riflessione sulla decisione robotica negoziale*, in *Decisione robotica* (a cura di A. Carleo), il Mulino, 2019, pp. 215-238. F. Patroni Griffi, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in *Decisione robotica* (a cura di A. Carleo), il Mulino, 2019, pp. 165-178.

16 Per "giustizia predittiva" deve intendersi la possibilità di prevedere l'esito di un giudizio tramite alcuni calcoli; non si tratta di predire tramite formule magiche, ma di prevedere la probabile sentenza, relativa ad uno specifico caso, attraverso l'ausilio di algoritmi. Il diritto può essere costruito come una scienza, che trova la sua principale ragione giustificativa nella misura in cui è garanzia di certezza: il diritto nasce per attribuire certezza alle relazioni umane, tramite una complessa attribuzione di diritti e doveri (in Enciclopedia Treccani). Vedi, in tema, F. Rundo, A. L. Di Stallo, *Giustizia predittiva: algoritmi e deep-learning*, in *Sicurezza e giustizia*, 2019, pp. 31-34; Aa. Vv., *La giustizia predittiva tra machine learning e certezza del diritto*, in *VGen*, consultabile *online*; A. De La Oliva Santos, *"Giustizia predittiva", interpretazione matematica delle norme, sentenze robotiche e la vecchia storia del "Justizklavier"*, in *Rivista Trimestrale Diritto e Procedura Civile*, n. 3/19 pp. 883-895. Vedi, inoltre, C. Morelli, *Sentenze, predittività prudente. Il libero convincimento del giudice è valore primario*, in *Italiaoggi*, 5 luglio 2019, p. 5; M. Versiglioni, *Se l'algoritmo scrive la sentenza che almeno rispetti la logica*, in *Il Sole 24 ore*, 2019. Si consenta rinviare, per una visione "panoramica" sulla decisione meccanicizzata, alla Recensione redatta da R. Trezza sul volume *Decisione robotica* (a cura di A. Carleo), in *Istituzioni Diritto Economia*, n. 2/2020, pp. 328-337.

17 R. Trezza, *"I "valori giuridici" possono mai trasformarsi in "variabili algoritmiche"?*, cit.

18 Si consenta rinviare a R. Trezza, *¿Pueden los «valores legales» convertirse alguna vez en «variables algorítmicas»? jurimetría, algo-cracIa y algor-etica en Italia*, in www.fundamentos.pe. Si consenta, inoltre, rinviare a R. Trezza, *Responsabilidades legales atribuibles a máquinas y algoritmos: ¿categorías tradicionales o género novum de responsabilidad?*, in *Actualidad civil*, di prossima pubblicazione.

19 R. Trezza, *"I "valori giuridici" possono mai trasformarsi in "variabili algoritmiche"?*, cit.

20 Sul punto, si legga G. Amarelli, *Il catalogo dei reati presupposto del d.lgs. n. 231/2001 quindici anni dopo. Tracce di una razionalità inesistente*, in www.legislazionepenale.eu, 23 maggio 2016, pp. 1-31; S. Beltrani, *I reati presupposto della responsabilità degli enti: punti fermi e questioni controverse*, in www.rivista231.it; A. Sannoner, *Fattispecie Di Reato E Sanzioni*, in www.rivista231.it.

21 R. Trezza, *"I "valori giuridici" possono mai trasformarsi in "variabili algoritmiche"?*, cit.

22 Sul punto, si veda R. Duzioni, *Mappatura di aree a rischio e formazione della relativa documentazione dimostrativa dei passi compiuti da offrire al Giudice o al Pubblico Ministero quale attività ex 391-nonies c.p.p. Attività investigativa preventiva*, in www.rivista231.it.

23 R. Trezza, *"I "valori giuridici" possono mai trasformarsi in "variabili algoritmiche"?*, cit., ove l'A. afferma che "Si può mai pensare che la macchina sappia cosa si intenda per "trasparenza"? L'uomo, che dall'esterno la "addomestica", dovrebbe saper inserire la "variabile" trasparenza al suo interno, ma in un'ottica universalmente intesa e non in una visione personalistica dell'introduttore. Si rischierebbe di creare, oltre ai *bias* (*rectius* pregiudizi) di cui fisiologicamente è dotato un automa, ulteriori *bias*, di "natura umana indotta", i c.d. "*bias dei bias* "".

24 Si veda F. Ledda, *I protocolli dei Modelli Organizzativi*, in www.rivista231.it. È interessante, ai nostri fini, l'osservazione che pone l'A., secondo cui "Il protocollo rappresenta infatti, su un piano generale, la linea di condotta primaria da preferire

nell'esecuzione di un dato processo (e, quindi, implicitamente, in procedure/operazioni che attengono a tale processo). La procedura, invece, è quella parte del protocollo che serve a dettagliare le modalità con cui si intende realizzare una determinata operazione/azione, in presenza di varie alternative, alla luce di predeterminati criteri di fondo ritenuti meritevoli. Il protocollo invece non si limita a questo, ma, sulla base di una più generale disamina di processi, relativi problemi e possibili soluzioni, su un piano o livello "gerarchico" più generale rispetto alla procedura, individua i criteri di fondo cui devono improntarsi i procedimenti aziendali (quindi, le "elaborazioni" dei metodi di svolgimento dei processi, vale a dire le "procedure"). Ecco che pertanto, nella concreta predisposizione dei Modelli Organizzativi, nelle loro varie parti e sezioni, è assolutamente consigliabile che venga chiarito in modo preciso e coerente che cosa si intende per protocolli, Linee-Guida, principi, procedure, ecc. Questo per evitare confusioni prima di tutto a coloro che, internamente, il modello devono leggere, comprendere e, conseguentemente, rispettare". Si veda, da ultimo, R. Razzante, *I protocolli 231 vanno adattati per gestire il rischio Covid-19. Note sull'Informativa del CNDCEC*, in www.antiriciclaggiocompliance.it.

25 Sul punto, si rinvia a M. Arena, *Il codice etico e di condotta ai sensi del D.lgs. n. 231/2001*, in *Il Sole 24 ore*, 14 luglio 2011; M. Cardia, *Codice di autodisciplina e normativa 231*, in www.rivista231.it, il quale rende plasticamente l'idea della funzione dei codici di comportamento. L'A., infatti, delinea che "L'idea di *corporate governance* che si va delineando nel nostro ordinamento giuridico si basa su un concetto ampio di responsabilità d'impresa, incentrato, da una parte, sul rispetto della legalità e sulla realizzazione di relazioni costruttive fra i dipendenti all'interno della compagine sociale e, dall'altra, tesa a contrastare, in modo efficace ed efficiente, l'attività criminale all'interno degli enti stessi, promuovendo la trasparenza nella conduzione dell'attività d'impresa. Un modello organizzativo penal-preventivo capace di soddisfare le esigenze esplicitate dagli artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 231/2001, calibrato sulla singola realtà aziendale e dotato del carattere dell'effettività, non può prescindere dall'impiego di strumenti come il codice etico e il codice di comportamento la cui adozione – è ormai opinione consolidata – rende più trasparente la gestione e l'organizzazione aziendale vuoi in termini di comportamenti specificati vuoi in termini di procedure codificate. Il rapporto esistente, poi, fra codice etico e codice di comportamento è un rapporto di causa/effetto. Più precisamente, i codici di comportamento riguardano le modalità con cui, una volta conciliati gli interessi contrapposti, si inducono tutti i destinatari ad agire nel comune interesse dell'organizzazione, modellando concretamente il proprio agire al rispetto delle regole di condotta predisposte ed adottate dall'impresa; il codice etico, invece, mediando tra i contrapposti interessi definisce il comune sentire e, quindi, la *mission* dell'impresa stessa".

26 Si veda, in tal senso, R. Trezza, *"I "valori giuridici" possono mai trasformarsi in "variabili algoritmiche"?*, cit.; G. Dalia, *L'esperienza italiana nella lotta alla corruzione: prevenzione, sanzione penale, contrasto processuale e performance*, cit.

27 Sul rapporto tra intelligenza artificiale e processo, si veda J. Nieva-Fenoll, *Intelligenza artificiale e processo* (traduzione a cura di Paolo Comoglio), Giappichelli, 2019 e C. Castelli, D. Piana, *Giusto processo e intelligenza artificiale*, Legale civile, 2019. In tal occasione, è bene individuare il rapporto tra il processo "automatizzato" e la pandemia determinata dal *coronavirus*. Sul punto, si veda, per uno spunto di riflessione, G. Rocchi, G. Vitrani, *Processo Civile Telematico: stato attuale e prospettive di riforma*, in *Agenda Digitale*, 16 aprile 2020. Di recente, si approfondisca il contributo di F. Donati, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020, pp. 415-436.

28 Si consenta rinviare nuovamente a R. Trezza, *"I "valori giuridici" possono mai trasformarsi in "variabili algoritmiche"?*, cit.

29 In primo luogo, si consenta rinviare alle considerazioni svolte da R. Trezza, *La confisca come sanzione per gli illeciti amministrativi derivanti da reato: profili sostanziali e processuali*, in *Persona & Danno*, 27 luglio 2018, per il quale "Partendo dall'osservazione che un comportamento sanzionato penalmente, dal quale derivi l'instaurazione di un rapporto contrattuale, può avere riflessi diversi sul medesimo, la Corte di Cassazione distingue tra il "caso in cui la legge qualifica come reato unicamente la stipula di un contratto a prescindere dalla sua eccezione", nel quale "è evidente che si determina una immedesimazione del reato col negozio giuridico (reato-contratto) e quest'ultimo risulta integralmente contaminato da illiceità con l'effetto che il relativo profitto è conseguenza immediata e diretta della medesima ed è, pertanto, assoggettabile a confisca", ed il caso in cui, invece, "il comportamento penalmente rilevante non coincide con la stipulazione del contratto in sé, ma va ad incidere unicamente sulla fase di formazione della volontà contrattuale o su quella di esecuzione del programma negoziale (reato in contratto). In questa seconda situazione, "è possibile enucleare aspetti leciti del relativo rapporto, perché assolutamente lecito e valido *inter partes* è il contratto, con la conseguenza che il corrispondente profitto tratto dall'agente ben può essere non ricollegabile direttamente alla condotta sanzionata penalmente". Sussistono, perciò, ipotesi, secondo il Supremo Collegio, "in cui l'applicazione del principio relativo all'individuazione del profitto del reato può subire, per così dire, una deroga o un ridimensionamento, nel senso che deve essere rapportata e adeguata alla concreta situazione che viene in considerazione". Ciò è evidente, in particolare, come si è detto, nell'attività d'impresa impegnata nella dinamica di un rapporto contrattuale a prestazioni corrispettive, in cui può essere difficile individuare e distinguere gli investimenti leciti da quelli illeciti. Vi è, dunque, l'esigenza di differenziare, sulla base di specifici e puntuali accertamenti, il vantaggio economico derivante direttamente dal reato e il corrispettivo incamerato per una prestazione lecita eseguita in favore della controparte, pur nell'ambito di un affare che trova la sua genesi nell'illecito. Quest'ultimo va sottratto alla confisca, "essendo estraneo all'attività criminosa a monte" e "distonico rispetto ad essa". In un appalto pubblico, aggiunge la Corte, "pur acquisito a

seguito di aggiudicazione inquinata da illiceità, l'appaltatore che, nel dare esecuzione agli obblighi contrattuali comunque assunti, adempie sia pure in parte, ha diritto al relativo corrispettivo, che non può considerarsi profitto del reato, in quanto l'iniziativa lecitamente assunta interrompe qualsiasi collegamento causale con la condotta lecita. Il corrispettivo di una prestazione regolarmente eseguita dall'obbligato ed accettata dalla controparte, che ne trae comunque una concreta *utilitas*, non può costituire una componente del profitto del reato, perché trova titolo legittimo nella fisiologica dinamica contrattuale e non può ritenersi sine causa o sine iure".

30 Si veda, sul punto, H. Lo Giudice, *Determinazione del profitto confiscabile nei reati in contratto*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 31 marzo 2016, laddove l'A. commenta la sentenza della Cassazione penale, sez. VI, 2 marzo 2016, n. 8616; G. Salsaruolo, *Reati in contratto: nullo il negozio solo se la norma penale violata tutela l'interesse collettivo*, in *il Quotidiano giuridico*, 4 gennaio 2017, ove l'A. commenta la sentenza della Cassazione civile, sez. III, 19 dicembre 2016, n. 26097; A. Francillotti, *Confisca per equivalente, "reati-contratto" e "reati in contratto"*, in *Diritto & Processo*, 3 settembre 2012; A. Perini, *La progressiva estensione del concetto di profitto del reato quale oggetto della confisca per equivalente*, in www.rivista231.it; P. Silvestri, *La confisca diretta del profitto*, in *Questione giustizia*, 22 gennaio 2015. Si veda, per una lettura sistematica del rapporto reato-contratto, I. Leoncini, *Reato e contratto nei loro reciproci rapporti*, Giuffrè, 2006.

31 Si veda, da ultimo, N. Medica, L. Rapallo, *Approvato il decreto di attuazione della Direttiva PIF: novità per il D.Lgs. n. 231/2001, tra nuovi reati presupposto e inasprimento delle sanzioni*, in *Il Sole 24 ore*, 13 luglio 2020; C. Corsaro, M. Zambrini, *Il recepimento della Direttiva PIF e le novità in materia di reati contro la pubblica amministrazione e reati tributari. L'ulteriore ampliamento dei reati presupposto per la responsabilità degli enti*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 7-8; M. Arena, *I nuovi reati-presupposto del d.lgs. 231/2001: contraffazione, delitti contro l'industria e il commercio, delitti in materia di violazioni del diritto d'autore*, in www.rivista231.it; F. Sbisà, V. Sassi, *Responsabilità degli enti ex 231/2001: le novità introdotte dal D.Lgs. 75/2020 in vigore da oggi*, in *il Quotidiano giuridico*, 30 luglio 2020; F. Lazzeri, *Decreto legislativo 14 luglio 2020, n. 75 (in G.U. n. 177 del 15 luglio 2020), di attuazione della direttiva (UE) 2017/1371, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale*, in www.sistemapenale.it; G. Dinoia, *Brevi considerazioni sul D.Lgs. n. 75/2020 di attuazione della direttiva PIF*, in www.dirittobancario.it. Interessante, specie per il rapporto tra attualità virale e reati presupposto, il contributo di M. Lavini, *Il reato di epidemia rientra nel novero dei reati presupposto di cui al D.Lgs. 231/2001?*, in *Ius in itinere*, 28 aprile 2020.

32 In tal senso, si fanno rilevare le osservazioni di G. P. Accinni, *Profili di rilevanza penale delle "criptovalute" (nella riforma della disciplina antiriciclaggio del 2017)*, in *Archivio penale*, n. 1/2018, pp. 1-29; G. P. Accinni, *Cybersecurity e criptovalute. Profili di rilevanza penale dopo la Quinta Direttiva*, in *Sistema Penale*, n. 5/2020, pp. 209-232; M. Da Rold, *Innovazione tecnologica ed implicazioni penalistiche. Le monete virtuali*, in *Giurisprudenza Penale Web*, n. 2/2019, pp. 1-16; A. Rea, *Criptovalute: a che punto siamo? Funzionamento, trasparenza e rischi di riciclaggio*, in *Diritto Penale Uomo*, n. 7-8/2020, p. 219 ss.; M. Cardillo, S. Rapuano, *Le criptovalute: tra evasione fiscale e reati internazionali*, in *il Quotidiano giuridico*, 16 maggio 2019; Aa. Vv., *Innovare La Propria Azienda Con La Blockchain*, in www.portale231.it; A. Milani, M. Bonsegna, *I reati in materia di diritto d'autore e il modello organizzativo 231: configurabilità e prevenzione*, in www.rivista231.it.

33 Si veda, sul punto, E. Tarquini, *Gli artt. 25-ter e 25-octies D.Lgs. n. 231/2001 nel prisma della tassatività: 'tensione effettiva' o soltanto apparente?*, in *Sistema Penale*, n. 1/2020, p. 81 ss.; G. L. Gatta, *I profili di responsabilità penale nell'esercizio della corporate tax governance*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018, pp. 1-23; F. Mucciarelli, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 1/2015, pp. 108-123; N. Mainieri, G. M. Tovini, *I primi quattro anni dell'autoriciclaggio nell'interpretazione della Cassazione*, in *Giurisprudenza Penale Web*, n. 3/2019, pp. 1-20; G. Sorrentino, *L'autoriciclaggio e la responsabilità degli enti*, in *Ius in itinere*, 1 dicembre 2017; N. Amore, *L'autoriciclaggio tra responsabilità individuale e collettiva*, in www.lalegislazionepenale.eu, 14 marzo 2016, pp. 1-24; A. Gullo, *Autoriciclaggio*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015, pp. 1-14.

34 Come avvenuto nel 2010 e poi nel 2016, sarebbe opportuno che il legislatore riveda la disciplina della responsabilità degli enti da reato alla luce delle nuove tecnologie, dei nuovi mezzi tecnologici di contrasto e soprattutto in funzione preventiva, così da poter risparmiare risorse, specie economiche, nella fase di accertamento e di decisione. Se si arriva prima, è tutto guadagnato. In tal senso, come detto, si veda Redazione Giurisprudenza Penale Web, *Riforma del D. Lgs. 231/2001: istituita una commissione per il contrasto alla criminalità economica*, 8 marzo 2016; M. Pensarella, *Proposta di legge n. 3640: modifiche al d.lgs. 231/2001 incluse ed escluse*, in www.rivista231.it; A. Bernasconi, *I progetti di riforma del d.lgs. 231/2001 in Parlamento, tra aspettative e anticipati traguardi*, in *Processo penale e giustizia*, consultabile *online*.

05 RegTech e Modelli 231: uno sguardo al futuro per un'esigenza presente.

di Andrea Vianelli e Francesca Valenti

Abstract

Il contributo si focalizza, in via pragmatica e propositiva, sul fenomeno c.d. di *Regulatory Technology* ("RegTech") e le sue applicazioni nei modelli di organizzazione, gestione e controllo ("Modelli"). L'adozione e l'aggiornamento dei Modelli non rappresenta solo un investimento in termini di *good governance*, immagine o di accesso al sistema premiale *ex* d.lgs. n. 231/2001, ma altresì uno strumento di efficientamento dell'ente, agevolandone l'accesso a gare pubbliche, a concessioni di finanziamenti pubblici, al mercato di capitali e al credito bancario. A tal riguardo, le soluzioni *RegTech*, attraverso l'elaborazione dei dati normativi e l'automatizzazione dei processi di verifica e monitoraggio, semplificano e migliorano l'adozione e l'implementazione dei Modelli. Infatti, benché sia acclarata la primazia del settore finanziario nell'applicazione di soluzioni *RegTech* (*e.g.* procedure di *KYC, risk&control analytics, fraud detection,* autenticazione e gestione dei dati personali etc.), il *RegTech* si sta espandendo anche in settori non finanziari. Ciò è dovuto al complesso susseguirsi di disposizioni e protocolli a cui gli enti devono conformarsi per potersi esimere da responsabilità a proprio carico ed evitare ricadute sia economiche che reputazionali. Di fatto, il *RegTech* si pone come strumento di supporto pratico ed efficace che, grazie alla sua dinamicità, flessibilità e modellabilità, automatizza e riduce il margine del c.d. "errore umano" nello svolgimento di attività richiedenti un significativo impiego di risorse e tempo, come il monitoraggio della normativa, l'analisi dei rischi, la produzione di reportistica e l'inoltro di tali informazioni a soggetti terzi. Come è noto, l'Organismo di Vigilanza ("OdV") e il Modello sono i cardini di un sistema che deve essere calato nella realtà aziendale, efficacemente attuato e idoneo, in concreto, a prevenire *malpractice* e reati ritenuti rilevanti per l'operatività dell'ente in sede di mappatura del rischio. In termini di *risk assessment*, il *RegTech* agevola la gestione delle verifiche di conformità, automatizzando il monitoraggio di specifici profili di rischio e generando *report* grafici, tabellari e descrittivi di sintesi, analitici o di *trend* storico. Inoltre, proponendosi quale strumento suppletivo e complementare all'OdV sia durante il *set-up* del Modello, in termini di *governance* e protocolli, che nelle fasi di monitoraggio e revisione, il *RegTech* ne rafforza i profili di imparzialità e indipendenza. Infine, agevola la trasparenza e la tracciabilità delle attività e delle procedure (ne si considerino anche i riflessi probatori) e favorisce la fruizione di *training* formativi sia in fase di ingresso alle dinamiche dell'ente, che su base continuativa. Concludendo, l'elaborato indaga le reali potenzialità del *RegTech* alla luce della possibile dotazione obbligatoria del Modello in un tessuto economico costellato di piccole e medie imprese in cui il bilancio costi-benefici riveste un ruolo di primaria importanza.

The article is focused, adopting a pragmatic and proactive approach, on the growth of the so-called Regulatory Technology phaenomenon ("RegTech") and its application within the corporate governance models ("Models"). The introduction and update of such Models should not be seen as a mere investment in terms of good governance, corporate image or benefit according to the framework set out under d.lgs. n. 231/2001, but also a tool for enhanced corporate efficiency with respect to public procurement access, public financing and access to funding.

In this respect, RegTech solution (through legal data analysis and compliance monitoring and automation), are suitable to simplify and improve the implementation of such Model. Whilst RegTech solutions are generally more common in the financial industry, RegTech is now reaching also non-financial players. This outcome is mainly dependent on the nuanced regulatory framework which, in the event of breaches, may negatively impact firms both under a financial and non-financial (i.e. reputational) standpoint.

RegTech solutions do represent a useful tool that, given its dynamic, flexible and tailored nature, would enable to reduce human errors during time consuming and labor intensive tasks, such as compliance

functions, risk management and reporting.
As generally accepted practice, the board of statutory auditors ("OdV") and the Model are pillars in a system which needs to fit the real dynamics of the firm and as such would be useful, in concrete, to avoid malpractice and criminal charges in accordance to a detailed risk management process.
Under a risk assessment perspective, RegTech has the benefit to simplify compliance activities, monitoring of risks and risk mapping, generating interactive reports and offering useful insights on corporate performance and trends.
In addition to and together with the activities of the OdV both during the introduction of the Model and its implementation and review, RegTech is suitable to strengthen models under independence and unbiased actions, but also transparency and audit trails (useful also in order to challenge charges) and training purposes.
As conclusive remarks, the article investigates on RegTech potential within a framework of mandatory adoption of Models within the SME context, traditionally featured by cost-benefit analysis during the lifecycle of a firm's business.

Sommario

1. Introduzione. - **2.** Regulatory Technology. - **3.** Modello 231 e Organismo di Vigilanza. - **4.** Trasparenza e Onere della prova. - **5.** Applicazione Pratica. - **6.** Corporate Culture - **7.** Rischi. - **8.** Conclusione Costi-Benefici.

1. Introduzione

A vent'anni anni dall'entrata in vigore del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 nel panorama giuridico italiano, è possibile constatare la progressiva estensione del perimetro di applicazione della disciplina, attraverso, ad esempio, l'assunzione in vasta scala nel mondo delle medio-grandi imprese di modelli organizzativi e gestionali prescritti dalla normativa.

L'adozione e l'aggiornamento del modello di organizzazione, gestione e controllo (il "Modello") non rappresenta solo un investimento in termini di *good governance*, immagine o di accesso al sistema premiale ai sensi del decreto, ma altresì uno strumento di efficientamento dell'ente, agevolandone l'accesso a gare pubbliche, a concessioni di finanziamenti pubblici, al mercato di capitali e al credito bancario.

Il Modello rappresenta la volontà di conseguire il rispetto della legalità non solo con la minaccia di sanzioni, ma soprattutto attraverso un'efficace prevenzione endosocietaria: il legislatore si è ispirato ai *compliance program* statunitensi[1], fondati sula logica del sistema *stick and carrot* (il c.d. approccio del bastone e della carota)[2], e ha previsto l'adozione di modelli comportamentali adeguati allo scopo di scongiurare il rischio della commissione di specifici reati con il requisito indispensabile dell'*effettività,* al fine di ottenere un'esclusione di responsabilità.

Il legislatore ha optato, infatti, per una forma di «*parziale delocalizzazione e condivisione del controllo*»[3] da cui emerge la vocazione special-preventiva[4] del processo, il cui scopo è, *in primis,* il recupero dell'ente alla legalità realizzato tramite l'adozione - anche tardiva[5]- di modelli comportamentali idonei ad arginare il rischio che l'impresa commetta - o ricommetta - reati e la previsione di «*strumenti di ravvedimento* post factum»[6] che in determinate circostanze permettono all'ente, ad esempio, di evitare l'applicazione delle sanzioni interdittive.

Al contempo, tuttavia, è da rilevarsi la difficoltà per questa nuova realtà di trovare un solido terreno applicativo. Infatti, a causa della complessità della fattispecie, delle aporie interpretative, degli esiti incerti e delle lacune normative che rendono necessaria la strada dell'eterointegrazione, la normativa non si rende appetibile agli occhi delle procure della Repubblica. Ne consegue una frammentaria applicazione, alimentata dalla subordinazione alle discrezionali scelte del singolo procuratore.

Inoltre, nonostante i principali obiettivi normativi del legislatore nazionale ed europeo siano rimasti invariati nel corso degli anni (i.e. prevenzione dei reati, stabilità finanziaria, protezione dei consumatori, integrità del mercato, concorrenza e sviluppo del mercato), i mezzi di implementazione della disciplina sono diventati sempre più inadeguati. In aggiunta, particolarmente significativo è il mancato conseguimento di competenze e professionalità idonee nel settore delle consulenze aziendali, indice di una ancora non completa ricezione nel mercato della disciplina.

In questo contesto di frammentaria implementazione delle disposizioni di legge risiede il potenziale del c.d. *regulatory technology* o '***RegTech***', ossia dell'utilizzo della tecnologia quale tramite per soddisfare le esigenze normative di controllo, *reporting* e *compliance*. In particolare, le soluzioni *RegTech*, attraverso l'elaborazione dei dati normativi e l'automatizzazione dei processi di verifica e monitoraggio, semplificano e migliorano l'adozione e l'implementazione del Modello.
Al lettore è proposta una ricognizione critica del fenomeno *RegTech*, accompagnata dalla prospettazione delle novità tecnologiche quali elementi di incontro tra l'esigenza del legislatore e quella dell'ente.

2. Regulatory Technology

Il termine *RegTech* ricomprende ogni genere di uso delle tecnologie a fini regolamentari, siano essi implementati a livello di autorità di vigilanza o di ente che svolge attività regolamentata. Inizialmente tale concetto si utilizzava per descrivere la tecnologia quale mezzo di supporto nell'ambito dei dipartimenti di *compliance* dei soggetti sottoposti all'applicazione di obblighi regolamentari – generalmente in gruppi finanziari particolarmente strutturati. Per questa ragione, la prima ondata di *RegTech* era per lo più focalizzata al supporto di realtà istituzionali di dimensioni importanti - sia in termini di espansione territoriale che di risorse umane - nel settore finanziario, con l'obbiettivo di ridurre i costi di *compliance* oltre al rischio di incorrere in sanzioni amministrative e penali[7].
In particolare, la progressiva adozione di soluzioni tecnologiche innovative, specialmente in ambito finanziario[8], è strettamente correlata al mastodontico *corpus* di nuove disposizioni normative che gli operatori del settore finanziario hanno dovuto affrontare, in modo efficiente, efficace ed economico, dopo la crisi bancaria del 2008[9]. Pare opportuno però sottolineare come l'avvento di talune tecnologie (in uno allo sviluppo di soluzioni *hardware*, e.g. *smartphone* sempre più sofisticati) abbia permesso di migliorare servizi (o aspetti di essi) già esistenti e contribuire al lancio di nuovi servizi e/o prodotti "*tech-enabled*". Questo fenomeno ha favorito l'interazione tra l'universo finanziario e la sua clientela grazie alla crescente accessibilità e rapidità nella fruizione dei predetti servizi[10] e pare aver raggiunto il culmine durante l'emergenza sanitaria dovuta alla pandemia da Sars-Covid-2: l'*impasse* della crisi sanitaria ha comportato un aumento senza precedenti nelle richieste di esecuzione di transazioni finanziarie e accesso ai servizi di pagamento in tempo reale – tra tutte, si veda il crescente uso di piattaforme di *brokerage retail* negli Stati Uniti.
Il ricorso alla tecnologia nel settore finanziario è noto come fenomeno del c.d. *FinTech* ovvero "*financial technology*", ossia lo sviluppo di tecnologie innovative declinate alle esigenze della finanza[11]. Infatti, la digitalizzazione dei processi di *reporting* manuale, di *Know-Your-Customer* (*KYC*), i programmi di *risk&control analytics,* i sistemi di *fraud detection,* o di autenticazione e gestione dei dati personali hanno implicato enormi risparmi sui costi nei settori regolamentati.
Benché sia acclarata la primazia del settore finanziario nell'applicazione di soluzioni tecnologiche, il *RegTech* non deve essere inteso quale sottoinsieme o corollario del *FinTech*[12]: grazie all'automatizzazione e la razionalizzazione dei processi normativi[13], il *RegTech* rende possibile la *compliance* con il quadro regolamentare vigente quasi in tempo reale e, soprattutto, in modo proporzionale alle peculiarità dell'ente che deve identificare, declinare e mitigare le fattispecie di rischio specifiche del suo settore operativo[14]. A ciò si aggiunga che, attraverso il monitoraggio continuo e costante, la tecnologia ha il potenziale di fornire una visione in tempo reale del funzionamento dei mercati a livello nazionale e globale, attraverso meccanismi di *machine learning*, *deep learning* e filtri di intelligenza artificiale che identificano le possibili implicazioni e non si limitano a prendere provvedimenti a posteriori.
L'emergere del *RegTech* è attribuibile (i) ai cambiamenti nella regolamentazione post-crisi che richiedono una massiccia divulgazione di dati supplementari da parte degli enti regolamentati, (ii) allo sviluppo nel campo della scienza dei dati, ad esempio l'intelligenza artificiale (*artificial intelligence),* il *machine learning* e il *deep learning*, che consentono di strutturare dati non organizzati[15], (iii) agli sforzi delle autorità di regolamentazione per migliorare l'efficienza degli strumenti di vigilanza al fine di promuovere la concorrenza e l'integrità del mercato.[16]
Il *RegTech* rappresenta inoltre la crescente fiducia nella c.d. *information technology* quale principale strumento di regolamentazione, supervisione e dialogo, in grado di declinare e modellare le singole procedure e protocolli di conformità con il flusso di disposizioni normative di volta in volta applicabili. Con l'*information technology* è aumentata l'adozione di soluzioni di *cloud computing*, di *data analysis* tramite intelligenza artificiale e di integrazione di *feed* a fini di monitoraggio diretto degli enti regolamentati; questi sistemi sono spesso forniti da terze parti tramite modelli di servizio quali *software as a service* (SaaS) e/o *infrastructure as*

a service (IaaS), non venendo quindi prodotti *in-house* dall'ente.[17]
Ad oggi vi è chi suole distinguere tra due rami complementari del *RegTech*: la c.d. *Compliance Technology* (*CompTech*) e la c.d. *Supervisory Technologu* (*SupTech*)[18], benché tale distinzione pare riflettere più i destinatari del prodotto che la sostanza del medesimo. Infatti, oltre a comportare tagli sui costi in termini di *compliance* per gli enti e crea opportunità di mercato per le *start-up*, le aziende IT e le società di consulenza *FinTech*/*RegTech* emergenti, dal punto di vista delle autorità di vigilanza, il *RegTech* consente la prospettiva di un monitoraggio continuo e di più efficiente vigilanza, creando un flusso costante di informazioni utili per rimodellare e ridefinire gli ambiti di eccessiva regolamentazione e efficientando il tempo delle indagini inerenti alle potenziali violazioni rilevate.[19]
Ampliando la prospettiva ad un ambito non prettamente nazione, la prova del potenziale del *RegTech* risiede nel crescete numero di c.d. *regulatory sandbox* e altre istanze proattive delle autorità locali e internazionali, che facilitano la transizione da un modello regolamentare all'altro. Le stesse autorità di vigilanza hanno iniziato gradualmente a considerare il RegTech quale strumento in grado di supportare i soggetti regolamentati a tenere il passo con il copioso e crescente numero di disposizioni normative applicabili sia a livello europeo che nazionale.
Di recente, la *Financial Conduct Authority* (FCA) nel Regno Unito ha lanciato una serie di conferenze ed eventi virtuali tra l'autunno (2020) e la primavera (2021) per approfondire l'ecosistema *RegTech*[20] soprattutto date le circostanze emergenziali dovute alla pandemia di Covid-19, la c.d. *digital transformation* nei settori regolamentati risulta essere quanto più necessaria[21]. Sembra infatti che gli sviluppi *RegTech* stiano provocando un cambiamento di paradigma della regolamentazione del sistema finanziario[22] e per questa ragione, la FCA s'interroga ormai da anni sulla possibilità di adottare nuove tecnologie per agevolare la gestione e la comunicazione dei requisiti regolamentari.[23]
Le autorità di regolamentazione si trovano ad affrontare la necessità di utilizzare la tecnologia per affrontare le sfide del monitoraggio e dell'applicazione di requisiti normativi sempre più esigenti su mercati in rapida evoluzione, in rapida crescita e transfrontalieri, oltre che di sviluppare approcci normativi in concerto con tutti gli *stakeholder* che non ostacolino lo sviluppo e l'innovazione dovute alla comparsa di nuove tecnologie e di nuovi operatori *FinTech*, ma che limitino al contempo i rischi per i consumatori e la stabilità finanziaria.[24]
Possiamo quindi aspettarci che, sulla base dell'interesse dimostrato dalle autorità di vigilanza, il *RegTech* si concentri sempre più sulle soluzioni *business-to-business* ("B2B"), a differenza del settore *FinTech* in cui un gran numero di enti e, quindi, fornitori si concentra sulle soluzioni *business-to-consumer* ("B2C"), oltre che sul B2B.[25]
Concludendo, le soluzioni tecnologiche permetterebbero (i) di modellare le politiche di regolamentazione simulando il probabile impatto delle nuove politiche prima dell'emanazione e raccogliendo un *feedback* immediato dall'applicazione della regolamentazione esistente, (ii) lo sviluppo di *standard* comuni di *reporting* e di *compliance tagging* in più giurisdizioni per supportare le richieste di condivisione obbligatoria delle informazioni tra le autorità di vigilanza, (iii) l'integrazione dei sistemi di monitoraggio finanziario nazionale, europeo e globale[26], (iv) incoraggiare lo sviluppo di una *suite* di strumenti di *compliance open-source*, (v) la collaborazione e condivisione di dati selezionati tra i diversi *regulator* internazionali, come nel caso del settore del antiriciclaggio e la lotta al terrorismo[27].

3. Modello 231 E Organismo Di Vigilanza

L'ente diviene nuovo destinatario di un rimprovero penalmente rilevante in un'ottica di prevenzione del rischio di reato e di recupero alla legalità mediante la sollecitazione all'adozione di regole di comportamento che sottopongono l'ente sia a risposte sanzionatorie, che a un sistema di diritto c.d. premiale.
Per questa ragione, il Modello e l'Organismo di Vigilanza ("OdV") [28], che ne permette un'efficace attuazione e vigilanza, sono il fulcro del sistema: la corretta strutturazione del Modello delinea i compiti dell'OdV e, al contempo, il non corretto operare dell'OdV, impedisce all'ente l'implementazione del Modello. Il Modello, infatti, deve essere efficacemente attuato e non bastano adempimenti cartacei, ma deve essere declinato sulle esigenze specifiche dell'ente in riferimento al quale deve operare.
Secondo le prassi consolidatesi anche in base alle indicazioni delle associazioni di categoria, il metodo da seguire per strutturare concretamente il Modello con connotati essenziali affinché possa ambire all'idoneità e ottenere l'esclusione dalla responsabilità, richiede lo svolgimento di una serie di attività che delineano i perimetri, i criteri e le prospettive che rendono il Modello «*cucito*»[29] su misura per l'ente che lo deve adottare.
Attraverso la strutturazione guidata dalle soluzioni

RegTech di protocolli e regole di condotta è possibile rintracciare e documentare, non solo quei comportamenti (azioni, operazioni, transazioni) maggiormente esposti al rischio di reato, ma anche offrire un valido strumento di supporto per l'OdV, monitorandone i meccanismi autorizzativi e di verifica dei diversi processi operativi.

In primis, è necessario condurre un'attività istruttoria in cui tutta la documentazione interna dell'ente (statuto, organigramma, *policy*, regolamenti, deleghe, contrattualistica, codice etico, ecc…) viene organizzata e riportata nel database della soluzione *RegTech*.

Sulla base di tale documentazione ha luogo la mappatura del rischio, che prevede un'analisi dettagliata delle attività poste in essere dall'ente comprendente la descrizione dei singoli passaggi operativi, delle aree di competenza e della gerarchia delle funzioni. Le soluzioni *RegTech* permettono uno screening preliminare dei possibili gap e hanno spesso già integrate delle *detecting rules* per individuare le aree o le operazioni a rischio, le stesse possono essere costumizzate a seconda delle esigenze più o meno stringenti dell'ente.

Innanzitutto, si devono individuare le attività e i momenti in cui la possibilità di realizzazione di specifici reati tende a intensificarsi, prendendo in considerazione il tipo di ente, così come le dinamiche organizzative e produttive[30]. La base di partenza per tale mappatura dei rischi consiste nell'osservazione a 360 gradi delle carenze all'interno della dinamica aziendale, attraverso l'identificazione di *breakpoint*, *malpractice* e dilemmi che i dipendenti possono trovarsi ad affrontare e che possono favorire comportamenti scorretti.

Le aree di rischio possono essere sia individuate empiricamente in termini astratti (i.e. attività e/o procedimenti notoriamente sensibili alla commissione di violazioni della disciplina interna e/o reati presupposto) o in termini concreti (i.e. i soggetti che svolgono tali funzioni individuano le aree grigie percepite nell'adempimento delle proprie mansioni). Lo scopo è la strutturazione di strumenti di gestione del rischio su misura a seguito della mappatura delle aree di rischio[31] combinata alla c.d. *gap analysis*[32].

Infatti, una volta acquisito un quadro delle varie dinamiche societarie e delle aree di rischio sarà necessario lo sviluppo di protocolli idonei a programmare la formazione e l'attuazione della decisione dell'ente, così come le modalità di gestione delle risorse[33].

Sulla base delle informazioni raccolte all'ente è richiesto di predisporre *policy* in grado di gestire e arginare le suddette aree sensibili, attraverso procedure operative precauzionali, volte a prevenire il crearsi di situazioni suscettibili di scaturire in commissione di violazioni, e tempestive, con l'obbiettivo di ripristinare e/o limitarne gli effetti.

Una base di partenza per la strutturazione del Modello possono essere i codici comportamentali redatti dalle associazioni rappresentative dell'ente e approvati dal Ministero della giustizia che, tuttavia, non sono sufficienti a soddisfare i requisiti di idoneità ed efficienza richiesti[34].

I protocolli vengono registrati e appressi dalle soluzioni di intelligenza artificiale e *machine learning* che, oltre a programmare la formazione dei soggetti coinvolti, contribuiscono a offrire un supporto concreto nell'attuazione dei protocolli predisposti dall'ente attraverso regole di condotta che possono rafforzare il sistema ideato contribuendo a rendere ancor più *tailored* il Modello. Infatti, il *RegTech*, interpretando queste informazioni, consente di supervisionare l'operatività dell'ente, suggerendo i punti di non conformità e automatizzando le metodologie di controllo dei rischi. Inoltre, non di rado, i fornitori di tecnologie *RegTech*, hanno già delle *policy* di monitoraggio integrate nella soluzione IT conformi a quelli della normativa vigente nel quale la soluzione si propone come strumento di supporto[35].

L'ente dovrà riportare nei propri protocolli anche i dettagli sul funzionamento delle soluzioni RegTech adottate tenendo in considerazione le *policy* dalle stesse adottate. Inoltre, a fini di evitare eventi di *business disruption,* i protocolli dovranno esplicitare il piano di *back-up* qualora l'infrastruttura IT dovesse temporaneamente cessare di funzionare. Anche per questo aspetti legati al funzionamento del sistema *RegTech* dovrà essere preso in considerazione per la *gap analysis*.

Il Modello deve inoltre presentare evidenze rispetto al principio di segregazione delle funzioni e di imparzialità dell'OdV. Infatti, l'OdV deve essere dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo, oltre che di autonomia e indipendenza, per vigilare sul funzionamento effettivo e l'osservanza del Modello, garantendo continuità e aggiornamento[36].

Tuttavia, le operazioni di vigilanza sono rimesse alla discrezionalità dei componenti dell'OdV, i cui requisiti di imparzialità di giudizio e indipendenza sono intrinsecamente difficili da garantire. Non di rado i membri dell'OdV hanno rapporti consolidati negli anni con soggetti appartenenti alla funzione vigilata, che rischiano di smorzare l'efficienza e l'imparzialità dell'OdV, facilitando, ad esempio, atteggiamenti indulgenti rispetto agli apicali che hanno conferito l'incarico.

Oltre alla composizione plurisoggettiva, specie in presenza di componenti interni alla struttura

operativa dell'ente, anche le soluzioni *RegTech* possono contribuire a tale scopo. Infatti, le iniziative dell'OdV possono essere rafforzate dal supporto di tecnologie che ne favoriscono le funzioni, e garantiscono l'opportuna evidenza e trasparenze delle operazioni e dei rapporti sottostanti.
Per ciò che concerne la segregazione dei compiti e delle funzioni, il *RegTech* ha il potenziale di garantire tali esigenze attraverso la sistematizzazione dei protocolli di *governance* stabiliti *ex ante*, segnalando eventuali conflitti di interessi una volta registrate le funzioni dei singoli soggetti deputati ad assumere le decisioni all'interno di comitati e/o dell'OdV.
I ruoli assunti dai singoli funzionari, che devono essere dichiarati per motivi di trasparenza, possono essere rilevanti da parte di soluzione IT che hanno accesso a *database* pubblici, come ad esempio quelli delle pubbliche amministrazioni (registro delle imprese) e che possono rilevare ulteriori cariche assunte dai funzionari attraverso un'attività di *screening*. Non solo, è possibile anche procedere con attività di *screening* per identificare eventuali informazioni pubbliche negative (ad esempio sanzioni) o *adverse media* (ad esempio articoli di giornale). I risultati, aggregati ed elaborati in appositi *log,* possono contribuire al mantenimento di un modello organizzativo più trasparente e a monitorare possibili conflitti di interesse, oltre che a tutelare la società da potenziali danni di tipo reputazionale.
Inoltre, una volta registrati i parametri da rispettare nell'ambito dei processi decisionali, le soluzioni *RegTech* monitorano il rispetto del principio di segregazione dei compiti tra coloro che intervengono e/o partecipano nella fase operativa e nella fase di vigilanza, così da evitare che siano coinvolti sempre i medesimi soggetti e rafforzandone la trasparenza.
Fatto salvo quanto precedentemente esposto, tra i problemi emersi in questi anni di applicazione della disciplina vi è senza dubbio quello dell'individuazione dei criteri e delle linee guida capaci di soddisfare il requisito dell'idoneità. Non è possibile predeterminare il contenuto del Modello a causa dei differenti destinatari ed esigenze che richiedono la creazione di specifici protocolli in grado di mappare i rischi e soddisfare le esigenze di idoneità[37] del modello nel caso concreto[38].
Si consideri inoltre che non si ha modo di conoscere la *ratio* dei decreti di archiviazione e, quindi, non è possibile sapere se vi sia stata la constatazione da parte delle procure di un Modello idoneo. Risulta possibile solo una riflessione basata sui provvedimenti dei giudici che hanno espresso una valutazione negativa[39].
Concludendo, questa percepita «*anarchia di contenuti*»[40] non aiuta in termini di prova dell'efficace attuazione che deve superare positivamente la valutazione del giudice basata sul libero convincimento[41]. Di conseguenza, l'ampia discrezionalità riconosciuta in questo campo all'accertamento giurisdizionale, in mancanza di una normativa che descriva nel dettaglio il contenuto del Modello per i motivi soprammenzionati, inevitabilmente spaventa le imprese[42].

4. Trasparenza e onere della prova

Il legislatore ha previsto che l'ente sia responsabile per i reati-presupposto commessi, nel suo interesse o vantaggio, da soggetti c.d. apicali o da soggetti sottoposti all'altrui direzione[43]. La compresenza del criterio d'imputazione c.d. oggettivo[44], rappresentato dall'interesse o dal vantaggio dell'ente[45], e dei criteri d'imputazione c.d. soggettivi[46], i quali variano a seconda della qualifica dell'autore del reato-presupposto, permette di discernere i casi nei quali è il pubblico ministero è chiamato all'esercizio dell'azione penale *ex* art. 112 Cost. Infatti, i criteri di imputazione soggettiva dell'ente hanno come cardine il Modello e si differenziano a seconda della qualifica del soggetto autore del reato. Nei casi riguardati soggetti in posizione c.d. apicale[47], l'art. 6, comma 1 richiede, ai fini dell'esenzione di responsabilità dell'ente, che non solo si sia adottato ed efficacemente attuato il modello[48], ma che questo sia idoneo[49] alla prevenzione del reato commesso (lett. *a*)[50].
Il legislatore ha quindi ritenuto opportuno prevedere un'inversione dell'onere probatorio[51] fondata sulle evidenze empiriche da cui si presume che il requisito soggettivo di imputazione sia soddisfatto, visto il rapporto di stretta immedesimazione tra l'apicale e l'ente. Ne consegue che l'ente possa «*rimanere immune dalla responsabilità se riesce ad ottemperare ad una complesso onere probatorio*»[52].
Sarà l'ente a dover dimostrare di essersi dotarsi di un organismo con poteri autonomi preposto alla vigilanza (lett. *b*)[53] (i.e. OdV), dimostrando che non vi siano state negligenze da parte di quest'ultimo e che si sia vigilato sul corretto funzionamento del complesso organizzativo (lett. *d*). Inoltre, dovrà dar prova del fatto che l'autore del reato si sia fraudolentemente sottratto alla vigilanza (lett. *c*)[54]: il carattere di fraudolenza deve caratterizzare il comportamento elusivo dell'autore del reato[55].
I reati commessi da c.d. sottoposti[56] *ex* art. 7, comma 1 riguardano il mancato adempimento degli obblighi di vigilanza e controllo e il fulcro è individuabile nel paradigma della *culpa in*

vigilando: l'ente contribuisce colpevolmente alla concretizzazione del rischio di commissione di un reato-presupposto. La colpa è esclusa in caso di adozione di modelli che garantiscano lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e contrastino il rischio-reato (i.e. il Modello). Il Modello deve essere dotato di un sistema sanzionatorio e aggiornato costantemente per il suo effettivo funzionamento[57].
Qualora il soggetto autore del reato sia un c.d. sottoposto, non è previsto alcuna inversione dell'onere probatorio come nel caso degli apicali.[58]
Questi criteri sono rilevanti nell'ottica della funzione preventiva della sanzione e, combinati al regime premiale del sistema, aspirano a motivare all'osservanza di *standard* utili a prevenire la commissione di reati e a evitare che le sanzioni vengano recepite come un costo necessario e quindi calcolate come *spese* nel bilancio[59].
Il Modello diventa così un «*mezzo di prova tipico previsto per dimostrare l'idoneità organizzativa dell'ente*»[60] in funzione di fatto impeditivo.[61]
Per assolvere a tale funzione, il Modello deve essere orientato alla trasparenza e alla tracciabilità. La tracciabilità serve sia a garantire una maggiore trasparenza della gestione organizzativa, che alle Procure della Repubblica per permettere un'accurata ricostruzione degli eventi e di stabilire ed avere una comprensione più profonda e documentata del funzionamento del Modello, consentendo di individuare al meglio i *process owners* e i soggetti che intervengono in determinati processi operativi. In tale ottica, il *RegTech* ha il grande vantaggio di poter assicurare la tracciabilità in tempo reale, oltre che a conservare a posteriori, le dinamiche di attuazione dei protolli, i percorsi di *decision making*, nonché i soggetti che vi hanno preso parte e, quindi, di rilevare le violazioni o le *suspicious activities* tempestivamente.
Come descritto in precedenza, il *RegTech* contribuisce, di fatto, alla raccolta, l'archiviazione, la visualizzazione e l'utilizzo dei informazioni e dati utili sia per la pianificazione e l'esecuzione dei protocolli e delle regole di condotta, che per la documentazione degli eventi e delle misure intraprese dall'ente attraverso *log* strutturati e cronologicamente organizzati in cui gli accessi di coloro che hanno gestito le singole procedure e/o inserito e/o aggiornato e/o modificato e/o monitorato i dati vengono registrati e le ragioni alla base delle scelte compiute, siano in conformità al Modello o in eccezione alle procedure formalizzate (*comply or explain*), annottate. Queste informazioni così archiviate e organizzate possono diventano cruciali per la difesa dell'ente oltre a facilitare le indagini circa l'effettività e l'idoneità del Modello e la vigilanza sullo stesso,

5. Applicazione pratica

La c.d. *integrated compliance*[62] rafforzata dall'uso degli strumenti *RegTech* può contribuire a contenere i costi e, soprattutto, agevolare agli enti il compito di districarsi tra il groviglio di disposizioni normative che, a seconda dei settori in cui operano, variano ed aumentano rapidamente.
Sia in termini di efficientamento che da un punto di vista economico: l'adozione di soluzioni tecnologiche pare essere in grado di ammortizzare i costi in termini di *compliance*. Pertanto, la natura dinamica della tecnologia, benché esponga chi ne fa uso (e non) a rischi e, quindi, necessiti di un quadro normativo che ne regoli l'uso e l'esposizione, si sta dimostrando un'agile alleata in termini di *compliance* e *risk management*, grazie alla capacità di raccolta, organizzazione, elaborazione e comunicazione di un gran numero di dati.
Le soluzioni *RegTech* consentono l'automatizzazione delle attività che tradizionalmente richiedevano un significativo impiego di risorse e tempo, come ad esempio il monitoraggio della normativa, l'analisi dei rischi, fino alla produzione di reportistica dedicata.
Infatti, tra le possibili applicazioni del *RegTech,* identificate anche dal *EBA*[63]*,* vi è l'*automated compliance*, l'*identity management and control*, il *risk management*, il *regulatory reporting* e il *transaction monitoring*.
In particolare, la *dynamic-compliance*, ovvero il controllo dei requisiti di *compliance* effettuati tramite protocolli IT nel contesto di un *automated real-time monitoring*, combinata alle procedure automatizzate di profilatura del cliente in ambito di *KYC* e agli strumenti di *advanced data analytics* e *machine learning* posso rendere più efficace e meno costoso il processo di gestione del rischio oltre che di implementazione del Modello. Si consideri, per esempio, che l'automazione e la digitalizzazione dell'attività di *reporting* comporta risparmio di costi oltre ad una maggiore accuratezza e tempestività, basti pensare che la tecnologia consente un monitoraggio *real-time* delle transazioni *(transaction monitoring)* che rileva eventuali discrepanze e segnala istantaneamente ai soggetti competenti l'evento, oltre che sospendere, laddove necessario, eventuali operazioni.
Inoltre, le attività di monitoraggio dell'applicazione dei protocolli posso essere automatizzate attraverso l'adozione di sistemi di RPA (*Robotic Process Automation*) e combinate all'implementazione di piattaforme di GRC (*Governance, Risk and Control*) che gestiscono il flusso delle informazioni, riducendo i tempi e i costi dei controlli e aumentandone al contempo l'efficacia. Queste tecnologie sono in

grado di rielaborare e armonizzare grandi volumi di dati provenienti da fonti diverse migliorando i processi di *decision-making* aziendale.
Le soluzioni *RegTech* hanno anche il grande vantaggio di proporsi quale soluzione pratica alle esigenze di *KYC*, monitoraggio, *screening*, *assessment* e gestione del rischio sia nella fase di *onboarding* che nell'arco della relazione con i clienti.[64] A questo riguardo, strumenti di *RegTech* come *streaming analytics* e tecnologie *DLT-based* possono essere impiegate per l'identificazione in tempo reale delle *suspicious transations* e *suspicious activities*. [65]

6. Corporate Culture

Attraverso lo studio dei *white-collar crimes*[66] e dei *corporate crimes*[67] che è emersa l'esigenza di una moderna strategia di contrasto alla criminalità d'impresa, specialmente alla luce delle nuove forme di criminalità non ancora perseguite penalmente[68] nei paesi economicamente sviluppati. Infatti, il giudizio della società civile e dell'ordinamento stesso rispetto a questa tipologia di illeciti ribalta le logiche del c.d *labelling approach*[69] a causa del c.d. *organizational deviance defining process*[70]*:* le imprese definiscono le proprie condotte in termini favorevoli, finendo con il minimizzare l'effetto deviante e tendendo ad annullare la percezione del danno prodotto dalle loro condotte.[71]
Si è iniziato a utilizzare il termine *corporate crime* poiché rimanda al ruolo importante della struttura organizzativa nella quale si origina il fenomeno[72] e alla necessità di intervenire sul contesto sottoculturale[73] entro il quale le persone fisiche agiscono[74]. La persona giuridica viene, quindi, concepita come un *soggetto a rischio* di commissione di reati[75]: la distanza spazio-temporale tra l'evento dannoso e la condotta, *l'invisibilità della vittima*[76], così come il carattere di segretezza delle scelte[77], i *deficit* nei procedimenti decisionali dell'organizzazione e il *fenomeno del gruppo*[78] accrescono il c.d. *risky shift*[79] e alimentano meccanismi di neutralizzazione[80].
La struttura culturale e normativa dell'organizzazione va a costituire un'autonoma personalità dell'ente rispetto alle persone fisiche che ne manifestano la volontà[81] e contribuisce ad aumentare le pressioni criminogene.
Pertanto, il Modello deve essere partecipativo e orientato al consenso: è necessario che i protocolli siano proporzionati alla natura e alle dimensioni dell'ente, che delineino e tengano in considerazione i comportamenti dei dipendenti[82] e promuovano una cultura aziendale corretta. In questo contesto la tecnologia potrebbe essere utilizzata per rendere più efficiente i profili di *corporate governance* e conformità, aumentando la trasparenza e la disponibilità di informazioni, velocizzando la comunicazione, riducendo i tempi di attività e migliorando il processo decisionale.
La sensibilizzazione può essere conseguita attraverso un approccio pragmatico in cui i *manager* promuovono e spiegano la cultura dell'azienda fin dall'inserimento del nuovo personale, premiano le persone che rappresentano dei modelli all'interno dell'azienda e stabiliscono degli incentivi, ossia dei bonus, che tengono conto non solo dei risultati finanziari dei dipendenti, ma anche della loro condotta nel rispetto delle politiche e delle procedure interne.[83]
A questo fine i training sia in fase di inserimento che su base continuativa sono fondamentali non solo per mantenere il personale aggiornato e in grado di approcciarsi all'infrastruttura tecnologica in modo efficiente, ma anche per evitare che, in assenza di un'adeguata formazione, ponga in essere atti non in linea con i protocolli o altre *malpractice.* Spesso gli apicali, così come buona parte dei funzionari non hanno ore da dedicare per la formazione dei propri dipendenti, colleghi o sottoposti e per questa ragione esternalizzano questa funzione a terzi.
Le soluzioni *RegTech* spesso includono nei servizi prestati anche la formazione dei soggetti che ne fruiscono e offrono dei *tutorial* aggiornati sul funzionamento della soluzione. Infatti, esse stesse richiedono una formazione del personale per il loro corretto funzionamento.
Si combini quanto esposto con la possibilità da parte dei *manager* di programmare e registrare dei corsi da riproporre ai nuovi dipendenti attraverso piattaforme digitali, comprensivo di test finali a risposta multipla. Benché l'approccio *face-to-face* sia insostituibile, è innegabile l'utilità di una sezione di formazione continua accessibile a tutti i dipendenti tramite piattaforma digitale che li aiuti ad orientarsi in un quadro normativo non di facile interpretazione, oltre che ad avere una visione più chiara struttura organizzativa e del funzionamento dell'infrastruttura IT.
La *corporate culture*[84] e i valori trasmessi dalla *leadership* aziendale sono la *conditio sine qua non* per incentivare un atteggiamento di attenzione verso la disciplina in continuo cambiamento, non uniformemente applicata e che non di rado presenta discrepanze interpretative.
L'osservanza della normativa risulta essere un elemento imprescindibile di una cultura aziendale orientata al modello di *compliance culture* e su questo presupposto, la tecnologia può contribuire a disegnare i perimetri e incentivare l'assimilazione di comportamenti orientati alla conformità, oltre

che all'etica. Tuttavia, si consideri che la *compliance culture* deve mirare non solo a disincentivare le violazioni dei protocolli e delle norme, ma anche a non esautorare il senso del Modello e le esigenze del legislatore, in caso contrario, la tecnologia stessa rischia quindi di essere usata quale mezzo di conformità che vanifica lo scopo e la *ratio* delle prescrizioni normativa[85].

7. Rischi

Tra i rischi dell'utilizzo di soluzioni *RegTech* vi è il c.d effetto scatola nera (*black-box*): in generale, ambienti e processi complessi e automatizzati rischiano di rendere opaco la trasparenza del processo dei dati. Se la metodologia sottostante che governa i processi decisionali degli strumenti tecnologici non viene adeguatamente spiegata, si può creare un fenomeno di asimmetrie del flusso di informazioni che può finire con l'alimentare l'impressione che, quando gli strumenti *RegTech* sono utilizzati dai *regulator,* gli obblighi imposti dalle autorità siano futili e le sanzioni emesse siano incontrollabili e ingiustificate. L'opacità nell'applicazione del *RegTech* può rendere difficile per revisori e per gli enti stessi comprendere non solo le esatte ragioni che hanno portato l'autorità a sanzionare la società, ma anche ostacolare anche l'impugnazione di tali decisioni, poiché questi non hanno accesso alle informazioni e al metodo di elaborazione delle stesse.[86]

Dall'altro lato, l'adozione di queste tecnologie da parte degli enti può essere motivo di scetticismo da parte delle autorità di vigilanza e/o dalla Procura della Repubblica, oltre che dei revisori e della clientela, finendo con l'essere percepito come elemento di opacità circa il flusso e l'elaborazione delle informazioni.

Inoltre, considerando che solitamente sono terzi fornitori di servizi che mettono a disposizione le soluzioni *RegTech*[87] e vista la frequenza degli attacchi alla sicurezza informatica che provocano la perdita di dati e l'interruzione delle attività economiche o di vigilanza l'ente deve verificare che la sicurezza, la riservatezza e l'integrità dei dati siano adeguatamente presidiate. Inoltre, l'uso di tecnologie espone a maggiori rischi anche la *privacy* e la riservatezza aziendale. Sia le autorità di vigilanze che gli enti devono quindi dotarsi di un solido *business continuity plan* e di un *cybersecurity framework* in grado di far fronte ai rischi operativi[88], oltre che a solida *governance* dei dati e la messa in sicurezza delle infrastrutture IT.

Un altro rischio che vale la pena di evidenziare riguarda l'automazione dei processi che da un lato riduce i rischi di errori manuali, ma non elimina *in toto* gli errori umani derivanti dall'impostazione dei criteri applicativi delle soluzioni IT. Ad esempio, algoritmi non correttamente impostati potrebbero portare alla selezione di una strategia di gestione e/o mitigazione del problema rilevato scorretta o non adeguata, mettendo a rischio l'efficacia complessiva delle azioni di *compliance.*[89]

Inoltre, le risorse umane sono fondamentali per valutare e interpretare i risultati degli *output* prodotti da soluzioni *RegTech*, oltre a garantire accuratezza e completezza. L'apprendimento automatico e processi basati su algoritmi necessitano di risorse umane adeguatamente qualificate.[90]

Il *RegTech* è soggetto a un ulteriore problema, ossia l'allocazione delle responsabilità. Le autorità stesse, per esempio, rischiano di violare delle normative e di essere quindi esposte a potenziali responsabilità nei confronti dei vari *stakeholder*. Queste responsabilità potenzialmente derivanti da malfunzionamenti dell'infrastruttura IT, cosi come la copertura assicurativa per tali responsabilità, potrebbero non risultare di facile contrattazione[91]

Concludendo, le soluzioni *RegTech* consentono agli enti di automatizzare e rendere più effettiva la *compliance* con le esigenze della normativa vigente, tuttavia vi è il rischio che le piattaforme informatiche messe a disposizione degli enti, si traducano in tentativi delle società di eludere le normative.[92]

8. Conclusione costi-benefici

Poiché i soggetti destinatari della normativa non sono solo le persone giuridiche private riconosciute *ex* artt. 14 ss. c.c., ma anche le associazioni non riconosciute e gli enti privati privi di personalità giuridica, come emerge dall'art. 1, comma 2 del d.lgs. n. 231 del 2001[93], anche entità di scarsa importanza[94] finiscono con il diventare destinatarie del sistema processuale dispendioso progettato per la responsabilità da reato degli enti.

Ne consegue che, questo sistema possa risultare «*alla prova dei fatti, addirittura diseconomico*»[95].

Altrettanto rilevanti sono le crescenti spinte, raccolte nel ddl n. 726/2018, per rendere obbligatoria l'adozione dei Modell per determinate categorie di persone giuridiche[96].

Dall'altro lato, l'industria globale *RegTech* ha il potenziale di accelerare il perseguimento di un'innovazione normativa e finanziaria più sostenibile, efficace ed inclusiva. Non a caso, dal 2008, la combinazione tra nuove disposizioni regolamentari e tecnologia nel settore finanziario ha facilitato e diffuso una maggiore *compliance*, non solo grazie l'impiego di soluzioni *RegTech* da parte delle società, ma anche per via di un primo

approccio a tale fenomeno da parte di alcune autorità di vigilanza.
Tale processo non può che includere una trasformazione sia nel rapporto tra vari soggetti convolti (autorità e enti), che nelle infrastrutture che ne facilitino il dialogo e la vigilanza. Il nuovo paradigma, nel panorama italiano, offre un'ulteriore possibilità di incontro tra esigente preventive (da parte dello Stato) e vantaggi premiali (da parte degli enti) che trascende la questione ente regolamentato e coinvolge a tutto tondo le persone giuridiche soggette al d.lgs. n. 231 del 2001.
Di non secondaria importanza sono i costi relative alle infrastrutture *RegTech* che posso essere considerevoli: il loro acquisto, corsi di preparazione e aggiornamento, le consulenze specialistiche e la necessità di ulteriori servizi ancillari da parte di terzi fornitori.
La convenienza delle soluzioni *RegTech* è direttamente proporzionale con la dimensione del *business* sottostante all'ente. L'*economy of scale* del *RegTech* è evidente, al crescere della quantità della produzione e della dimensione di un'impresa corrisponde una riduzione del costo medio.
Concludendo, sebbene il *RegTech* sia un grande strumento di supporto per gli enti, al tempo stesso potrebbe non essere considerato come economicamente sostenibile per le piccole-medio imprese.
Tuttavia, l'aumento di *player* sul mercato e la crescente offerta di soluzioni variegate possono offrire soluzioni proporzionali alle dimensioni e alle disponibilità economiche dell'ente acquirente, riducendo in generale i costi di accesso alle soluzioni *RegTech*.

1 Il sistema è stato messo a punto nelle *Federal Sentencing Guidelines for Organizations* nell'anno 1991 cfr. C. De Maglie, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, 2002, p. 66 ss.

2 Per tutti v. C. De Maglie, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 73 ss.

3 A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche,* Il Mulino, 2010, cit p. 221.

4 H. Belluta, *L'ente incolpato. Diritti fondamentali e processo 231,* in *Procedura penale*, collana diretta da M- Bargis - G. Giostra- G. Illuminati - R.E. Kostoris - R. Orlandi, Giappichelli, 2018, p. 107; G. Lasco, sub *art. 12,* in *Enti e responsabilità da reato*, a cura di G. Lasco- V. Loria- M. Morgante, Giappichelli, 2017, p. 166; R. A. Ruggiero, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, in M. Bargis - G. Giostra- G. Illuminati- R. Kostoris- R. Orlandi, *Procedura Penale*, Giappichelli, 2018, p. 43 ss.; M. H. Schettino- F. Lucariello, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, Giuffrè,, 2019, p. 57; G. Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato,* in *Trattato di procedura penale,* diretto da G. Ubertis - G. Voena, Giuffrè, 2012, p. 92 ss.

5 H. Belluta, *L'ente incolpato. Diritti fondamentali e processo 231,* cit., p. 107; G. Lasco, sub *art. 12,* cit. p. 166; A. Ruggiero, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, cit., p. 43 ss.; M. H. Schettino- F. Lucariello, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 57.

6 G. Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato,* cit. p. 92.

7 L'Associazione Bancaria Italiana (ABI) ha avviato un cantiere dedicato all'analisi di soluzioni tecnologiche disponibili e i relativi trend. Accessibile al sito: https://www.abi.it/Pagine/news/ParteFintech.aspx. Ultimo accesso 19 Dicembre 2020. Nell'Agosto 2020, l'Associazione Bancaria Europea (EBA) ha pubblicato una consultazione sul tema. Accessibile al sito: https://eba.europa.eu/eba-consults-use-regtech-solutions-and-ways-support-uptake-regtech-across-eu. Ultimo accesso 19 Dicembre 2020.

8 L'emergere del *FinTech* è attribuibile a: (1) le carenze del mercato finanziario causate dal crisi finanziaria e dalla risposta normativa che ne è derivata, (2) la sfiducia del pubblico nell'industria dei servizi finanziari, in particolare negli Stati Uniti e nell'UE, (3) la pressione politica a favore di fonti di finanziamento alternative per le piccole e medie imprese, (4) la mercificazione della tecnologia e la penetrazione nel mercato di Internet e dei telefoni cellulari, in particolare degli *smartphone*. Vedi D.W. Arner – J.N. Barberis- R. P. Buckley, *FinTech, RegTech and the Reconceptualization of Financial Regulation*, in *Northwestern Journal of International Law & Business, Forthcoming, University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper,* 35, 2016.

9 "*Solo nel 2017, in Italia, sono state emanate ben 1.509 norme di diritto europeo e nazionale, considerando tutte le fasi normative si tratta di circa sei norme per ogni giornata lavorativa, con un incremento rispetto alle 1.247 del 2016*" cfr. ABI. Accessibile al sito: https://www.abi.it/Pagine/news/ParteFintech.aspx. Ultimo accesso 19 Dicembre 2020.
Sul tema anche D.W. Arner – J.N. Barberis- R. P. Buckley, *FinTech, RegTech and the Reconceptualization of Financial Regulation*, in *Northwestern Journal of International Law & Business, Forthcoming, University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper,* 35, 2016, p. 4 ss; J.W. Bagby – N. Packin, *RegTech and Predictive Lawmaking: Closing the RegLag between Prospective Regulated Activity and Regulation*, 2020, p. 11.

10 G. Loiacono- A. Mazzullo – E. Rulli, *ResTech: Innovative Technologies for Crisis Resolution*, in *Oxford Business Law Blog,* 2020, p. 2.

11 D.W. Arner – J.N. Barberis- R. P. Buckley, *FinTech, RegTech and the Reconceptualization of Financial Regulation*, cit., p. 4 ss; G. Loiacono- A. Mazzullo – E. Rulli, *ResTech: Innovative Technologies for Crisis Resolution*, cit., p. 2.

12 "*RegTech is a sub-set of FinTech that focuses on technologies that may facilitate the delivery of regulatory requirements more efficiently and effectively than existing capabilities*", Financial Conduct Authority, *Feedback Statement, Call for Input on Supporting the Development and Adopters of RegTech,* 2016, p. 3.

13 J.W. Bagby – N. Packin, *RegTech and Predictive Lawmaking: Closing the RegLag between Prospective Regulated Activity and Regulation*, cit., p. 10.

14 D.W. Arner – J.N. Barberis- R. P. Buckley, *FinTech, RegTech and the Reconceptualization of Financial Regulation*, cit., p. 4 ss.

15 L'institute of International Finance identifica una serie di soluzioni tecnologiche innovative che possono migliorare la gestione dei dati e l'analisi include *inter alias,* il *cryptographic technology, data mining algorithms, machine learning, blockchain, robotics* e *visual analytics*. Vedi D.W. Arner – J.N. Barberis- R. p. Buckley, *FinTech, RegTech and the Reconceptualization of Financial Regulation*, cit., p. 15.

16 D.W. Arner – J.N. Barberis- R. P. Buckley, *FinTech, RegTech and the Reconceptualization of Financial Regulation*, cit., p. 15.

17 J.W. Bagby – N. Packin, *RegTech and Predictive Lawmaking: Closing the RegLag between Prospective Regulated Activity and Regulation*, cit., p. 10.

18 G. Loiacono- A. Mazzullo – E. Rulli, *ResTech: Innovative Technologies for Crisis Resolution*, cit., p. 2 ss.

19 D.W. Arner – J.N. Barberis- R. P. Buckley, *FinTech, RegTech and the Reconceptualization of Financial Regulation*, cit., p. 15.

20 FCA, RegTech Forum Series: https://web.cvent.com/event/cadb5e87-3dfb-4635-859d-7539f255a63f/summary?rp=00000000-0000-0000-0000-000000000000. Ultimo accesso 4 Dicembre 2020.

21 FCA, *Moving your firm to RegData*: https://www.fca.org.uk/firms/regdata/moving-your-firm-regdata Ultimo accesso 4 Dicembre 2020. FCA, *The Digital Sandbox Pilot*: https://www.fca.org.uk/firms/innovation/digital-sandbox. Ultimo accesso 4 Dicembre 2020.

22 D.W. Arner – J.N. Barberis- R. P. Buckley, *FinTech, RegTech and the Reconceptualization of Financial Regulation*, cit., p. 15.

23 G. Loiacono- A. Mazzullo – E. Rulli, *ResTech: Innovative Technologies for Crisis Resolution*, in *Oxford Business Law Blog,* 2020, p. 2. La FCA è stata la prima a descrivere l'applicazione di nuove tecnologie che potrebbero aiutare a gestire meglio le sfide normative e i pericoli della sicurezza informatica.

24 D.W. Arner – J.N. Barberis- R. P. Buckley, *FinTech, RegTech and the Reconceptualization of Financial Regulation*, cit., p. 17.

25 D.W. Arner – J.N. Barberis- R. P. Buckley, *FinTech, RegTech and the Reconceptualization of Financial Regulation*, cit., p. 17.

26 Una rendicontazione standardizzata e armonizzata potrebbe quindi essere vantaggiosa sia per gli enti che per le autorità di regolamentazione.

27 Un sistema globale di *reporting* e il *KYC* a disposizione dei partecipanti - sia le autorità di regolamentazione che l'industria - potrebbero trasformare gli sforzi anti-riciclaggio e i relativi costi di conformità, oltre a sostenere l'inclusione finanziaria, come evidenziato nel focus del G20/FSB sul *correspondent banking*. Da Gennaio 2020 è diventata attuativa la quinta direttiva antiriciclaggio e lotta al finanziamento del terrorismo che prevede l'istituzione di banche date per condividere le informazioni relative ai *beneficial owners*.

28 M. Ceresa Gastaldo, *Procedura penale delle società,* Giappichelli, 2017, p. 24; D. Cimadomo, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti. Il difficile equilibrio tra difesa e prevenzione*, in A. Giarda- G. Spangher- P. Tonini, *Problemi attuali della giustizia penale*, CEDAM, 2016, p. 225-226; F. Sbisà, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01),* Ipsoa, 2017, p. 68 ss.; M. H. Schettino- F. Lucariello, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 91 ss.

29 M. H. Schettino- F. Lucariello, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 73.

30 M. Ceresa Gastaldo, *Procedura penale delle società,* cit., p. 23; D. Cimadomo, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti.,* cit., p. 224 ss.; A. Presutti-A. Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 102; F. Sbisà, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01),* cit., p. 54 ss.; M. H. Schettino- F. Lucariello, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 67-68.

31 D. Cimadomo, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti.,* cit., p. 221; A. Presutti-A. Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 100 F. Sbisà, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01),* cit., p. 58.

32 A. Presutti-A. Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 101; M. H. Schettino- F. Lucariello, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 74.

33 M. Ceresa Gastaldo, *Procedura penale delle società,* cit., p. 23; D. Cimadomo, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti.,* cit., p. 225-226.

34 M. Ceresa Gastaldo, *Procedura penale delle società,* cit., p. 24; D. Cimadomo, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a*

carico degli enti., cit., p. 227; F. Sbisà, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01),* cit., p. 86 ss.; M. H. Schettino- F. Lucariello, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 67-68.

35 Si pensi al caso di soluzioni per il monitoraggio delle transazioni, o per KYC.

36 M. Ceresa Gastaldo, *Procedura penale delle società,* cit., p. 24; D. Cimadomo, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti.,* cit., p. 225-226; F. Sbisà, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01),* cit., p. 68 ss.; M. H. Schettino- F. Lucariello, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 92 ss.

37 In tema di valutazione dell'idoneità *ex ante* ed *ex post* v. M. Ceresa Gastaldo, *Procedura penale delle società,* cit., p. 22-23; D. Geronimo, *Responsabilità da reato degli enti: l'adozione di modelli organizzativi post factum ed il commissariamento giudiziale nell'ambito delle dinamiche cautelari,* in *Cass. pen.*, 2004, p. 257 ss; S. Giavazzi, sub *art. 17-21*, in A. Giarda- E.M. Mancuso- S. Spangher- G. Varraso, *Responsabilità «penale» delle persone giuridiche. D.lgs. 231/2001*, Ipsoa, 2007, p. 163 ss.; G. Salcuni, *La valutazione di idoneità dei modelli ed il requisito dell'elusione fraudolenta*, in R. Borsari, *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, Padova University Press, 2016, p. 111 ss.; G. Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato,* cit., p. 94-95.

38 Sul tema v. A. Presutti-A. Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti,* cit., p. 100 ss. In materia di linee guida si veda per esempio CONFINDUSTRIA, *Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, in www.confindustria.it; ABI, *Linee guida dell'Associazione Bancaria Italiana per l'adozione di modelli organizzativi sulla responsabilità amministrativa delle banche*, in www.abi.it

39 Cfr. v. Cass. pen., sez. IV, 24 gennaio 2019, n. 16598; Cass pen. sez. III, 23 gennaio 2019, n. 11518 § 18; Cass., Sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343 Espenhahn e altri; Cass. pen., Sez. II, 20 giugno 2018, n. 41012, § 10.2

40 D. Cimadomo, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti.,* cit., p. 235; M. H. Schettino- F. Lucariello, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 67-68.

41 D. Cimadomo, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti.,* cit., p. 235.

42 Cfr. v. Cass. pen., sez. IV, 24 gennaio 2019, n. 16598; Cass pen. sez. III, 23 gennaio 2019, n. 11518 § 18; Cass., Sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343 Espenhahn e altri; Cass. pen., Sez. II, 20 giugno 2018, n. 41012, § 10.2

43 *Ex multis* v. A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche,* cit., p. 191; A. Bernasconi, Societas delinquere (et puniri) potest, in *Manuale della responsabilità degli enti,* a cura di A. Presutti-A. Bernasconi, Giuffrè, 2018, p. 6; M. Ceresa Gastaldo, *Procedura penale delle società,* cit., p. 1 ss.; F. Sbisà - E. Spinelli- B. Agostini, *La responsabilità amministrativa degli enti: origine, natura, principi e criteri d'imputazione,* cit., p. 28 ss.; G. Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato,* cit. p. 18.

44 Quelli che la Relazione chiama *criteri di imputazione sul piano oggettivo,* e che sono previsti all'art. 5 del d. lgs. n. 231/2001, individuano i *soggetti qualificati* che, con la commissione di reati *per conto* dell'ente, ne innescano la responsabilità. M. Ceresa Gastaldo, *Procedura penale delle società,* cit., p. 14 ss.; D. Cimadomo, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti.,* cit., p. 104 ss.; F. Sbisà, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01),* cit., p. 28 ss; M. H. Schettino- F. Lucariello, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 20 ss; G. Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato,* cit., p. 37. In giurisprudenza di recente v. Cass. pen., Sez. VI, 25 settembre 2018, n. 54640.

45 Sul tema v. A. Bernasconi, sub *art 5,* cit., p. 97 ss.; M. Ceresa Gastaldo, *Procedura penale delle società,* cit., p. 16 ss.; D. Cimadomo, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti,* cit., p. 104 ss; C. Santoriello, *I requisiti dell'interesse e del vantaggio della società nell'ambito della responsabilità dell'ente collettivo*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2008, 49 ss; F. Sbisà, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01),* cit., p. 32 ss.; M. H. Schettino- F. Lucariello, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 20 ss. G. Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato,* cit., p. 41 ss.

46 I criteri di imputazione c.d. soggettiva, invece, riprendono l'idea di *colpevolezza* intesa come *riprovevolezza,* e si prepongono di attribuire all'ente una responsabilità che derivi da una *colpa di organizzazione* e che sia, comunque, espressione della *politica aziendale.* In tema v. A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche,* cit., p. 216; A. Bernasconi, sub *art 5,* cit., p. 113; M. Ceresa Gastaldo, *Procedura penale delle società,* cit., p. 20 ss.; D. Cimadomo, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti,* cit., p. 114 ss.

47 Sul tema v. M. Ceresa Gastaldo, *Procedura penale delle società,* cit., p. 21-22; F. Sbisà, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01),* cit., p. 39 ss.; M. H. Schettino- F. Lucariello, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 28-29. G. Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato,* cit., p. 51 ss. In giurisprudenza di recente v. Cass. pen., Sez. VI, 25 settembre 2018, n. 54640; Cass., Sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343 Espenhahn e altri.

48 Sul tema v. M. Ceresa Gastaldo, *Procedura penale delle società,* cit., p. 21-22; M. H. Schettino- F. Lucariello, *La difesa*

degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale, cit., p. 28-29. Per una maggiore concretizzazione dei modelli è necessario porre l'attenzione sulle possibili cause degli illeciti, che stanno alla base di una progettualità preventiva circa i rischi, e sulle dinamiche che permettono l'occultamento e che, se contrastate, possono favorirne l'emersione v. G. Forti, *Percorsi di legalità in campo economico: una prospettiva criminologico-penalistica*, in *Ciclo di seminari "L'uomo e il denaro*", 2009, p. 55.

49 Sul tema v. A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 225; M. Ceresa Gastaldo, *Procedura penale delle società,* cit., p. 21-22.

50 M. Ceresa Gastaldo, *Procedura penale delle società,* cit., p. 21-22; M. H. Schettino- F. Lucariello, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 28-29.

51 Sul tema v. M. Ceresa Gastaldo, *Procedura penale delle società,* cit., p. 21-22; D. Cimadomo, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti. Il difficile equilibrio tra difesa e prevenzione*, cit., p. 80-81; Ivi, p. 174 ss; P. Paulesu, *L'accertamento della responsabilità penale degli enti: riflessioni in tema di dinamiche probatorie e regole decisorie*, in R. Borsari, *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, Padova University Press, 2016, p. 417 ss.; M. H. Schettino- F. Lucariello, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 28-29.

52 G. Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato,* cit., p. 52. In tema v. M. Ceresa Gastaldo, *Procedura penale delle società,* cit., p. 21-22; M. H. Schettino- F. Lucariello, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 28-29.

53 M. Ceresa Gastaldo, *Procedura penale delle società,* cit., p. 21-22; F. Sbisà, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01),* cit., p. 40; M. H. Schettino- F. Lucariello, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 28-29.

54 Sul tema M. Ceresa Gastaldo, *Procedura penale delle società,* cit., p. 21-22; F. Sbisà, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01),* cit., p. 41; M. H. Schettino- F. Lucariello, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 28-29.

55 Sul tema A. Bernasconi, sub *art 6,* cit., p. 148 ss.; M. Ceresa Gastaldo, *Procedura penale delle società,* cit., p. 21-22; F. Sbisà, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01),* cit., p. 41; M. H. Schettino- F. Lucariello, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 28-29.

56 Sul tema v. A. Bernasconi, sub *art 7,* in *La responsabilità degli enti,* a cura di A. Presutti- A. Bernasconi- C. Florio, Giuffrè, 2008, p.163 ss; M. Ceresa Gastaldo, *Procedura penale delle società,* cit., p. 22-23; F. Sbisà, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01),* cit., p. 42 ss.; M. H. Schettino- F. Lucariello, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 32; G. Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato,* cit., p. 58 ss. In giurisprudenza di recente v. Cass. pen., Sez. VI, 25 settembre 2018, n. 54640; Cass., Sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343 Espenhahn e altri.

57 Sul tema v. M. Ceresa Gastaldo, *Procedura penale delle società,* cit., p. 22-23; M. H. Schettino- F. Lucariello, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 32-33.

58 Sul tema v. M. Ceresa Gastaldo, *Procedura penale delle società,* cit., p. 22-23; D. Cimadomo, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti,* cit., p. 175.

59 Con la conseguenza che il "costo" degli illeciti finisce con l'essere sostenuto dai clienti. «*Il* versari in re illicita *si traduce in un disincentivo all'osservanza di cautele doverose*» Relazione ministeriale di accompagnamento al d.lgs. n. 231/2001 § 3.3 .

60 D. Cimadomo, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti.,* cit., p. 237

61 D. Cimadomo, *Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti.,* cit., p. 237; A. Presutti-A. Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 96; M. H. Schettino- F. Lucariello, *La difesa degli enti e dagli enti nel d.lgs. n. 231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, cit., p. 67 ss.

62 Deloitte, New Horizons. Compliance 2020 and beyond, 2020. https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/uk/Documents/risk/deloitte-uk-compliance-thought-leadership-16.pdf.

63 EBA, Accessibile al sito https://eba.europa.eu/eba-consults-use-regtech-solutions-and-ways-support-uptake-regtech-across-eu e https://eba.europa.eu/financial-innovation-and-fintech/fintech-knowledge-hub/regtech-industry-survey

64 G. Loiacono- A. Mazzullo – E. Rulli, *ResTech: Innovative Technologies for Crisis Resolution*, in *Oxford Business Law Blog,* 2020, p. 7.

65 G. Loiacono- A. Mazzullo – E. Rulli, *ResTech: Innovative Technologies for Crisis Resolution*, in *Oxford Business Law Blog,* 2020, p. 7.

66 Espressione con la quale si indicano i reati commessi da "*una persona rispettabile e appartenente alle più alte classi sociali nel corso della sua occupazione" Cfr.* E. H. Sutherland, *White collar crime,* trad. it. a cura di G. Forti *Il crimine dei colletti bianchi. La versione integrale,* Giuffrè, 1987, p. 8. Per le critiche al concetto di *white collar crime,* considerato troppo vasta v.

P. Tappan, *Who is the Criminal?* in *Am. Soc. Rev.,* 1947, p. 12 ss.

67 Sul tema J. Braithwaite - B. Fisse, *Corporations, crime and accountability,* Cambridge University Press, 1993; John C. Coffee, *Corporate criminal liability: An Introduction and Comparative Survey* in Eeser-Heine-Huber, *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities,* 1999, p.10; P. Tappan, *Who is the Criminal?* in *Am. Soc. Rev.,* 1947.

68 All'epoca erano previste delle sanzioni amministrative pecuniarie. Per approfondire il concetto di relatività del reato v. G. Forti, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale,* Cortina Raffaello, 2000, p. 304 ss.

69 G. Forti, *L'immane concretezza,* cit., p. 228 ss.; Ivi, p. 337 ss.

70 G. Forti, *Percorsi di legalità in campo economico: una prospettiva criminologico-penalistica*, in *Ciclo di seminari "L'uomo e il denaro*", 2009, p. 43.

71 Per comprendere il motivo per cui fenomeni patologici legati al mondo dei rapporti economici siano comunemente percepiti in modo "meno grave" rispetto alla criminalità c.d. di strada e, di conseguenza, la ragione per cui "l'intensità" della risposta penale risulta essere diversa, bisogna riprendere il concetto di euristica della disponibilità e di campo oscuro. Il primo concetto si basa su un tipico meccanismo attraverso cui l'uomo si rappresenta i rischi basandosi sulla facilità con cui la mente riesce a pensare a esempi pertinenti; il pubblico costantemente sottoposto alla spettacolarizzazione del crimine e alla brutalità dei reati c.d. di strada, dove la vittima è palesata e l'autore ha un volto da condannare, è più sollecitato da questi ultimi rispetto ai "noiosi" illeciti finanziari, in cui la vittima è invisibile e gli autori spesso non hanno un volto o si presentano come persone ben integrate nel complesso sociale. Il c.d. privilegio degli affari permette di tutelare la reputazione e condizionare le riforme legislative, contribuendo al mantenimento degli illeciti d'impresa nel campo oscuro, rallentandone l'emersione e sottraendoli alle istanze di controllo, sia a livello di criminalizzazione in c.d. astratto, attraverso la previsione di una normativa penale, che di criminalizzazione in c.d. concreto, poiché gli agenti istituzionali tendo a dare la precedenza ad altri autori di reato. Per queste ragioni si parla di una depenalizzazione di fatto che investe la criminalità degli affari e accresce la cifra nera.

72 Si passa quindi dalla visione antropomorfica alla visione c.d. strutturale, considerando l'ente capace di produrre determinati effetti criminosi. Sul tema C. De Maglie, *L'etica,* cit., p. 249; R. A. Ruggiero, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, in M. Bargis - G. Giostra- G. Illuminati- R. Kostoris- R. Orlandi, *Procedura Penale*, Giappichelli, 2018, p. 87 ss; F. Sbisà- N. Motta, *Uno sguardo comparato. La responsabilità degli enti nei paesi di* common law, in F. Sbisà, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01),* Ipsoa, 2017, p. 492 ss.

73 Sutherland avvalendosi della figura dei *colletti bianchi* corroborò la sua teoria delle associazioni differenziali secondo cui "*nelle condizioni adatte, una certa persona tiene un comportamento criminale solo se le definizioni favorevoli prevalgono su quelle sfavorevoli"* cfr. E. H. Sutherland, *Il crimine,* cit., p. 305. In tema *v.* A. Ceretti, *L'orizzonte artificiale. Problemi epistemologici della criminologia,* CEDAM, 1992, p. 217 ss. Sull'influenza delle dinamiche di gruppo sul comportamento individuale v. P. zimbardo, *L'effetto lucifero. Cattivi si diventa,* trad. it., Cortina Raffaello, 2008.

74 In tema di *colpevolezza organizzativa* v. A. Alessandri, *Commento all'art 27*, cit., p. 154.

75 In assenza di quella struttura organizzata difficilmente si commetterebbero i reati imputati al soggetto autore v. A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche,* cit., p. 65; C. De Maglie, *L'etica,* cit., p. 252.

76 J. Braithwaite - B. Fisse, *Corporate,* cit., p. 4.

77 Sul tema C. De Maglie, *L'etica,* cit., p. 254 ss.

78 J. Braithwaite - B. Fisse, *Corporate,* cit., p. 2. L'autore individua il gruppo come "matrice essenziale" del reato d'impresa.

79 La c.d. sindrome da "ebbrezza da rischio", ossia la sottovalutazione del rischio di insuccesso e la sopravvalutazione della possibilità di successo quando questi soggetti agiscono in gruppo v. C. De Maglie, *L'etica,* cit., p. 51.

80 A. Ceretti, *L'orizzonte artificiale,* cit., p. 228; Sulla teoria delle negazioni G. Forti, *L'immane concretezza,* cit., p. 499 ss.

81 G. Forti, *Percorsi,* cit., p. 42.

82 Deloitte, *Compliance in the spotlight Challenges and opportunities for corporate compliance functions,* 2013. https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/uk/Documents/about-deloitte/deloitte-uk-audit-compliance-in-the-spotlight.pdf; T. Haugh, *Harmonizing Governance, Risk Management, and Compliance through the Paradigm of Behavioral Ethics Risk*, in *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, Vol. 21, No. 4, 2019.

83 Haugh, T., *Harmonizing Governance, Risk Management, and Compliance through the Paradigm of Behavioral Ethics Risk*, in *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, Vol. 21, No. 4, 2019; Deloitte, *Compliance in the spotlight Challenges and opportunities for corporate compliance functions,* 2013.

84 Deloitte, *Compliance in the spotlight Challenges and opportunities for corporate compliance functions,* 2013; Haugh, T., *Harmonizing Governance, Risk Management, and Compliance through the Paradigm of Behavioral Ethics Risk*, in *University of Pennsylvania Journal of Business Law,* Vol. 21, No. 4, 2019.

85 L'etica intesa come spinta a prendere decisioni sulla base di una convinzione morale, e non tanto per il mero fine di obbedire alle disposizioni di legge, non esime di per sé l'ente dal commettere violazioni: per quanto etica, una condotta può

comunque essere non conforme alla disciplina vigente. Dall'altro lato, un atteggiamento conforme alla normativa vigente, può essere considerato non etico, ad esempio, si consideri che i profitti delle banche risentono delle decisioni in termini di gestione del livello di capitale e di liquidità nel modo più efficace possibile, per questo la tendenza è quella di individuale il metodo che consenta di abbassare il livello di capitale minimo richiesto.

86 G. Loiacono- A. Mazzullo – E. Rulli, *ResTech: Innovative Technologies for Crisis Resolution*, in *Oxford Business Law Blog,* 2020, p. 18 ss.

87 Come normalmente avviene nei casi di strumenti di *data security* impiegati dalle autorità di vigilanza.

88 G. Loiacono- A. Mazzullo – E. Rulli, *ResTech: Innovative Technologies for Crisis Resolution*, in *Oxford Business Law Blog,* 2020, p. 18 ss.

89 Ibidem

90 Ibidem. L'insieme delle competenze umane di cui l'autorità di vigilanza e gli enti possono avere bisogno (a seconda della complessità del sistema adottato) è ampio e comprende le competenze tecnologiche, le competenze ingegneristiche e le competenze specifiche per la *compliance*. Il personale - che molto probabilmente ha un *background* legale o economico – potrebbe dover essere affiancato da un ingegnere finanziario e da un analista dei dati, le cui conoscenze sono fondamentali per decidere qualsiasi ulteriore azione in seguito all'uscita delle tecnologie innovative

91 Ibidem

92 Pertanto, tra i rischi del *RegTech* vi è un uso improprio della tecnologia al mero fine di non essere in violazione della disciplina attenendosi al minimo regolamentare o, nei casi più estremi, eludere la regolamentazione e frustrare gli obiettivi delle autorità di vigilanza, facendo si che l'ente e la *compliance function* finisca con il promuovere quei medesimi comportamenti che la disciplina vigente intende prevenire.

93 Il legislatore ha evitato di stilare elenchi dei destinatari e si è limitato a indicare categorie di enti attraverso una «*formula elastica*». Sono state giurisprudenza e dottrina a cimentarsi nell'interpretazione della norma per individuare con maggiore precisione quali tra le numerose realtà dotate di qualifica giuridica siano da considerarsi soggette alla disciplina, nonostante il principio di legalità richieda anche la determinatezza dei destinatari e, pertanto, non dovrebbe essere ammessa l'interpretazione analogica o estensiva dell'articolo. È possibile desumere dei criteri sistematici che aiutino a interpretare l'inclusione o meno nel gruppo dei destinatari della disciplina. Innanzitutto, devono esserci un'apprezzabile complessità organizzativa e la capacità patrimoniale autonoma. Poiché le sanzioni colpiscono in via esclusiva il patrimonio dell'ente in quanto centro di imputazione soggettiva distinto dalla persona fisica si è considerato opportuno escludere le realtà individuali.

94 A. Rossi, *I soggetti persone giuridiche*, cit., p. 27

95 Relazione ministeriale del d.lgs. n. 231/2001 § 2

96 «*Pertanto, il presente disegno di legge intende introdurre l'obbligatorietà del citato modello 231 e della nomina dell'organismo di vigilanza di cui all'articolo 6, comma 1, lettera b), del decreto legislativo n. 231 del 2001 a tutte le società di capitali e cooperative che non rientrino nei limiti dimensionali e reddituali previsti dall'articolo 2435-bis, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, nonché la previsione di sanzioni pecuniarie per le società inadempienti*» v. disegno di legge n. 726/2018, p. 4.

06 Lo strano caso delle vicende modificative dell'ente: è giusto punire Jekyll per le colpe di Hyde?

di Jean-Paule Castagno e Andrea Alfonso Stigliano

Patrick: Ask me a question.
Daisy: What do you do?
Patrick: I'm into... well murders and executions mostly.
Daisy: Do you like it?
Patrick: It depends. Why?
Daisy: Because most guys I know who work with mergers and acquisitions really don't like it.

Abstract
Nel disciplinare le quattro modificazioni regolate dal D. Lgs. 231/2001– trasformazione, fusione, scissione e trasferimento d'azienda – il legislatore ha inteso seguire due direttrici: le sanzioni pecuniarie sono valutate alla stregua degli altri debiti dell'ente originariamente responsabile, in forza della normativa civilistica applicabile alla specifica modifica intervenuta, mentre le sanzioni interdittive seguono il ramo di attività nell'ambito del quale il reato presupposto è stato commesso, salvo nel caso di trasferimento di azienda il quale non comporta alcuna trasmissione di sanzioni interdittive. Nessun rilievo è, invece, attribuito né ad avvicendamenti di azionisti o detentori di quote, che potrebbero comportare spostamenti di proprietà sostanziale, né a riorganizzazioni aziendali, che potrebbero tradursi in profonde modifiche dei controlli interni.
Tale disciplina va incontro ad un duplice ordine di considerazioni. Da una parte, alcune disposizioni si prestano a facili elusioni: si pensi, ad esempio, alla previsione secondo la quale la sanzione interdittiva si trasmette in caso di scissione e non in caso di trasferimento d'azienda. Ne consegue che se l'ente responsabile decidesse di trasferire l'azienda ad un ente di nuova costituzione, il cui capitale fosse interamente detenuto dai soci dell'ente cedente, tale operazione avrebbe come effetto quello di liberare l'azienda dalla sanzione interdittiva, pur mantenendo intatti organizzazione interna e assetti proprietari. Dall'altra parte, una società che, a seguito di una modificazione, abbia subito una drastica sostanziale trasformazione – in termini sia di soci sia di controlli interni – a seguito della quale risultino colmate le carenze organizzative che hanno comportato la commissione del reato presupposto, sarà punita esclusivamente per le colpe del proprio predecessore con il quale, tuttavia, avrà poco o nulla in comune. A fronte di tali considerazioni, il contributo è sviluppato come segue: i) analisi della attuale disciplina, con particolare riguardo alle similitudini e alle differenze tra le quattro vicende modificative regolate dal D. Lgs. 231/2001; ii) strumenti societari e rimedi contrattuali attraverso i quali evitare il trasferimento della responsabilità o sterilizzare le conseguenze negative di tale trasferimento di responsabilità in capo ai soggetti differenti rispetto all'ente nel cui ambito è stata commessa la violazione; iii) analisi dell'esperienza comparata, con particolare riguardo alla normativa statunitense in tema di *"successor liability"*; iv) possibili prospettive di riforma del D. Lgs. 231/2001 verso un sistema che parametri, sia nell'*an* sia nel *quantum*, la trasmissione della responsabilità in caso di effettiva *"identità sostanziale"* e non solo formale tra gli enti coinvolti nella modificazione.

In regulating the four corporate change provided by D. Lgs. 231/2001 – transformation, merger, demerger and transfer of the company – Italian law follows two guidelines: the pecuniary sanctions are assessed in the same way as the other debts of the entity originally responsible, by virtue of the civil law regulations applicable to the specific corporate change, while the disqualification sanctions follow the branch of activity

within which the offence was committed, except in the case of transfer of the company which does not involve any transfer of disqualification sanctions. On the other hand, no importance is attributed either to changes of shareholders or holders of shares, which could entail substantial changes in ownership, or to company reorganizations, which could result in profound changes in internal system and controls.
This discipline is subject to a twofold set of considerations. On the one hand, some provisions lend themselves to easy circumvention: consider, for example, the provision according to which the disqualification sanction is transmitted in the event of a demerger and not in the event of a company transfer. It follows that if the liable entity decides to transfer the company to a newly established entity, whose capital is entirely held by the shareholders of the transferring entity, this transaction would have the effect of freeing the company from the disqualification sanction, while maintaining its internal organization and ownership structure intact. On the other hand, a company which, following a modification, has undergone a drastic and substantial transformation – in terms of both shareholders and internal systems and controls – as a result of which the structural deficiencies that led to the commission of the predicate offence have been remedied, will be punished exclusively for the faults of its predecessor with whom, however, it will have little or nothing in common.
In view of these considerations, the article is developed as follows: i) analysis of the current legal framework, with particular regard to the similarities and differences between the four corporate changes governed by D. Lgs. 231/2001; ii) tools and contractual remedies through which to avoid or to sterilize the negative consequences of the transmission of liability to parties other than the corporate entity which committed the violation; iii) analysis of comparative experience, with particular regard to US legal system on the subject of "successor liability"; iv) possible reform suggestions of D. Lgs. 231/2001 towards a system that parameters the transfer of liability in the event of effective "substantial identity" and not just formal identity between the entities involved in the corporate change.

Sommario

1. Premessa - **2.** Le vicende modificative dell'ente nell'attuale sistema della responsabilità ai sensi del Decreto - **2.1.** Premessa. Inquadramento delle vicende modificative dell'ente nel contesto del Decreto - **2.2.** La responsabilità patrimoniale dell'ente - **2.2.1.** Enti potenzialmente responsabili - **2.2.2.** Soci illimitatamente responsabili - **2.2.3.** Privilegio dei crediti dello Stato - **2.3**. La Trasformazione - **2.3.1.** Inquadramento civilistico dell'istituto - **2.3.2.** La disciplina nel Decreto - **2.4.** La Fusione **2.4.1.** Inquadramento civilistico dell'istituto - **2.4.2.** La disciplina nel Decreto - **2.5.** La Scissione - **2.5.1.** Inquadramento civilistico dell'istituto - **2.5.2.** La disciplina nel Decreto - **2.6.** Disposizioni comuni in materia di fusione e scissione - **2.6.1.** Determinazione delle sanzioni nel caso di fusione o scissione - **2.6.2.** Rilevanza della fusione o della scissione ai fini della reiterazione - **2.7.** La Cessione di Azienda - **2.7.1.** Considerazioni generali in tema di cessione di azienda - **2.7.2.** La disciplina nel Decreto - **3.** Le vicende modificative dell'ente nella prassi: attività di "acquisizioni" societarie e responsabilità 231 - **3.1.** Due diligence e rischio reato - **3.1.1.** Procedimento già concluso o in corso - **3.1.2.** Procedimento non ancora avviato - **3.2.** Ingegneria societaria: uno strumento giuridico per ogni esigenza - **3.3.** Riorganizzazione virtuosa dell'ente - **4.** L'esperienza comparata: dalla Successor Liability alla Successor Identity - **4.1.** Corporate Criminal Liability e Successor Liability - **4.2.** Successor Identity - **5.** De iure condendo: quale spazio per una Sucessor Identity nel sistema italiano?

1. Premessa

Pur se il sistema introdotto dal D. Lgs. 231/2001 (nel prosieguo, il "Decreto") ha affinato le differenze, agli occhi del diritto (o meglio del giudice) penale, tra persone fisiche e giuridiche, vi sono alcune caratteristiche ontologiche di ciascuna categoria che non trovano un proprio equivalente nell'altra.
Per quanto qui di interesse, le persone fisiche non si trasformano, non si fondono tra loro o non si scindono in più entità differenti e non cedono a terzi la propria "anima". Diversamente, gli enti collettivi sono per loro natura mutevoli e instabili, essendo soggetti a numerose vicende che ne modificano le caratteristiche e i relativi assetti proprietari.
Tale peculiarità degli enti impone la previsione di specifici meccanismi di trasmissione della responsabilità tra l'ente pre-operazione – intendendo con il termine operazione in maniera indistinta ognuna delle vicende modificative del soggetto metaindividuale disciplinate all'interno del Decreto – e l'ente trasformato, fuso, scisso o cedente/cessionario di azienda.
Il presente lavoro è diviso in quattro parti.

Nella prima parte, sarà analizzata l'attuale disciplina prevista dal Decreto, trattando in maniera consecutiva le quattro vicende modificative, attraverso una ricognizione delle disposizioni normative, delle diverse interpretazioni dottrinali e delle (sporadiche) pronunce giurisprudenziali.
Nella seconda parte, saranno affrontate alcune problematiche pratiche connesse alle operazioni di "acquisizione" di società: l'importanza di una approfondita *due diligence* per identificare e mitigare il rischio di "contagio"; l'impatto che la scelta di uno schema societario rispetto ad un altro (fusione *vs* acquisto di azienda *vs* acquisto di quote) ha in termini di trasmissione della responsabilità amministrativa da reato; gli effetti, in termini di limitazioni di responsabilità che derivano da una riorganizzazione virtuosa del nuovo ente a seguito del completamento dell'acquisizione.
Nella terza parte, si fornirà una breve ricostruzione dei criteri che disciplinano la *successor liability* nel sistema statunitense. Un tale esercizio, lungi dall'offrire una analisi completa di tale modello di responsabilità, si propone quale obiettivo quello di fotografare alcune specifiche caratteristiche del medesimo, in termini sia di disciplina vigente sia di proposte di riforma. In particolare, laddove il modello di *"responsabilità del successore"* statunitense e quello italiano appaiono entrambi caratterizzati (con diverse gradazioni) da un sostanziale automatismo in forza del quale l'ente risultante diventa automaticamente centro di imputazione della responsabilità nascente dal reato commesso dal proprio predecessore, interessanti spunti di riflessione possono derivare dalla teoria della *successor identity* che, in forte discontinuità rispetto agli attuali modelli di successione nella responsabilità, propone un nuovo approccio che limiti la trasmissione di responsabilità alle sole ipotesi di *"identità"* sostanziale tra i soggetti metaindividuali coinvolti.
Nella quarta ed ultima parte, si svolgeranno alcune considerazioni conclusive, proponendo dei possibili spunti di riforma dell'attuale modello, introducendo ipotesi differenziate di trasmissione della responsabilità che, a fronte di una analisi di *identità* tra ente predecessore e ente successore, valorizzino, in chiave esimente, riorganizzazioni virtuose atte a elidere le principali criticità cha hanno reso possibile la precedente commissione dell'illecito ed condotte di effettiva collaborazione con l'autorità.

2. Le vicende modificative dell'ente nell'attuale sistema della responsabilità ai sensi del Decreto

2.1. Premessa. Inquadramento delle vicende modificative dell'ente nel contesto del Decreto

Nell'elaborare il sistema della responsabilità "amministrativa" degli enti nascente da reato, il legislatore ha inevitabilmente dovuto confrontarsi con l'ontologico dinamismo che contraddistingue il ciclo evolutivo dei soggetti di diritto metaindividuali. Ed è al Capo II Sezione II del Decreto, rubricato *«Responsabilità patrimoniale e vicende modificative dell'ente»* – nello specifico agli artt. 28-33 – che è cristallizza la disciplina di quelle operazioni di riorganizzazione strutturale che modificano, più o meno intensamente, la fisionomia degli enti collettivi, nel cui novero rientrano le operazioni di trasformazione, fusione, scissione e cessione di azienda.
Nel regolamentare tali fenomeni, il legislatore delegato ha indubbiamente dato rilievo alla peculiare natura della responsabilità da reato degli enti, la quale non può essere ricondotta né al paradigma di una responsabilità civile né amministrativa, ma che viene identificata nell'alveo di un c.d *tertium genus*[1], categoria che racchiude in sé tratti del sistema penale e amministrativo, al fine di contemperare esigenze di efficacia preventiva e di massima garanzia.
Particolare attenzione deve essere, pertanto, riservata all'impatto di tali eventi metamorfici sul regime della responsabilità degli enti derivata da illeciti penali e sulla consequenziale applicabilità delle sanzioni pecuniarie e interdittive.
Un approccio squisitamente garantista, in ossequio al principio di personalità della responsabilità penale, porterebbe ad escludere che le vicende modificative possano comportare la trasmissibilità della responsabilità a soggetti diversi da quello originariamente colpevole[2]. Tuttavia, tali operazioni – frutto della libera iniziativa dei soggetti partecipanti – non sono atte a decretare la cessazione dell'attività dell'ente, bensì al contrario, sono orientate all'implementazione della stessa: le vicende modificative sono, infatti, finalizzate a rendere maggiormente performante l'operato dei soggetti partecipanti, mediante il compimento di una riorganizzazione strutturale degli stessi[3].
La disciplina elaborata dal legislatore si pone, dunque, come l'esito di una strategia di compromesso volta al contemperamento di due esigenze contrapposte: da un lato, scongiurare il rischio che tali operazioni di riorganizzazione possano tradursi in potenziali strumenti elusivi della responsabilità, dall'altro, a fronte del dinamismo che contraddistingue la realtà delle imprese, evitare che un sistema sanzionatorio eccessivamente intransigente possa provocare la paralisi di quegli interventi scevri da finalità

elusive[4].
Nel disciplinare le predette quattro vicende modificative, il legislatore ha, dunque, inteso seguire due linee direttrici: per ciò che concerne le sanzioni pecuniarie, esse vengono, in linea di massima, equiparate agli altri debiti dell'ente originariamente responsabile in forza della normativa civilistica applicabile alla specifica operazione posta in essere. Le sanzioni interdittive, invece, in forza dell'art. 14 del Decreto, sono ancorate alla «*specifica attività*» nel cui ambito è stato commesso il reato presupposto, fatta eccezione per l'ipotesi di trasferimento di azienda, che come si avrà modo di precisare nel prosieguo, non comporta la trasmissione di alcuna sanzione interdittiva in capo all'ente risultante.
Nell'ottica di una strategia compromissoria, tuttavia, per evitare che l'applicazione di tale criterio comporti, a seguito del perfezionamento di operazioni di fusione e scissione, effetti sanzionatori eccessivamente severi, è stata riconosciuta all'ente risultante la facoltà di richiedere la sostituzione delle sanzioni interdittive in sanzioni pecuniarie, qualora la riorganizzazione aziendale abbia determinato l'eliminazione delle cause che avevano comportato, o reso possibile, la realizzazione del reato. Tale meccanismo può essere attuato sia nel corso dell'intero giudizio di merito, ai sensi dell'art. 31 comma 2 del Decreto, sia in fase esecutiva ai sensi dell'art. 78.
Prima di addentrarci nell'analisi della disciplina cristallizzata nel Decreto, degna di nota è la sentenza[5] con la quale la Suprema Corte di Cassazione ha ritenuto manifestatamente infondata la questione di illegittimità costituzionale degli artt. da 28 a 33 del D. Lgs 231/2001, sollevata per asserito contrasto con l'art. 76 Cost. Più nel dettaglio, il ricorrente eccepiva il carattere innovativo delle norme concernenti le vicende modificative degli enti, la cui introduzione non sarebbe risultata giustificata da alcuna previsione all'interno della Legge Delega n. 300 del 2000.
Nel caso di specie - relativo ad un'operazione di fusione tra un ente partecipante a un *joint venture* internazionale accusato di corruzione internazionale e una società incorporante - la Corte, nel dichiarare la manifesta infondatezza della questione di illegittimità costituzionale, ha evidenziato come tali disposizioni siano da ritenersi coerenti con i criteri direttivi della Legge Delega, nei cui novero rientra quello di prevedere sanzioni «*effettive, proporzionate e dissuasive*» a carico delle persone giuridiche responsabili, in conformità con i principi comunitari. Corollario dell'effettività della risposta sanzionatoria è l'idoneità del sistema punitivo a constrastare possibli elusioni nell'applicazione della normativa e del relativo regime sanzionatorio. Tale effettività non potrebbe, dunque, essere garantita laddove l'operazione modificativa si traducesse in una agevole modalità di eslusione del sistema sanzionatorio. Pertanto, l'impianto elaborato dal legislatore delegato a seguito del prefezionamento di un'operazione di ingegneria societaria, è stato considerato legittimo e coerente con lo spirito della Legge Delega stessa[6].

2.2. La responsabilità patrimoniale dell'ente

Il Capo II del Decreto prevede, prima della disciplina delle vicende modificative dell'ente, la Sezione I formata unicamente dall'art. 27 che statuisce il principio in forza del quale dell'obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria[7] risponde soltanto l'ente con il proprio patrimonio o fondo comune. In forza della previsione contenuta nel comma secondo, inoltre, il credito erariale derivante dall'illecito amministrativo dell'ente nascente da reato acquista rango privilegiato secondo le disposizioni del codice di procedura penale essendo, a tal fine, «*la sanzione pecuniaria equiparata alla pena pecuniaria*».
Alla luce di tali premesse, appare opportuno operare alcune precisazioni atte a: (i) individuare le condizioni necessarie affinché l'ente possa rientrare nel novero dei soggetti responsabili; (ii) identificare le ipotesi nelle quali venga esclusa l'operatività delle forme di responsabilità illimitata di terzi per i debiti ascrivibili all'ente; (iii) esaminare i presupposti di operatività del privilegio dello Stato per il pagamento della sanzione pecuniaria nascente da reato nel contesto del sistema delle garanzie del credito.

2.2.1. Enti potenzialmente responsabili

Per quanto concerne il primo profilo, la previsione di un patrimonio o fondo comune quale condizione indispensabile per l'operatività della norma consente di accostare ai soggetti espressamente individuati dall'art. 1, commi 2 e 3 (*alias* gli enti forniti di personalità giuridica, le società e associazioni anche quandanche prive, fatta eccezione per lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli enti pubblici non economici e gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale) le fondazioni e le società unipersonali e, seppur in assenza di personalità giuridica, le *società irregolari* (in particolare s.n.c non iscritta presso il registro delle imprese), determinando invece l'esclusione dell'impresa individuale[8] dal novero dei cc.dd. *"enti responsabili"*. Dibattuta[9], invece, è l'applicabilità della disciplina in commento alle *società di capitali in formazione* (non ancora iscritte al registro delle imprese) e alle *società occulte* (le

quali si contraddistinguono per l'esistenza di un contratto di società espresso tra i soci, unitamente a un patto di non esternazione della medesima). Preclusa è, infine, l'applicabilità della stessa per le c.d *società apparenti*, figure giurisprudenziali nelle quali il fenomeno societario, pur non esistendo nei rapporti interni, viene percepito come tale dai terzi[10].

Il legislatore ha, inoltre, omesso dal novero delle vicende idonee a riverberarsi sulla responsabilità *ex crimine* degli enti, sia la cancellazione della società dal registro delle imprese, sia il fallimento.

Se da un lato, è stato evidenziato[11], in conformità con la giurisprudenza di merito[12], come le norme concernenti le vicende modificative dell'ente siano di stretta applicazione e non possano, pertanto, essere estese, in via interpreativa, a fenomeni non espressamente disciplinati, dall'altro lato, tale impostazione potrebbe determinare il potenziale ricorso a tali istituti con finalità elusive. Si è, pertanto, ipotizzato[13] di operare una differenziazione basata sul momento in cui interviene l'accertamento processuale dell'illecito e la consequenziale irrogazione delle sanzioni, a seconda che questo si realizzi precedentemente o successivamente all'apertura della procedura concorsuale o alla cancellazione della società.

Ritenere che la dichiarazione di fallimento sia preclusiva all'accertamento della responsabilità nascente da reati commessi anteriormente, finirebbe, pertanto, non solo per incentivare il ricorso a procedure concorsuali aventi finalità elusive, ma contrasterebbe altresì con una pluralità di previsioni normative: l'avvio della procedura concorsuale non comporta l'estinzione dell'ente e non ne determina, neppure, l'automatica cessazione dell'attività d'impresa (si pensi al caso di esercizio provvisorio dell'impresa nell'ambito della liquidazione giudiziale ovvero all'ipotesi del concordato preventivo in continuità aziendale); le cause di estinzione del reato sono, inoltre, espressamente tipizzate ai sensi del Decreto ed infine, viene riconosciuta la previsione del privilegio dello Stato per il pagamento della sanzione pecuniaria anche in sede di fallimento ovvero di liquidazione giudiziale dell'ente[14].

Inoltre, il fisiologico espletamento dell'attività liquidatoria, che ha come esito l'estinzione dell'ente societario cancellato, determina il venir meno del centro di imputazione della responsabilità. Problematica, in tale contesto, potrebbe essere l'ipotesi di una cancellazione iscritta con finalità elusive; tuttavia, essendo quest'ultima effettuata in difetto dei presupposti di legge (art. 2191 c.c.[15]), sembra possibile potere procedere – anche d'ufficio – alla c.d "*cancellazione della cancellazione*", determinando la rigenerazione dell'ente[16]: si pensi al caso di una società che, proprio al fine di procedere alla cancellazione dell'ente, presenti un bilancio di liquidazione nel quale siano omesse ingenti passività (per esempio legate a contenziosi in corso di definizione in relazione ai quali è certa la soccombenza della società).

Riconoscendo, inoltre, almeno per quanto concerne le società di persone, l'applicabilità della disciplina alle ipotesi di società irregolari, si potrebbe prevedere l'ascrivibilità della responsabilità in capo alla società che, nonostante l'avvenuta cancellazione, prosegua o riprenda lo svolgimento dell'attività d'impresa. Secondo tale impostazione, pertanto, l'attuazione delle disposizioni in commento sarà preclusa solo qualora l'avvenuta integrazione di un reato presupposto emergerà in seguito a una cancellazione regolarmente iscritta, essendo venuto meno l'ente responsabile e non potendo la sanzione pecuniaria, inflitta per un reato precedentemente commesso dal soggetto estinto, coinvolgere i soci, proprio in applicazione della clausola di salvaguardia prevista dall'art. 27 del Decreto[17].

Sotto il profilo dei soggetti astrattamente responsabili, ulteriore questione applicativa[18] concerne quei fenomeni che, seppur privi di personalità giuridica, si contraddistinguono per una separazione tra le sfere patrimoniali di coloro che apportano o beneficiano di una determinata risorsa e il patrimonio comune costituito dall'insieme di predette risorse. È questo il caso dei cc.dd. "fondi comuni di investimento", nel cui catalogo rientrano (i) gli Organismi di investimento collettivo del risparmio (O.I.C.R) cc.dd. contrattuali disciplinati dall'art 1, comma 1, lett. j) k) del testo unico in materia di intermediazione finanziaria – D. Lgs. 24/02/1998 n. 58 – (ii) le Sicav o Sicaf multicomparto disciplinate all'art. 35-*bis*, comma 6, del medesimo testo unico, ovvero (iii) il *trust*.

Nel caso dei cc.dd O.I.C.R. contrattuali, il fondo comune di investimento costituisce un patrimonio comune distinto tanto da quello dei quotisti quanto da quello della società di gestione e di risparmio (c.d. Sgr). Essendo, tuttavia, la gestione del fondo comune esercitata dalla Sgr in totale autonomia decisionale rispetto agli investitori, è da escludere l'ascrivibilità ai cc. dd. O.I.C.R. di una propria responsabilità nascente da reato. Pertanto, dato pacifico è che la Sgr costituirà autonomo centro di imputazione laddove commetta un reato presupposto nella gestione del proprio patrimonio. Qualora invece quest'ultimo venga integrato nello svolgimento dell'attività di gestione del fondo comune di investimento, a prescindere dall'ascrivibilità della responsabilità,

in attuazione dell'art. 36, comma 4 t.u.f[19], la garanzia patrimoniale sarà circoscritta soltanto ai valori che costituiscono l'O.I.C.R. stesso.
Più complessa è l'ipotesi delle Sicav e Sicaf multicomparto, poiché la separazione patrimoniale opera solo con riferimento ai differenti comparti e non tra il patrimonio della società e i comparti medesimi[20]. Pertanto, questi ultimi, costituendo parte integrante del patrimonio generale della società gestore, garantiscono per l'adempimento della sanzione pecuniaria qualora il reato venga commesso dalla Sicav o Sicaf al di fuori della gestione di uno solo di essi. Al contrario, se il reato è riferibile all'attività di amministrazione di un singolo comparto, solo il patrimonio di quest'ultimo potrà essere impiegato per l'adempimento della sanzione pecuniaria[21].
Preclusa sembra essere, inoltre, l'applicabilità della disciplina in commento alle ipotesi di *trust*, non essendo quest'ultimo comunemente considerato autonomo soggetto di diritto. Tale ricostruzione non è, tuttavia, scevra da perplessità poiché, *in primis*, essa omette di considerare l'esistenza di *trust* stranieri, muniti di personalità giuridica, e la cui operatività è riconosciuta sul territorio italiano in forza della XV Convenzione de l'Aja. In secondo luogo, qualora venga affidata al *trustee* un'attività di impresa, è configurabile, in capo a quest'ultimo, un'autonomia sia patrimoniale sia decisionale rispetto ai partecipanti, pertanto, coerente sembrerebbe essere l'ipotesi che esso venga chiamato, proprio in ragione della qualità rivestita, a rispondere per la sanzione applicata a seguito dei reati commessi nell'amministrazione del patrimonio in *trust*[22].
Infine, ad una soluzione inclusiva sembra si debba approdare rispetto ai consorzi con attività esterna – regolati dagli artt. 2612 ss. c.c. – stante, tanto l'autonomia decisionale degli organi gestori rispetto ai consorziati nel raggiungimento della finalità consortile, quanto la destinazione patrimoniale del fondo consortile che, sottratto alle pretese dei creditori dei partecipanti, sarà devoluto all'adempimento esclusivo delle obbligazioni dell'ente *ex* art. 2615 c.c.[23].

2.2.2. Soci illimitatamente responsabili

L'estensione dell'art. 27 del Decreto – «*dell'obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria risponde soltanto l'ente con il suo patrimonio o con il fondo comune*» – trova il proprio terreno di elezione con riferimento a società ed enti nei riguardi dei quali non opera la disciplina della garanzia limitata dei soci. Il principio dell'autonomia patrimoniale perfetta nei riguardi dell'ente obbligato per il pagamento delle sanzioni pecuniarie, a seguito dell'avvenuto accertamento della responsabilità amministrativa nascente da reato, determina l'inapplicabilità del regime legale di responsabilità illimitata e solidale dei soci e degli associati[24].
In tali contesti, la clausola di salvaguardia opera nei confronti dei soci illimitatamente responsabili di società personali (si pensi ai soci sia delle società in nome collettivo sia delle società semplici ovvero ai soci accomandatari per quanto concerne le società in accomandita semplice) e per coloro che rispondono dei debiti delle associazioni non riconosciute *ex* art. 38 c.c. (ossia coloro che hanno agito in nome e per conto dell'ente)[25].
Per quanto concerne gli enti muniti di personalità giuridica piena, che come tali godono già di per sè di autonomia patrimoniale perfetta, tale disposizione normativa determina l'inapplicabilità degli artt. 2325, comma 2 c.c.[26] e 2462, comma 2 c.c.[27] in forza dei quali, nel caso di insolvenza della società, il socio unico che non abbia ottemperato alle formalità ivi prescritte sarebbe chiamato a rispondere illimitatamente delle obbligazioni sorte nel periodo in cui tutte le azioni erano di titolarità di quest'ultimo[28].
Tali soggetti possono, tuttavia, essere chiamati a rispondere delle altre eventuali conseguenze derivanti dall'illecito penale, quali l'obbligo di risarcimento del danno ovvero della restituzione del profitto del reato, qualora si debba procedere *ex* art. 19 del Decreto all'applicazione della confisca per equivalente[29].
Tale clausola di salvaguardia sembra essere l'unica soluzione possibile stante la natura ontologicamente afflittiva della pena pecuniaria irrogata nei confronti dell'ente, caratteristica che consente di distinguere l'obbligazione per il pagamento della sanzione amministrativa applicata in forza del Decreto, dalle obbligazioni che l'ente contrae nell'esercizio della propria attività e per le quali continuerà ad operare il regime previsto dal codice civile[30].
Da un punto di vista applicativo, oltre agli esempi delle società di persone e delle società (di persone o capitali) in accomandita semplice, la categoria di soci illimitatamente responsabili è presente in strutture anche molto complesse come le *limited liabiity partenership* (LLP) di origine anglosassone che spesso caratterizzano l'operatività dei fondi di *private equity*. In tali strutture, il soggetto promotore del fondo può agire come *general partner*, (una sorta di socio accomandatario, a responsabilità illimitata) mentre gli investitori sono conosciuti come *limited partners* (vicini alla categoria di soci accomandanti, a responsabilità limitata).

2.2.3. Privilegio dei crediti dello Stato

Il secondo comma dell'art. 27 del Decreto, come premesso, statuisce che «*i crediti dello Stato derivanti degli illeciti amministrativi dell'ente relativi a reati hanno privilegio secondo le disposizioni del codice di procedura penale sui crediti dipendenti da reato*».

Tale previsione ha una evidente rilevanza nel caso in cui, al momento della applicazione della sanzione, il patrimonio dell'ente non sia sufficiente a soddisfare tutti i creditori anche, e soprattutto, in un'ottica concorsuale.

Presupposto che contraddistingue il privilegio dei crediti dello Stato dipendenti da reato è la necessaria preventiva esecuzione del provvedimento di sequestro conservativo penale *ex* art. 316, comma 4 c.p.p., non essendo, pertanto, la preferenza accordata in ragione della causa del credito stesso. Si ritiene, quindi, che anche per i crediti derivanti da illeciti amministrativi dell'ente nascenti da reato, il privilegio sia subordinato all'esecuzione del sequestro conservativo *ex* art. 54 del Decreto. La causa di prelazione sarà, pertanto, strettamente legata alle sorti del sequestro la cui revoca ne determinerà l'inevitabile decadenza.

In forza delle previsioni contenute dagli artt. 316 c.p.p. e 54 del Decreto, potendo il sequestro gravare su beni sia mobili sia immobili, entrambe le categorie potranno costituire oggetto del privilegio. Per quanto concerne il grado rivestito dal privilegio speciale nell'ordine di preferenze sui beni, si ritiene[31] che, in forza dell'art. 316, comma 4 c.p.p., quest'ultimo rivestirebbe il grado inferiore rispetto a quelli già esistenti, mentre sarebbe da preferire rispetto ai privilegi successivi (eccezion fatta per quelli a garanzia dei crediti tributari).

2.3. La Trasformazione

2.3.1. Inquadramento civilistico dell'istituto

La trasformazione – istituto disciplinato, sul piano civilistico, ai sensi degli artt. 2498-2500-*novies* c.c. – è la prima delle vicende modificative regolamentata dal legislatore delegato. L'art. 28, norma che inaugura la Sezione II del Capo II del Decreto, statuisce che «*nel caso di trasformazione, resta ferma la responsabilità* – dell'ente trasformato – *per i reati commessi anteriormente alla data in cui la trasformazione ha avuto effetto*».

All'epoca dell'entrata in vigore del Decreto, tale operazione straordinaria poteva essere posta in essere esclusivamente in ambito endosocietario, sostanziandosi nel mero cambiamento della forma giuridica dell'ente. Tuttavia, a seguito della riforma del 2003 (D. Lgs 17 gennaio 2003, n. 6), accanto alla c.d. *trasformazione omogenea* si è profilata la c.d. *trasformazione eterogenea*, operazione che non si risolve nel mero mutamento del tipo sociale, ma può comportare altresì la modifica dello scopo istituzionale (es. da società lucrativa a consorzio); il venir meno o la costituzione della compagine associativa (es. da fondazione a società) ovvero lo smantellamento o la configurazione di un autonomo centro di imputazione (es. da società in comunione d'azienda). Inoltre, gli artt. 2500-*septies* e 2500-*octies* c.c., così come novellati dalla predetta riforma, regolamentano le ipotesi di *trasformazione eterogenea regressiva* intesa quale la trasformazione delle società di capitali in consorzi, società consortili, comunioni di azienda, associazioni non riconosciute e fondazioni ovvero *trasformazione eterogenea progressiva* che disciplina la situazione diametralmente opposta[32].

A prescindere dalla tipologia di trasformazione, ad oggi pacifica è la configurazione di tale istituto quale vicenda modificativa del mero modulo formale dell'ente risultante: in altri termini, a variare non è l'identità, né il patrimonio di destinazione, ma lo statuto organizzativo dell'ente stesso, lasciando impregiudicata la previa titolarità delle situazioni giuridiche soggettive facenti capo al soggetto trasformato[33]. Difatti, la teoria della novazione – che configurava la trasformazione, per un verso, come fenomeno estintivo della società originaria e, per altro, come fenomeno costitutivo di quella risultante – appare oggi ampiamente superata[34].

La trasfromazione è, pertanto, una vicenda evolutiva e modificativa del soggetto medesimo, che si riverbera sull'atto costitutivo e sull'oggetto sociale – nel caso di trasfromazione eterogenea – senza incidere sull'identità soggettiva dell'ente che rimane immutata[35].

Tale inquadramento trova conferma nella previsione dell'art. 2498 c.c.[36] che sancisce il *principio della continuità dei rapporti giuridici* prevedendo che all'esito dell'operazione di trasformazione, l'ente trasformato conservi – e non acquisti – i diritti e gli obblighi e prosegua in tutti i rapporti, anche processuali, dell'ente che ha effettuato la trasformazione. Si assiste, quindi, all'assenza di una qualsivoglia soluzione di continuità sul piano processuale relativa alla sussistenza dei profili soggettivi di responsabilità amministrativa e patrimoniale dell'ente interessato[37].

2.3.2. La disciplina nel Decreto

Proprio sulla falsariga dell'art. 2498 c.c., il legislatore ha previsto, nell'ambito della responsabilità amministrativa dell'ente, ai sensi dell'art. 28 del Decreto, il *principio di neutralità* della trasformazione[38], in forza del quale il soggetto collettivo trasformato continuerà ad essere assoggettato a tutte le sanzioni, tanto

interdittive quanto pecuniarie, connesse agli illeciti amministrativi dipendenti dalla consumazione del reato presupposto[39].
Corollario degli esiti di tale operazione è, quindi, l'immutabilità della responsabilità conseguente ai reati posti in essere dall'ente prima del perfezionamento dell'operazione, a prescindere dalle motivazioni teleologiche sottese[40] e della forma giuridica assunta al termine dell'operazione di ristrutturazione, purchè tanto l'ente originario quanto quello risultante rientrino nell'alveo dei soggetti imputabili.
La trasferibilità di una responsabilità piena ed incondizionata non pone, dunque, problematiche applicative nell'ipotesi di trasformazioni che non si riverberino sull'autonomia del centro di imputazione. Non comportando la trasformazione la creazione di un nuovo soggetto giuridico, ma il solo mutamento organizzativo mediante la modificazione dell'atto costitutivo, tale operazione non determina alcun trasferimento di responsabilità, nel pieno rispetto del principio di personalità sancito dall'art. 27, comma 1 Cost[41].
Più complessa è, tuttavia, l'ipotesi della *trasformazione regressiva* in cui il perfezionamento dell'operazione in esame comporta la metamorfosi dell'ente in un altro estraneo all'ambito soggettivo di applicazione del provvedimento, sfociando in una situazione priva di soggettività giuridica e comportandone, pertanto, la dissoluzione (si pensi ad esempio al passaggio da società a comunione d'azienda o impresa individuale).
Alla luce di tali premesse, fondamentale è individuare lo stato del procedimento di accertamento del reato presupposto, nel momento in cui l'operazione si perfeziona. Tre possono essere, dunque, i potenziali scenari: il procedimento può (i) essere già stato concluso; (ii) essere ancora in corso; (iii) non essere stato ancora avviato.
Come premesso, nessun problema sorge con riferimento alle ipotesi in cui la trasformazione abbia quale esito una situazione giuridica entificata, poiché, il soggetto, rientrando nell'alveo dei cc. dd. "enti responsabili" continuerà ad essere centro di imputazione della responsabilità "amministrativa" nascente da reato e di tutte le sanzioni irrogate.
Problematiche applicative sorgono nell'ipotesi in cui la trasformazione regressiva – che, come anticipato, determina il venir meno di un autonomo centro di imputazione – venga effettuata ultimato il procedimento, ma *prima* che l'ente, destinatario di una sanzione pecuniaria, abbia adempiuto all'obbligazione di pagamento ovvero qualora tale operazione venga posta in essere prima della conclusione del giudizio di accertamento della responsabilità. In quest'ultimo caso, ad essere messa a rischio non sarebbe tanto la prosecuzione del procedimento – garantita pur sempre dall'art. 2498 c.c. – quanto più l'effettività dell'eventuale sanzione inflitta, essendo venuta meno di fatto l'organizzazione responsabile (come nel caso ad esempio, della trasformazione di società di capitali in comunione di azienda).
In tali ipotesi, mancando la continuità dell'esercizio dell'impresa – presupposto applicativo della disciplina – risulterebbe preclusa l'applicabilità delle sanzioni interdittive.
Per ciò che concerne le sanzioni pecuniarie, invece, taluna parte della dottrina[42] ipotizza una successione nel debito pecuniario da parte dei singoli partecipanti all'ente neocostituito, precludendo l'operatività dell'art. 27, comma 1, in ragione dell'avvenuta dissoluzione del patrimonio o fondo comune. *A contrario,* altro orientamento[43], critica tale ricostruzione proprio in forza della clausola di salvaguardia cristallizzata all'art. 27, la quale precluderebbe la trasmissibilità dell'obbligazione relativa al pagamento della sanzione pecuniaria, paralizzando l'applicazione delle disposizioni concernenti la responsabilità personale dei soci per le obbligazioni sorte prima della trasformazione ai sensi degli artt. 2500-*quinquies*[44] e 2500-*sexies* c.c[45]. Si consideri, inoltre, che l'art 27 non costituirebbe neppure una deroga alla disciplina civilistica, poiché l'obbligazione pecuniaria nasce da una sanzione "quasi penale" e che, in forza del principio della responsabilità, deve essere ascrivibile solo al soggetto responsabile[46].
Per ovviare a tali inconvenienti, in forza di esigenze di effettività, si è quindi ipotizzato[47] che, tanto l'adempimento della sanzione, quanto la conclusione del procedimento finalizzato all'accertamento della responsabilità, potrebbero costituire un *fattore ostativo* al compimento della trasformazione in tutte quelle ipotesi in cui non vi ricorrano incontestabili ragioni oggettive tali da escludere la finalità antielusiva dell'operazione.
Al contrario, anche quandanche la trasformazione comportasse la dissoluzione dell'autonomo centro di imputazione, nessun limite legale potrebbe essere imposto nel caso in cui l'operazione venisse posta in essere prima dell'avvio del procedimento finalizzato all'accertamento della responsabilità[48].
Scevra di problematiche interpretative è, invece, l'ipotesi della *trasformazione progressiva*: non essendo *ab origine* il soggetto, nel cui ambito è stato commesso il reato, imputabile, poiché non incluso nella categoria dei cc. dd. "enti responsabili", non potrà essere configurata alcuna responsabilità neppure in capo all'ente risultante dall'operazione straordinaria, in ossequio al principio di legalità[49].
Dibattuta è la scelta del legislatore delegato di non

riconoscere all'ente trasformato la possibilità di chiedere la sostituzione delle sanzioni interdittive con quelle pecuniarie *ex* art. 31, comma 2, attribuita nel caso in cui la riorganizzazione aziendale, all'esito delle sole operazioni di fusione ovvero scissione, abbia portato alla rimozione delle cause che hanno determinato o reso possibile la commissione del reato. Se da un lato, tale esclusione appare criticabile poiché, in tal modo, viene meno un incentivo per l'ente, nei casi di trasformazione eterogenea evolutiva, a porre in essere comportamenti organizzativi virtuosi volti ad eliminare le carenze organizzative *ex* art. 17, comma 1, lett. b) del Decreto, dall'altro, la scelta del legislatore appare coerente con la *ratio* della norma, volta a scongiurare il rischio di un'eccessiva asprezza della sanzione interdittiva dovuta ad una contaminazione, quest'ultima estranea all'ipotesi di trasformazione[50].
Nessun dubbio, infine, si pone con riferimento all'ascrivibilità in capo all'ente trasformato tanto dell'eventuale obbligazione di risarcimento dei danni nascenti da reato, quanto dell'ipotetica confisca in forza dell'art. 19 del Decreto[51].

2.4. La Fusione

2.4.1. Inquadramento civilistico dell'istituto

Regolamentata sul piano civilistico dagli artt. 2501-2505-*quater* c.c., la fusione è la seconda delle vicende modificative disciplinate nell'ambito del Decreto.
In particolare, l'art. 29 esplicita che «*nel caso di fusione, anche per incorporazione, l'ente che ne risulta risponde dei reati dei quali erano responsabili gli enti partecipanti alla fusione*».
Tale operazione straordinaria, che si traduce nell'unificazione di due soggetti giuridici precedentemente distinti, può realizzarsi mediante la costituzione di una nuova società (*fusione propria o in senso stretto*) o attraverso la fagocitazione da parte di una delle società partecipanti di tutte le altre società fondende (*fusione per incorporazione*). A prescindere dall'identità soggettiva della società risultante – nel primo caso di nuova costituzione rispetto alle partecipanti, nel secondo la stessa di una delle società fondende – effetto di tale vicenda modificativa è una variazione in difetto del numero dei soggetti di diritto in virtù dell'unificazione delle strutture organizzative in capo all'ente risultante post-fusione, nuovo centro di imputazione degli elementi patrimoniali e soggettivi prima facenti capo alla pluralità di soggetti coinvolti.
A seguito della riforma del diritto societario del 2003, la fusione ha cessato di essere considerata un fenomeno squisitamente endosocietario: legittima è, infatti, un'operazione che coinvolga enti dissimili sul piano causale-organizzativo (*fusione eterogenea*), non essendo più perimetrata a soggetti aventi causa-tipo identici (*fusione omogenea*). Sono, inoltre, ammesse non solo le fusioni *tipiche* – tra soggetti nei confronti dei quali l'operazione è espressamente prevista dal legislatore – ma altresì le fusioni *atipiche* – poste in essere tra enti nei riguardi dei quali l'applicabilità delle norme in materia non è specificatamente prevista.
L'art. 2504-*bis* c.c.[52], nel disciplinare gli effetti di tale operazione straordinaria, postula l'assunzione da parte della società risultante o incorporante di tutti i diritti e obblighi delle società partecipanti alla fusione, determinandone la prosecuzione in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori. Suddetta disposizione normativa, novellata con la predetta riforma[53], ha decretato il superamento dell'orientamento che attribuiva a tale operazione straordinaria effetti estintivo-costitutivi.
Dibattuta era, in passato, la natura giuridica di tale istituto, che inizialmente era stato inquadrato come fenomeno estintivo. La fusione, pertanto, identificata quale ipotesi di successione universale tra enti –assimilabile a quella *mortis causa* – avrebbe comportato, a seguito dell'estinzione dei partecipanti o dell'organismo incorporato, il trasferimento in capo al soggetto risultante di tutti i rapporti giuridici di cui gli enti erano titolari al momento dell'operazione[54]. *A contrario*, è ad oggi pacifico[55] che la fusione ha natura modificativa, come dimostrato dalla attuale versione dell'art. 2504-*bis* c.c. che dispone la *prosecuzione* da parte della società risultante o incorporante di tutti i rapporti – anche processuali – facenti capo alle società partecipanti[56]. Obiettivo di tale operazione non è, infatti, l'estinzione degli enti coinvolti, ma il loro potenziamento, mediante la prosecuzione della loro attività in forma congiunta[57].

2.4.2. La disciplina nel Decreto

La qualificazione di tale operazione nel paradigma modificativo/evolutivo consente di salvaguardare nell'ambito della disciplina in esame il rispetto del canone della personalità della responsabilità penale *ex* art. 27, comma 1 Cost. La regola prevista dall'art. 29 del Decreto trova applicazione con riferimento alle ipotesi in cui la responsabilità amministrativa ascrivibile ad uno dei soggetti partecipanti sia sorta *prima* del perfezionamento della fusione stessa. Successivamente, non si tratterebbe più di una responsabilità "assunta" dall'ente post-fusione, ma di una responsabilità propria e diretta del soggetto risultante, a seguito dell'avvenuta compenetrazione dei patrimoni dei soggetti fondendi[58].
Nel caso di fusione propria, pertanto, l'ente

risultante sommerà alle proprie responsabilità nascenti da reato quelle dei soggetti partecipanti ovvero, nel caso di fusione per incorporazione, cumulerà alle proprie responsabilità quelle dell'ente fagocitato[59].
In entrambi i casi, non si assiste ad un fenomeno transitorio, ma a una definitiva commistione della responsabilità: in forza della identità soggettiva tra soggetti partecipanti e quello risultante, quest'ultimo sarà chiamato a rispondere delle conseguenze del reato in qualità di ente originariamente responsabile, modificatosi a seguito del processo di fusione.
Qualificando la responsabilità dell'ente risultante dall'operazione di fusione nel paradigma di una responsabilità propria e diretta, è pacifica l'ascrivibilità dell'obbligazione per l'adempimento della sanzione pecuniaria in capo a quest'ultimo, in totale conformità con l'art. 2504-*bis* c.c. Tuttavia, in forza dell'art. 31 comma 1 del Decreto, qualora il procedimento non fosse ancora iniziato o concluso nel momento del perfezionamento della fusione, l'ammontare della sanzione dovrà essere commisurato tenendo conto delle condizioni economiche e patrimoniali in cui versava l'ente originariamente responsabile, essendo il fondamento di tale responsabilità una colpa organizzativa[60].
Come anticipato, le sanzioni interdittive sono invece, ai sensi dell'art. 14, comma 1 del Decreto, ancorate alla «*specifica attività*» nel cui ambito è stato commesso il reato; tuttavia tale previsione non pone al riparo dal rischio di una eccessiva asprezza del sistema sanzionatorio. Difatti, se tale garanzia opera efficacemente nell'ambito di *fusioni conglomeranti* (tra soggetti che svolgono attività diverse e non connesse) o *verticali* (tra enti che operano in fasi differenti del medesimo ciclo produttivo), sembra essere invece inefficace nei riguardi di *fusioni orizzontali* (tra soggetti che svolgono attività simili o identiche)[61]. Per evitare una recrudescenza sanzionatoria, stante la difficoltà di individuare in concreto il ramo di attività colpevole della condotta illecita, il legislatore, come anticipato, ha previsto, *ex* art. 31, comma 2 del Decreto, la facoltà in capo all'ente post-fusione di ottenere la sostituzione delle misure interdittive con misure pecuniarie ove risultino integrati i presupposti cristallizzati dall'art. 17. Inevitabile è, tuttavia, l'impatto reputazionale che si riverbera sull'ente risultante dall'operazione, per il semplice fatto di essersi commistionato con un soggetto responsabile.
Difficoltà applicative analoghe a quelle analizzate con riferimento alla trasformazione, potrebbero sorgere qualora all'esito dell'operazione, l'ente risultante non rientrasse nel novero dei soggetti responsabili, come nel caso di fusione eterogenea. In particolar modo, problematiche ancora più evidenti potrebbero manifestarsi laddove il perfezionamento dell'operazione dovesse intervenire in un momento in cui il procedimento per l'accertamento della responsabilità in capo all'ente partecipante fosse ancora pendente o si fosse già concluso.
La realizzabilità di tali operazioni potrebbe, quindi, essere preclusa: l'autonomia privata di far prendere parte a una fusione un ente, la cui responsabilità amministrativa sia stata accertata o sia in fase di accertamento, potrebbe essere limitata qualora il soggetto risultante dall'operazione non sia assoggettabile all'ambito applicativo del Decreto[62]. Tuttavia, tale limite opererebbe solo *in via preventiva*: il principio di irregredibilità della fusione, statuito dell'art. 2504-*quater* c.c.[63], porterebbe a ritenere che, una volta perfezionatasi l'operazione tramite l'iscrizione nel registro delle imprese, anche quandanche essa portasse alla costituzione di un ente estraneo alla disciplina del Decreto, risulterebbe comunque valida[64].
Diversa sarebbe, invece, l'ipotesi in cui l'operazione fosse compiuta prima che il giudizio finalizzato all'accertamento del reato abbia inizio, non potendo configurarsi alcun tipo di ostacolo al perfezionamento della stessa.
Per ciò che concerne, infine, le sorti della confisca e del sequestro preventivo (ad essa finalizzato) a seguito dell'operazione di fusione per incorporazione, la Suprema Corte di Cassazione[65] ne ha escluso l'estensibilità all'ente incorporante in forza di una mera applicazione meccanicistica in sede penale dell'art. 2504-*bis* c.c., dando rilievo alla necessità di preservare la posizione dei cc.dd "terzi in buona fede". Nel caso di specie, i giudici di legittimità – nell'evidenziare la necessità di preservare la buona fede dell'ente incorporante, in qualità di soggetto estraneo al compimento del reato –, indirettamente ricusavano la natura meramente modificativa dell'operazione, postulando una sorta di alterità soggettiva tra l'ente risultante e i soggetti partecipanti[66]. *A contrario,* se si configurasse una perfetta sovrapponibilità in termini soggettivi tra ente pre e post fusione, l'eventuale rilevanza del profilo soggettivo dovrebbe essere parametrata nei confronti dell'ente originariamente responsabile, senza che la "terzietà" dell'ente risultante acquisisca rilievo.
Ai fini dell'applicabilità di tale misura, il giudice sarà chiamato ad operare una duplice verifica: sul piano oggettivo, si dovrà accertare se la società incorporante abbia conseguito vantaggi ovvero apprezzabili utilità derivanti dall'altrui attività criminosa; sul piano soggettivo, si dovrà valutare

se al momento dell'operazione, essa fosse o meno in condizioni di poter conoscere, con l'uso della diligenza richiesta dalla situazione concreta, che la società incorporata si era avvantaggiata del profitto derivante dall'integrazione del reato in ordine al quale era stata disposta la misura cautelare reale.[67]

2.5. La Scissione

2.5.1. Inquadramento civilistico dell'istituto

Tra il catalogo delle vicende modificative dell'ente, la disciplina in tema di scissione, cristallizzata nell'art. 30 del Decreto, è indubbiamente quella più articolata, in ragione del "polimorfismo"[68] che contraddistingue tale istituto, regolamentato dagli artt. 2506 – 2506-*quater* c.c..

L'inventario delle diverse forme di scissione[69], il cui effetto costante è il frazionamento dell'ente protagonista dell'operazione, comprende sul versante della scindenda, ipotesi di scissione *totale/propria* – nel caso in cui il patrimonio della stessa (ormai estinta) venga integralmente trasferito a due o più società beneficiarie – ovvero di scissione *parziale/impropria* – qualora ad essere assegnata sia solo una porzione del patrimonio, mantenendo la scissa (sopravvissuta alla vicenda modificativa) la titolarità di determinati rapporti giuridici e proseguendo nella propria attività. Sul fronte delle società beneficiarie, invece, l'operazione può essere intesa *in senso stretto*, laddove esse siano di nuova costituzione, ovvero, *per incorporazione* qualora esse fossero preesistenti (dando vita ad un meccanismo che, nella prospettiva del soggetto incorporante, ricalca quello della fusione per incorporazione). Infine, se la ripartizione delle partecipazioni nella beneficiaria a favore dei soci della scissa avviene nelle stesse proporzioni di quelle già detenute si assisterà ad una *scissione proporzionale*, in caso contrario, laddove la ripartizione avvenga secondo modalità differenti rispetto a quelle originarie si tratterà di *scissione non proporzionale*[70].

Dibattuta era, inoltre, la natura giuridica di tale operazione: tuttavia, come nel caso della fusione, l'ipotesi "estintivo-costitutiva" è stata spodestata dalla qualificazione di tale fenomeno quale strumento modificativo che determina un *continuum* economico-sostanziale tra gli enti partecipanti, a prescindere dalla loro alterità soggettiva[71].

2.5.2. La disciplina nel Decreto

Stante la «variazione in aumento»[72] dei soggetti potenzialmente responsabili, il legislatore delegato, nell'individuare gli effetti dell'operazione di scissione sul regime della responsabilità amministrativa da reato, ha cercato, sia di identificare quali siano gli enti imputabili ai quali vada ascritta la responsabilità amministrativa, sia di disciplinare la ripartizione della responsabilità patrimoniale ai fini sanzionatori[73].

Nell'ipotesi di *scissione parziale,* l'art. 30, comma 1 statuisce che «*resta ferma la responsabilità dell'ente scisso per i reati commessi anteriormente alla data in cui la scissione ha avuto effetto, salvo quanto previsto dal comma 3*».

Pacifico è, pertanto, nel caso di scissione parziale, il permanere della responsabilità in capo all'ente scisso che, sopravvissuto all'operazione, continuerà ad essere imputabile in virtù di una c.d. colpa in organizzazione per non aver adottato un sistema di controlli adeguato alla prevenzione della commissione del reato[74]. Esso resterà obbligato principale per il pagamento delle sanzioni pecuniarie, mentre, ai sensi dell'art. 30 comma 3, rimarrà centro di imputazione di quelle interdittive, solo qualora, all'esito dell'operazione, il ramo di attività incriminato rimanga interamente a suo carico.

In capo all'ente scisso penderà, inoltre, una responsabilità inderogabile, che limita l'autonomia privata degli enti coinvolti nell'operazione: nell'ambito della redazione del progetto di scissione è infatti preclusa la possibilità di disporre discrezionalmente della partita debitoria che trae origine dalla responsabilità *ex crimine* ai sensi del Decreto, in contrasto con la disciplina civilistica cristallizzata nell'art. 2506-*bis* c.c. che configura in capo agli amministratori della scissa il compito di determinare gli elementi tanto dell'attivo quanto del passivo da tasferire ai beneficiari[75].

Per ciò che concerne l'ente beneficiario, invece, in deroga al principio della solidarietà sussidiaria ex art. 2506-*quater* ult. co. c.c.[76], quest'ultimo risponderà, in forza del comma 2 dell'art. 30, delle sanzioni pecuniarie, solidalmente e pariteticamente (non potendo godere del beneficio della preventiva escussione dell'ente scisso), nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto trasferito ovvero illimitatamente, qualora sia divenuto destinatario del ramo di attività che ha dato luogo alla commissione del reato. Il trasferimento del ramo di attività incriminato comporterà, inoltre, l'applicazione della sanzione interdittiva in capo al soggetto beneficiario.

Dunque, qualora la *scissione parziale* si realizzi in assenza del trasferimento del ramo di attività nei cui ambito è stato integrato l'illecito, la responsabilità dell'ente scissionario si cumulerà a quella del soggetto scisso, che rimarrà centro di imputazione della responsabilità amministrativa nascente da reato e delle conseguenze sanzionatorie che ne derivano. L'ente originariamente responsabile – lo scisso – rimarrà, quindi, il debitore principale per

l'adempimento delle obbligazioni pecuniarie, mentre gli scissionari acquisteranno la qualifica di garanti, nei limiti del patrimonio netto loro trasferito, potendo esercitare azione di rivalsa nei confronti dell'ente scisso, obbligato in via principale, qualora soddisfino la pretesa dell'erario[77].

Nel caso di *scissione totale*, invece, venendo meno l'ente originariamente responsabile, maggiormente problematica è l'attribuzione della responsabilità amministrativa. Se si assumesse quale criterio di imputazione quello impiegato per la ripartizione della responsabilità patrimoniale per le sanzioni pecuniarie, conseguenza indefettibile sarebbe la qualificazione degli enti risultanti quali responsabili *pro quota* per l'illecito amministrativo, mentre l'applicazione delle sanzioni interdittive continuerebbe a seguire il ramo di attività nel cui contesto si è consumato il reato[78]. Al contrario, l'applicazione del criterio della continuità economica porterebbe a dare rilievo esclusivo alle sorti del ramo di attività incriminato: il trasferimento di suddetto ramo comporterebbe, pertanto, l'ascrivibilità della responsabilità, mentre l'obbligazione solidale degli enti non assegnatari avrebbe funzione di mera garanzia patrimoniale entro il perimetro del valore del patrimonio netto conferito, con conseguente diritto di regresso nei confronti dell'assegnatario dell'attività, per l'intero importo corrisposto[79].

Entrambe le ricostruzioni proposte non sono tuttavia scevre da problematiche di compatibilità con la Carta Costituzionale: se la prima tesi si discosta dal principio di personalità della responsabilità penale, problema analogo può essere ravvisato anche nella seconda teoria che, riconducendo l'imputabilità dell'ente beneficiario all'assegnazione del ramo di attività, configura una responsabilità per comportamenti che non sono ad esso direttamente ascrivibili[80].

Altrettanto spinosa è l'individuazione della nozione di ramo di attività, stante «l'ambiguità lessicale»[81] del legislatore delegato. Di fatti, nonostante la centralità di tale concetto, al quale non solo viene ricondotta l'applicabilità delle sanzioni interdittive, ma altresì l'individuazione del regime di solidarietà nell'ambito delle sanzioni pecuniarie, evidente è la "promiscuità" del testo del Decreto che, nell'ancorare le sanzioni interdittive, affianca al «ramo di attività» di cui all'art. 30, la nozione di «specifica attività» *ex* art. 14, oscillando tra il significato di «*parte*» del patrimonio netto trasferito in sede di scissione e di «ambito» nel quale il reato è stato commesso[82].

Si è sostenuto che per definire tale nozione occorrerebbe rinviare alla fattispecie di cui all'art. 2203, comma 2 c.c. che evoca il concetto di «*ramo particolare d'impresa*» quale ambito della predisposizione institoria, dovendosi, pertanto, configurare il «*ramo di attività*» come una parte dell'attività imprenditoriale (una fase, una funzione o un settore) «*avente un oggetto specifico e capace di un certo grado di autonomia sul piano gestionale, organizzativo e condabile e di eventuale articolazione aziendale*[83]». In tal senso, il discrimine sarebbe, quindi, individuabile nella permanenza o nel trasferimento di un insieme di beni e di rapporti funzionalmente collegati all'esercizio e alla continuazione dell'attività nel cui ambito si è consumato il fatto illecito[84]. Operando un ribaltamento di tale ragionamento, sembra altresì possibile individuare suddetto concetto, in forza dell'art. 2112 c.c: il «ramo di attività» rilevante verrebbe perciò inteso come «*il ramo aziendale strumentalmente funzionale – anche o soltanto – all'esercizio della specifica articolazione dell'attività imprenditoriale entro la quale si è inscenata la vicenda criminosa*[85]».

Al fine di poter giustificare l'ascrivibilità di una responsabilità illimitata in capo all'ente beneficiario destinatario del ramo di attività incriminato, si ritiene che esso debba incidere in modo significativo sulla capacità produttiva sia dell'ente scisso, determinandone una menomazione, sia dell'ente scissionario, accrescendola[86].

Non è, peraltro, da escludere l'eventualità che, a seguito della scissione, predetto ramo subisca uno smembramento tale da non consentire di individuare una continuazione dell'attività in capo agli enti coinvolti, determinando l'inapplicabilità della sanzione. Tale operazione non potrebbe essere qualificata come elusiva della normativa in commento, poiché lo smembramento dell'attività "infetta" sarebbe sintomatico della volontà dell'ente di "autopunirsi"[87].

Dinnanzi al silenzio del legislatore, dibattute sono, infine, le sorti dell'eventuale applicazione della sanzione della confisca del prezzo o del profitto del reato *ex* art. 19 del Decreto. L'ascrivibilità di tale sanzione nei riguardi esclusivi dell'ente scisso – in ossequio al principio di legalità *ex* art. 2 del Decreto, e dell'applicabilità del divieto di analogia *in malam partem* degli artt. 30 comma 2 e 3, e 70 del Decreto – potrebbe determinare una eccessiva frustrazione dell'esigenze di effettività della sanzione. Predetta soluzione risulterebbe inoltre estremamente iniqua qualora l'operazione non fosse suffragata da intenti elusivi e del tutto inadeguata nel caso di scissione totale, all'esito della quale si determina – come premesso – l'estinzione dell'ente scisso[88].

Nell'ottica di assicurare l'effettività della risposta sanzionatoria, è stata proposta una lettura estensiva della disposizione, prevedendo l'ipotesi

dell'applicabilità della confisca nei riguardi dell'ente beneficiario destinatario, almeno in parte, del ramo di attività incriminato, in misura proporzionale al profitto del reato percepito[89]. Tale interpretazione estensiva non è tuttavia esente da criticità essendo, come premesso, contraria al principio di legalità cristallizzato nell'art. 2 del Decreto, che impone una espressa previsione delle sanzioni *ex lege*[90].
Nel caso di mancato trasferimento del ramo incriminato, l'ente beneficiario non potrà, in ogni caso, diventare il centro di imputazione di tale sanzione, qualora ricorrano una serie di condizioni: (i) la corretta individuazione del ramo di attività trasferito al beneficiario; (ii) la conservazione in capo all'ente scisso dell'intero profitto conseguito dalla consumazione del reato presupposto; (iii) il mancato riscontro da parte del giudice di intenti elusivi della responsabilità, nell'operazione di scissione posta in essere[91].

2.6. Disposizioni comuni in materia di fusione e scissione

2.6.1. Determinazione delle sanzioni nel caso di fusione o scissione

Come anticipato nel corso della trattazione, l'art. 31 del Decreto rubricato *«Determinazione delle sanzioni nel caso di fusione o scissione»* esplicita le regole finalizzate a disciplinare la commisurazione delle sanzioni pecuniarie e la conversione delle sanzioni interdittive nel caso di fusione e scissione dell'ente. Viene così istituito il c.d. *«principio di sequela»*, in forza del quale la responsabilità segue l'ente al quale risulta ascrivibile la commissione dell'illecito penale a seguito del perfezionamento della vicenda modificativa[92].
Restano esclusi dall'alveo applicativo della norma le ipotesi di trasformazione, operazioni che non determinano un radicale cambiamento né della struttura né delle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente[93],ovvero l'istituto della cessione di azienda, poiché, come si avrà modo di spiegare nel prosieguo, centro di imputazione della responsabilità resta il cedente, essendo l'obbligazione del cessionario meramente civilistica e sussidiaria.
Il primo comma della normativa in commento disciplina l'ipotesi in cui il perfezionamento delle operazioni di fusione e scissione sia avvenuto prima della conclusione del giudizio di merito. In forza di tale previsione normativa, il giudice dovrà parametrare il *quantum* sanzionatorio alle *«condizioni economiche e patrimoniali dell'ente originariamente responsabile»* e non di quelle del soggetto risultante, che potrebbero rivelarsi sensibilmente differenti.
Il comma 2 configura, invece, la facoltà in capo all'ente risultante – nel caso di fusione – ovvero all'ente destinatario della sanzione interdittiva – nel caso di scissione – di chiedere al giudice, nel corso del giudizio di merito, la sostituzione della sanzione interdittiva con una sanzione pecuniaria, purché siano state soddisfatte le condizioni previste dall'art 17 del Decreto. L'ente deve, pertanto, aver (i) risarcito integralmente il danno ed eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero essersi efficacemente adoperato in tal senso; (ii) eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; (iii) messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca.
Ai fini della concessione della sostituzione è, inoltre, essenziale che la condizione dell'eliminazione delle carenze organizzative che hanno reso possibile la commissione del reato sia stata soddisfatta a seguito dell'intervento riorganizzativo esito della vicenda modificativa[94]. Come evidenziato da autorevole dottrina[95], il beneficio della sostituzione della sanzione interdittiva affonda le sue radici nel compimento di condotte riparatorie. Nel prevedere tale facoltà, il legislatore ha inteso non solo favorire la reintegrazione dell'ordine giuridico violato, ma altresì incentivare l'adozione di strutture organizzative finalizzate a prevenire il rischio di un eventuale ulteriore integrazione delle condotte illecite precedentemente commesse.
Nel caso di accoglimento della richiesta, il giudice procederà alla sostituzione della sanzione interdittiva con una sanzione pecuniaria di ammontare pari da una a due volte quello della sanzione pecuniaria inflitta all'ente in relazione al medesimo reato. Infine, la norma preserva, al comma 4, la possibilità, in capo all'ente, di chiedere la conversione della sanzione anche durante la fase esecutiva, in forza dell'art. 78 del Decreto.

2.6.2. Rilevanza della fusione o della scissione ai fini della reiterazione

L'istituto della reiterazione dell'illecito è disciplinato, nell'alveo del Decreto, dall'art. 20 il quale prevede che *«si ha reiterazione quando l'ente, già condannato in via definitiva almeno una volta per un illecito dipendente da reato, ne commette un altro nei cinque anni successivi alla condanna definitiva»*. Il legislatore delegato si è tuttavia premurato di adeguare tale previsione al contesto delle vicende modificative nel tentativo di contemperare, sia l'esigenza di inasprimento del trattamento sanzionatorio nei confronti dell'ente responsabile della commissione di almeno due fatti

illeciti in un breve lasso di tempo, sia la necessità di preservare la posizione degli enti risultanti all'esito delle vicende modificative, scongiurando il rischio di una risposta sanzionatoria troppo severa[96].
L'art. 32 prevede in capo al giudice la facoltà di dichiarare la reiterazione nei confronti dell'ente risultante dalla fusione o beneficiario della scissione per reati commessi in seguito al perfezionamento dell'operazione, in rapporto a condanne pronunciate nei confronti dei soggetti partecipanti per reati commessi anteriormente alla vicenda modificativa.
È quindi evidente che, se la disciplina ordinaria configura un'ipotesi di reiterazione automatica, essendo l'organo giudicante vincolato a prendere in considerazione l'avvenuta reiterazione, la disciplina in commento prevede in capo al giudice l'esercizio di un potere discrezionale ai fini dell'accertamento della stessa[97].
Quest'ultimo, nel corso del proprio procedimento valutativo, sarà chiamato a prendere in considerazione la natura delle violazioni e delle attività nell'ambito delle quali esse sono state commesse, nonché delle caratteristiche dell'operazione straordinaria posta in essere.
Con riguardo alle ipotesi di scissione, infine, l'ultimo comma dell'art. 32 precisa come, nei confronti degli enti beneficiari, la reiterazione possa essere dichiarata solo qualora essi siano stati destinatari, anche solo in parte, del ramo di attività nel cui ambito è stato commesso il reato per il quale è stata pronunciata condanna nei confronti dell'ente scisso.
Rinviando ai paragrafi che seguono alcune considerazioni critiche in merito alla disciplina in esame, gli artt. 31 e 32 del Decreto, prevedono un regime in parte derogatorio rispetto alla generale insensibilità del Decreto alle vicende modificative dell'ente: proponendo una, seppur timida, apertura ad una lettura sostanziale di successione nella responsabilità, tali disposizioni attribuiscono valore, per lo meno in termini di calibro della sanzione applicabile, alla continuità (o discontinuità) operativa tra enti pre e post operazione e a attività di riorganizzazione virtuosa dell'ente.

2.7. La Cessione di Azienda

2.7.1. Considerazioni generali in tema di cessione di azienda

Ultima tra le vicende modificative ad essere regolamentata dal legislatore delegato è l'ipotesi della cessione di azienda[98].
A differenza degli istituti fino ad ora esaminati, la cessione di azienda non comporta alcuna modifica strutturale degli enti ma, piuttosto, determinando il passaggio di controllo di un'organizzazione produttiva da un imprenditore (cedente) a un altro soggetto (cessionario), si connota per l'idoneità ad incidere su un insieme articolato di beni e situazioni giuridiche funzionali allo svolgimento di una determinata impresa.
In ragione di tale peculiarità, il legislatore, nel disciplinare l'intero spettro degli effetti giuridici legati alla cessione, ha agito in maniera disorganica e settoriale, muovendo dalla comune finalità di prevedere un regime che coniugasse, da un lato, l'esigenza di tutelare i soggetti coinvolti nell'operazione e, dall'altro lato, di agevolare i traffici commerciali[99].
Esempi di tali interventi possono essere individuati nella definizione della sorte dei debiti ascrivibili all'imprenditore cedente disciplinata dall'art. 2560 c.c.[100] alla quale si accosta un catalogo di norme speciali [101] – l'art. 2112 c.c. relativo ai debiti verso i lavoratori; l'art. 58 co. 5 t.u.b applicabile ai debiti coinvolti nei trasferimenti d'aziende in favore di banche (o altri intermediari finanziari); l'art 14 D. Lgs n. 472/1997 in tema di debiti derivanti da sanzioni amministrative applicate per la violazione di norme tributarie – nel cui novero rientra l'art. 33 del presente Decreto. Fattispecie, quest'ultima, che prevede che *«nel caso di cessione dell'azienda nella cui attività è stato commesso il reato, il cessionario è solidalmente obbligato, salvo il beneficio della preventiva escussione dell'ente cedente e nei limiti del valore dell'azienda, al pagamento della sanzione pecuniaria».*
Caratteristica comune di tali disposizioni è la configurazione di una – più o meno estesa – responsabilità del cessionario dell'azienda per i debiti del cedente. Tale operazione è infatti idonea ad alterare sensibilmente le condizioni patrimoniali e finanziarie del cedente (debitore), poiché esito della stessa non è solo l'impoverimento della consistenza del patrimonio di quest'ultimo, ma altresì una riduzione della capacità reddituale del debitore stesso, rendendosi così necessario tutelare i creditori dal rischio di rimanere insoddisfatti[102].
Tuttavia, la facoltà riconosciuta a questi ultimi di rivolgersi al cessionario non è mai assoluta ed incondizionata, essendo subordinata ad una serie di limiti e condizioni, volti a perimetrarne la responsabilità.
Difatti, affinché la sanzione mantenga il proprio valore ontologicamente afflittivo è indispensabile che il peso economico della stessa venga il più possibile sopportato dall'ente responsabile.

2.7.2. La disciplina nel Decreto

Nell'analizzare la disciplina cristallizzata nel Decreto, non possiamo non evidenziare come

attitudine costante del legislatore delegato sia stata quella di estendere la responsabilità nascente da reato nei confronti dell'ente risultante ogniqualvolta questi rappresentasse una prosecuzione del precedente soggetto giuridico, ovvero, qualora avesse beneficiato, in termini economici e patrimoniali, della modificazione del soggetto interessato[103].

La regolamentazione della cessione di azienda è, tuttavia, sintomatica di un'inversione di rotta. La ragione di questo cambio di paradigma affonda le sue radici nella peculiarità che distingue tale fenomeno dagli altri istituti regolamentati nel Capo II e che si sostanzia nella mancata alterazione del soggetto giuridico autore dell'illecito. In altri termini, l'operazione si riverbera su un piano meramente oggettivo, poiché ad essere interessato è esclusivamente il patrimonio dell'ente, privato dell'insieme di beni e rapporti giuridici strumentali alla commissione del fatto di reato[104].

Alla luce di tali premesse, l'operazione che il legislatore delegato intende disciplinare deve essere intesa genericamente quale negozio il cui effetto si sostanzia nell'alienazione volontaria della proprietà dell'azienda a titolo definitivo[105]. Qualificando, dunque, la cessione più come effetto che come atto[106], la disciplina in commento può trovare applicazione in relazione ad una pluralità di operazioni, nel cui novero rientrano (i) qualsivoglia negozio traslativo della proprietà del complesso aziendale quali vendita, permuta, donazione, *datio in solutum*, conferimento (pleonasticamente previso dall'art 33 ult. co. del Decreto) ecc.[107]; (ii) trasferimenti di un *ramo d'azienda,* salvo il problema di stabilire eventualmente quali reati possano essere considerati nell'ambito della frazione di azienda trasferita; (iii) trasferimenti successivi rispetto al primo[108].

Risultano, invece, estranee all'alveo della disciplina le cessioni di azienda effettuate nell'ambito di procedure concorsuali, venendo meno la componente volontaria o negoziale dell'operazione[109]. Infine, analogamente escluso è il c.d. *trasferimento indiretto d'azienda*, conseguente alla cessione delle azioni o quote della società titolare dell'azienda medesima, il quale implica un avvicendamento nella sua conduzione senza alcuna cessione in senso tecnico[110]. Pertanto, in caso di acquisto della partecipazione di maggioranza di una società attinta da sanzione, quest'ultima rimarrà esclusivamente in capo alla società sanzionata e non si estenderà, invece, al soggetto che ne abbia acquistato il controllo.

Come si evince dalla Relazione ministeriale accompagnatoria, è inequivocabile la direzione imboccata dal legislatore delegato nell'articolare la disciplina in commento, difatti, pur non escludendo la potenziale finalità elusiva dell'operazione, maggiore rilevanza viene attribuita alle esigenze di tutela dell'affidamento e della sicurezza delle operazioni commerciali, essendo la cessione di azienda un'ipotesi di successione a titolo particolare che, come anticipato, lascia inalterata l'identità e la responsabilità del cedente o del conferente[111].

In qualità di responsabile della condotta illecita, pertanto, il cedente resta obbligato in via principale per l'adempimento della sanzione pecuniaria e destinatario esclusivo delle altre eventuali sanzioni. Il cessionario, invece, estraneo alla commissione del fatto di reato, è il centro di imputazione di una responsabilità di natura esclusivamente patrimoniale – e non amministrativa – per il pagamento della sanzione pecuniaria[112].

Come premesso, tuttavia, il sorgere di tale responsabilità risulta subordinato all'effettiva sussistenza di tre condizioni: (i) il trasferimento deve aver avuto ad oggetto un'azienda nella cui attività sia stato integrato l'illecito penale; (ii) deve essersi proceduto alla preventiva escussione del patrimonio dell'ente cessionario; (iii) la sanzione pecuniaria deve risultare dai libri contabili obbligatori ovvero deve essere stata inflitta per un illecito conosciuto dal cessionario.

Viene inoltre apposto un limite quantitativo alla pretesa che può essere rivolta al cessionario, il quale potrà essere chiamato a rispondere nel limite del valore dell'azienda ceduta. Secondo l'orientamento maggioritario[113], tale limite deve essere riferito al valore reale, da intendersi come quello che tenga conto del valore a cui il plesso produttivo sarebbe stato scambiato in normali condizioni di mercato.

Il primo requisito concerne l'oggetto del trasferimento con la finalità di perimetrare la responsabilità del cessionario all'ipotesi in cui questi diventi titolare del plesso produttivo utilizzato dal cedente per l'esercizio dell'attività nello svolgimento della quale è stato commesso il reato[114]. Ambito di elezione della disciplina è proprio l'ipotesi in cui oggetto di trasferimento sia stato solo un ramo di attività, dovendosi, pertanto, accertare se il fatto penalmente rilevante sia stato commesso nell'ambito di quella posta in essere mediante il ramo ceduto.

La seconda condizione porta a configurare la responsabilità del cessionario come sussidiaria, poiché stante il carattere afflittivo della sanzione, non si riconosce in capo all'amministrazione creditrice la facoltà di scelta del soggetto da aggredire, dovendo quest'ultima rivolgersi necessariamente *in primis* all'ente responsabile.

Infine, a differenza di quanto previsto *ex* art. 2560 c.c. in tema di responsabilità del cessionario

per i debiti relativi all'azienda ceduta – in merito alla quale l'iscrizione nei libri contabili deve considerarsi elemento costitutivo – il legislatore delegato, mosso dall'esigenza di preservare gli interessi dell'erario, ha previsto il sorgere di una responsabilità solidale in capo a quest'ultimo quando questi abbia comunque avuto conoscenza dell'illecito, pur in assenza dell'iscrizione del relativo debito nei libri contabili[115]. Peraltro, si ritiene che, a tal fine, non sia sufficiente una generica consapevolezza dell'avvenuta verificazione del reato, bensì occorrerà dimostrare, in capo al cessionario stesso, l'avvenuta rappresentazione di tutti gli elementi costitutivi della responsabilità dell'ente, così come indicati dall'art. 5 del Decreto, unitamente alla consapevolezza che il fatto illecito sia stato commesso nel contesto dell'attività svolta nell'ambito dell'azienda ceduta[116].

Tale interpretazione potrebbe, tuttavia, non essere pienamente condivisibile laddove facesse ricadere nell'ambito della responsabilità del cessionario debiti futuri e incerti tanto nell'*an* che nel *quantum*. Di fatti, potrebbe essere estremamente difficoltoso valutare l'effettiva convenienza dell'operazione in forza della conoscenza dell'astratta possibilità che, in un ipotetico momento successivo, possa sorgere un debito dall'ammontare incerto. Pertanto, si potrebbe ritenere[117] che la responsabilità del cessionario possa essere estesa solo ai debiti per sanzioni pecuniarie che, pur non essendo espressamente iscritti nei libri contabili, siano certi nell'*an* e nel *quantum*, in quanto relativi ad illeciti già accertati dal giudice. La "conoscenza" del cessionario non verrebbe più ricondotta ad una valutazione personale dei diversi elementi della fattispecie di reato, ma risulterebbe ancorata alla consapevolezza dell'intervento di una sentenza di condanna del cedente consentendo così di conoscere l'ammontare della sanzione applicata.

Come precisato dalla Relazione governativa[118], inoltre, è esclusa la trasmissibilità delle sanzioni interdittive nei confronti del cessionario dell'azienda nel cui ambito è stato consumato il reato, stante l'alterità sul piano soggettivo tra gli enti partecipanti all'operazione. In egual modo, non si ritengono applicabili al cessionario le misure cautelari, il sequestro e la confisca[119].

Una simile previsione ha suscitato non poche perplessità poiché, pur essendo le sanzioni interdittive ancorate – *ex* art. 14 del Decreto – alla specifica attività nella quale è stato integrato il reato, il permanere della responsabilità in capo al cedente, a seguito del trasferimento, ne determina una concreta disapplicazione.

Suddetta disciplina appare iniqua laddove raffrontata con il regime applicato nel caso di scissione parziale – operazione sostanzialmente analoga negli effetti –, al compimento della quale l'ente beneficiario, destinatario – anche solo in parte – del ramo di attività nel cui ambito si è consumato il reato, diventa centro di imputazione della sanzione interdittiva[120].

Per ovviare a tale vuoto normativo, taluna parte della dottrina[121], in forza di un'interpretazione sistematica della normativa, ha proposto l'applicazione analogica – suffragata da un generale "principio di sequela" – dell'art. 30 comma 3, in forza del quale le sanzioni interdittive dovrebbero essere applicate all'azienda trasferita, preservando la possibilità di richiedere la sostituzione ai sensi dell'art. 31 del Decreto. Tuttavia, tale soluzione appare impraticabile in ragione dell'incompatibilità con il principio di legalità cristallizzato nell'art. 2 del Decreto stesso[122]. Ulteriore ipotesi[123] sarebbe quella di ricorrere alla disciplina generale della frode alla legge[124] ovvero dell'illiceità del motivo[125] in forza della quale, se il contratto di alienazione dell'azienda, fosse posto in essere in assenza di una effettiva motivazione economica, ma al solo fine di eludere l'applicazione delle misure interdittive, esso porebbe essere dichiarato nullo, determinano il ripristino della situazione *quo ante*. Pertanto il cedente rientrando nella titolarità dell'azienda incriminata, potrebbe essere assoggettato alle sanzioni interdittive. Tuttavia, tale soluzione teoricamente percorribile postula sul piano applicativo non poche perplessità stante la difficoltà nel dare prova dell'effettiva consapevolezza dei soggetti partecipanti dell'illiceità del motivo[126].

Infine, alla luce delle differenze evidenziate, è stata ipotizzata in dottrina la illegittimità costituzionale dell'art. 33 per asserita violazione dell'art. 3 della Carta, a fronte dell'illegittima disparità di trattamento delle modalità di attuazione delle sanzioni interdittive nell'ipotesi di cessione di azienda e nel caso di scissione parziale[127]. Sembra, tuttavia, che tale eventualità si scontri con il necessario rispetto del principio della personalità della responsabilità sancito dall'art. 27 Cost., stante l'altruità soggettiva del cedente rispetto al cessionario. A tal proposito, la questione verte ancora una volta sulla reale natura della responsabilità dell'ente: suddetta preclusione opererebbe laddove si riconoscesse alle sanzioni previste dal Decreto carattere sostanzialmente penale, verrebbe invece meno laddove – dando credito alla qualificazione operata del legislatore – si attribuisse loro carattere amministrativo[128].

3. Le vicende modificative dell'ente nella prassi: attività di "acquisizioni" societarie e responsabilità 231

La disciplina concernente le vicende modificative dell'ente e i relativi riflessi in relazione alla responsabilità amministrativa da reato è una materia che, lungi dal rimanere ancorata al campo della sola dogmatica, presenta notevoli implicazioni pratiche soprattutto nell'ambito di operazioni straordinarie che comportano una modifica degli assetti proprietari dell'ente o un trasferimento di comparti aziendali.
In particolare, ponendosi nell'ottica del soggetto "acquirente" (c.d. *buyer*), appare fondamentale per il medesimo valutare, precedentemente al perfezionamento di una operazione di acquisizione del controllo di una diversa società o di una azienda – più propriamente, prima di decretare la fusione con un diverso soggetto giuridico, l'acquisto dell'azienda/ramo d'azienda dello stesso ovvero dell'acquisto di quote/azioni societarie – , se tale operazione possa comportare una trasmissione di responsabilità per illeciti commessi dall'ente "acquisito".
Nell'esperienza pratica, tali valutazioni possono essere svolte nell'ambito di tre differenti fasi: (i) nella fase di *due diligence*, ovverosia di analisi dei documenti e delle informazioni messi a disposizione dal venditore (c.d. *seller*) al fine di valutare se e con che caratteristiche formulare una offerta; (ii) nella fase di definizione dello schema giuridico da adottare per procedere alla acquisizione; (iii) nella fase, successiva al perfezionamento dell'operazione, di valutazione di eventuali attività di riorganizzazione aziendale.
Nei paragrafi che seguono saranno affrontati ciascuno dei tre aspetti sopra evidenziati.

3.1. Due diligence e rischio reato

Con il termine *due diligence* si indica il procedimento attraverso il quale il potenziale "acquirente" – sia, nella forma dell'acquisto di quote/azioni della società *target*, sia nella forma di fusione/acquisto ramo di azienda – valuta in via preventiva le condizioni economiche della società che intende acquisire, nonché i rischi eventuali e potenziali correlati a determinate operazioni[129].
Più tecnicamente, si può affermare che la finalità della *due diligence* è quella di accertare attraverso una raccolta mirata ed analitica di informazioni se vi siano le condizioni di fattibilità dell'operazione programmata ovvero se sussistano circostanze che possano comprometterne il buon esito (ad esempio, l'adeguatezza dei fondi appostati in bilancio in relazione a determinati rischi) o, commercialmente, possono essere valorizzate in chiave negoziale al fine di una riduzione del prezzo di vendita[130].
Nella determinazione del valore (e quindi del prezzo) di una società, non può non considerarsi, in chiave "statica", una analisi del sistema dei controlli interni, così come risultante dalla documentazione interna rilevante: modello, procedure-linee guida-protocolli, verbali e relazioni dell'Organismo di Vigilanza.
Una tale analisi non solo è funzionale a comprendere la storia dei controlli della società ma, in ottica prospettica, a quantificare i costi che l'acquirente dovrà affrontare nel corso del successivo processo di integrazione.
Oltre ai rischi più strettamente economici, quali ad esempio l'attualizzazione dei potenziali flussi di cassa che la società *target* sarà in grado di garantire (analisi fondamentale in una ipotesi di acquisto a leva nelle operazioni di *leveraged buyout*), sono molteplici gli aspetti legali che, laddove non correttamente identificati e valutati, potrebbero comportare, in ottica *ex post*, una diminuzione del ritorno economico dell'operazione.
Nell'ambito di tali rischi legali, non si può non tenere in debita considerazione il rischio che condotte illecite, commesse precedentemente all'operazione, possano, a distanza di anni, sfociare in un procedimento penale nei confronti delle persone fisiche che hanno commesso tali illeciti e, eventualmente, della società stessa.
La corretta individuazione di tali rischi potrebbe suggerire, pertanto, di non proseguire nell'operazione perché considerata non appetibile: oltre alle implicazioni economiche, l'emissione di una sentenza di condanna (anche in caso di sanzioni non consistenti) potrebbe avere enormi impatti a livello reputazionale e condurre l'ente ad una sostanziale ostracizzazione dal circuito economico lecito. A tale riguardo, si pensi, in ottica pubblicistica, alla previsione di cui all'art. 80 comma 5 lettera Codice degli Appalti, *«Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6 qualora: (…) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità»*. Tale disposizione è stata oggetto di interpretazione dalle linee guida ANAC n. 6 le quali hanno precisato come «*rilevano le condanne esecutive per i reati di seguito indicati a titolo esemplificativo, salvo che le stesse configurino altra causa ostativa che comporti l'automatica esclusione dalla procedura di affidamento ai sensi dell'art. 80 del codice: (…) reati previsti dal D.Lgs. 231/2001*[131]».
Laddove si decedesse di proseguire nell'operazione, la esatta individuazione del rischio potrebbe suggerire di procedere solo a determinate

condizioni: in termini di prezzo, di garanzie offerte dal venditore o di schema giuridico attraverso il quale procedere all'*"acquisto"*.
Limitando l'analisi ai soli rischi connessi alla successione nella responsabilità ai sensi del Decreto, oggetto della presente trattazione, le variabili da considerare sono le sanzioni, pecuniarie ed interdittive e la confisca del profitto del reato.
Tale esercizio è evidentemente complesso e sconta un alto margine di incertezza che varia a seconda dello stato del procedimento di accertamento dell'illecito amministrativo nel momento in cui l'operazione si perfeziona. A tale riguardo, riprendiamo i tre potenziali scenari già affrontati in precedenza: il procedimento può (i) essere già stato concluso; (ii) essere ancora in corso; (iii) non essere stato ancora avviato.

3.1.1. Procedimento già concluso o in corso

Non particolarmente problematica appare la situazione nella quale sia già intervenuta una sentenza irrevocabile di accertamento di responsabilità, ma non sia ancora stata eseguita. La sanzione pecuniaria e l'eventuale confisca, in questo caso, saranno somme certe e, pertanto, oggetto di specifica valorizzazione in termini di prezzo di acquisto. Analogamente, una sanzione interdittiva già disposta, sia nella tipologia che nella durata, potrà essere correttamente valutata in termini di impatto economico: resta ferma, in ogni caso, la possibilità di conversione ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 31 del Decreto.
Maggiori valutazioni sono richieste, invece, nel caso di procedimento avviato, ma non ancora terminato, dove la sanzione è incerta sia nell'*an* sia nel *quantum*.
Con riferimento alla sanzione pecuniaria e alla confisca del profitto del reato, una possibile tutela per l'acquirente consiste nel prevedere, nel contratto di acquisto, specifiche clausole di indennizzo nel caso in cui l'ente risultante dalla operazione di acquisizione sia costretto, anche a distanza di anni, al pagamento di un importo monetario quale conseguenza della condanna.
Un approccio cautelativo potrebbe suggerire di richiedere al venditore garanzie pari al valore massimo della sanzione applicabile e della confisca (salvo casi nei quali sia già intervenuto un sequestro per un ammontare equivalente): tuttavia, in caso di operazioni relative a società di modeste dimensioni, una tale richiesta potrebbe essere sproporzionata rispetto al valore dell'operazione e, pertanto, potrebbe porre l'acquirente di fronte alla decisione di supportare il rischio della sanzione (magari valorizzando tale alea in ottica di riduzione del prezzo) ovvero di desistere dall'acquisizione.
Con riferimento alla sanzione interdittiva, un' applicazione della medesima potrebbe comportare il venir meno dello stesso presupposto fondante l'operazione: si pensi ad una società *target* che operi in un settore per il quale è necessaria una particolare autorizzazione o l'iscrizione in determinati elenchi (per esempio nel settore dei servizi finanziari) che, in caso di sospensione o revoca della autorizzazione funzionale all'esercizio dell'attività, sarebbe di fatto impossibilitata ad operare *pro* futuro. A tal fine, al netto di possibili modalità di indennizzo da parte del venditore, appaiono due le principali modalità per mitigare, *ex post*, le conseguenze pregiudizievoli: richiedere, in caso di condanna, la sostituzione della sanzione interdittiva con una sanzione pecuniaria ovvero porre in essere le condotte previste dall'art. 17 del Decreto.
Sia in caso di procedimento concluso sia di procedimento *in itinere*, la principale fonte attraverso la quale valutare la (certa o) possibile incidenza della sanzione sul patrimonio dell'ente consiste negli atti del procedimento che (ha coinvolto o) coinvolge l'ente, eventualmente integrati con le informazioni non ancora confluite in atti che potrebbero rilevare in termini di riduzione/aumento del rischio condanna.

3.1.2. Procedimento non ancora avviato

Decisamente più incerto è il terzo scenario: in assenza dell'avvio (ovvero della conoscenza dell'avvio) di un procedimento penale, nel corso della analisi della documentazione emerge che un reato presupposto, non (ancora) oggetto di accertamento, sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente.
Un primo problema concerne la fonte della conoscenza di eventuali fatti di reato: a differenza delle ipotesi già passate in rassegna, non trovandoci in una cornice procedimentale, e quindi in assenza di "atti processuali", solo l'analisi critica della documentazione societaria potrebbe evidenziare la sussistenza di comportamenti illeciti commessi o addirittura in corso di svolgimento.
A seguito dell'emersione di elementi tali da far ritenere che, precedentemente all'operazione è stato commesso un reato, l'acquirente potrebbe avviare una indagine interna – nelle forme delle investigazioni difensive preventive di cui agli art. 327-*bis* e 391-*novies* c.p.p., in modo da garantire la segretezza della relativa documentazione – al fine di individuare gli eventuali autori del reato e decidere se porre in essere condotte di cooperazione con l'autorità giudiziaria anche in vista dei benefici previsti in caso di condotte rimediali (tra tutti, art. 17 e art 25 comma 5-*bis* del Decreto).

A fronte, tuttavia, del sostanziale automatismo nella trasmissione della responsabilità in caso di vicende modificative, non pare sussistano effettivi incentivi per l'ente a porre in essere condotte di autodenuncia, laddove potrebbe essere più conveniente rimanere inerti nella speranza che l'illecito fosse mai oggetto di accertamenti investigativi ovvero gli stessi venissero avviati quando l'illecito non si più perseguibile.
In tale contesto, infatti, con riferimento a reati già consumati, l'esatta individuazione del *tempus commissi delicti* è essenziale ai fini del calcolo della prescrizione che, laddove inutilmente decorsa – *id est* quando siano trascorsi cinque anni dalla commissione dell'illecito in assenza di uno degli atti interruttivi previsti dall'art. 22 del Decreto – potrà escludere profili di responsabilità dell'ente anche nel caso in cui, per il reato presupposto, sia ancora possibile agire nei confronti delle persone fisiche autori del medesimo.
Assolutamente differente è la situazione nella quale un reato si sia perfezionato in un momento precedente rispetto ad una delle vicende modificative dell'ente, ma protragga la propria consumazione ad un momento successivo al compimento dell'operazione straordinaria.
Si pensi al reato di occupazione alle proprie dipendenze di lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno, previsto dall'art. 22 del D. Lgs. 25 luglio 1998 n. 286: tale reato ha natura permanente, in quanto la norma incriminatrice attribuisce rilievo all'effettivo svolgimento della prestazione lavorativa piuttosto che al momento della costituzione del rapporto[132].
Nel caso in cui, a seguito dell'operazione di acquisizione, l'ente (risultante dalla fusione o acquirente dell'azienda) assuma alle sue dipendenze lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno già in forza all'ente "acquisito", non si assisterà ad una ipotesi di trasmissione di responsabilità: essendo il reato ancora in corso di svolgimento, il "nuovo" ente sarà responsabile diretto per l'illecito amministrativo commesso.
Una ipotesi che desta ancora maggiori risvolti interpretativi attiene ai reati a consumazione prolungata. Si pensi ai casi di truffa aggravata ai sensi dell'art. 640-*bis* c.p. ovvero di indebita percezione di erogazioni pubbliche ai sensi dell'art. 316-*ter* c.p.: la condotta tipica si esaurisce con la percezione del primo emolumento indebito (così perfezionandosi il reato in tutti i suoi elementi costitutivi). Tuttavia, nei casi nei quali ad una unica condotta discenda l'erogazione dilazionata di altre indebite elargizioni, il momento consumativo del reato si sposta in avanti fino all'ultima di tali elargizioni causate dal medesimo comportamento illecito[133].
In tali frangenti, la condotta tipica (richiesta dell'emolumento in assenza dei presupposti) commessa da un dipendente dell'ente "acquisito" precedentemente al perfezionamento dell'operazione potrebbe comportare effetti (ricezione degli emolumenti) anche successivamente: in suddette ipotesi, soprattutto qualora l'autore materiale del reato non passasse alle dipendenze del nuovo ente, si potrebbe ritenere il reato ancora *in itinere* o l'ente dovrebbe rispondere esclusivamente ai sensi degli art. 28 e ss. del Decreto?
La seconda soluzione appare preferibile laddove si consideri che, nel caso in esame, non pare sussistere la condotta tipica da parte di un esponente aziendale del nuovo ente se il medesimo si limitasse a ricevere passivamente l'indebito emolumento: conclusione, quest'ultima, che pare confortata anche dal dato letterale della disposizione che, prevedendo il conseguimento indebito *«per sé o per altri»*, protende per la non tipicità del comportamento di mera percezione di contributi, finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate.
Considerare la commissione del reato ancora in corso anche successivamente al perfezionamento dell'acquisizione ha una conseguenza pratica notevole: non trattandosi di responsabilità "ereditata", sarebbe preclusa la possibilità di richiedere la sostituzione della sanzione interdittiva in sanzione pecuniaria ai sensi dell'art. 31 del Decreto.

3.2. Ingegneria societaria: uno strumento giuridico per ogni esigenza

Come già analizzato in chiave teorica nelle pagine che precedono, le diverse vicende modificative dell'ente comportano differenti effetti in termini di successione nella responsabilità. Conseguentemente, la scelta dello schema giuridico da utilizzare nell'ambito di una operazione di acquisizione può avere notevoli impatti circa la trasmissione (da venditore ad acquirente) delle potenziali passività connesse ad un accertamento di responsabilità ai sensi del Decreto.
Ipotizziamo una operazione nella quale la Società A, attiva nel settore della produzione di alimenti e proprietaria di diversi siti produttivi, decida di "acquisire" la Società B, operante nel medesimo settore, titolare di un solo sito produttivo. Precedentemente all'operazione di "acquisizione", nell'impianto di proprietà della Società B si verifica un infortunino sul lavoro e viene avviato un procedimento penale nei confronti del legale rappresentante, quale datore di lavoro, e della società.

Laddove la società A decidesse di procedere con l'operazione di acquisizione, nonostante la pendenza di tale procedimento nei confronti dell'ente, perlomeno tre sono le modalità con le quali quale l'operazione potrebbe essere realizzata: fusione tra Società A e Società B (dando vita alla Società C), acquisto da parte della Società A dell'azienda (nel caso di specie, l'impianto produttivo) della Società B e acquisto da parte della Società A delle quote della Società B.

L'ipotesi di fusione è, evidentemente, quella che, più di tutte, comporta una identità tra le sorti delle due società partecipanti: come precedentemente analizzato, la nuova entità prevederà una somma di responsabilità nascenti da reato quelle dei soggetti partecipanti.

Una eventuale "contaminazione" a seguito del perfezionamento di tale operazione può, pertanto, causare conseguenze patrimoniali delle quali è bene tener conto nella determinazione del rapporto di cambio tra azioni o quote delle società partecipanti e quelle risultanti[134]. Di fatti, se da un lato, l'adempimento delle sanzioni pecuniarie potrebbe comportare una riduzione anche sensibile del patrimonio netto della società partecipante, dall'altro, l'inflizione di una sanzione interdittiva potrebbe tradursi in un disavviamento delle società. A tale fine, una possibile soluzione percorribile potrebbe essere quella di stipulare accordi parasociali volti a configurare meccanismi di indennizzo finalizzati all'adeguamento *ex post* dei rapporti di cambio nell'ipotesi di accertamento e inflizione delle sanzioni in un momento successivo al perfezionamento della fusione stessa[135].

Una operazione sostanzialmente analoga potrebbe essere realizzata attraverso una cessione di ramo di azienda: come prima analizzato, il Decreto prevede, al fine di fronteggiare operazioni finanziarie elusive della responsabilità amministrativa degli enti, l'obbligazione solidale del cessionario per le sanzioni pecuniarie correlate al reato commesso nell'ambito dell'azienda ceduta.

Ferma tale obbligazione solidale, la Società A: (i) godrebbe del beneficio di preventiva escussione della Società B; (ii) risponderebbe nel limite del valore dell'azienda ceduta; e (iii) risponderebbe esclusivamente di sanzioni risultanti dai libri contabili obbligatori ovvero dovute per illeciti amministrativi dei quali egli era comunque a conoscenza.

Pur operando, nella sostanza, la traslazione del medesimo complesso produttivo, la differenza tra i due schemi negoziali è evidente: operando una fusione, la Società A e la Società B cumulerebbero le proprie responsabilità per modo che, la prima, diventerebbe responsabile anche per gli illeciti (e potenzialmente esposta alle sanzioni) commessi da B; in caso di cessione di ramo di azienda, il principale soggetto responsabile sarà la Società B, salvo una responsabilità solidale, e previa escussione della Società B, in capo alla Società A per le sole sanzioni pecuniarie "conosciute" e nei limiti del valore della azienda ceduta.

Da ultimo, la Società A potrebbe decidere di evitare qualsiasi commistione patrimoniale con la Società B, limitandosi ad acquistare la totalità delle quote o delle azioni: in tale caso, pur mantenendo un pieno controllo sulla Società B, le due entità rimarrebbero completamente separate e non vi sarebbe alcuna trasmissione di responsabilità: la Società B sarebbe l'unica, ai sensi dell'art. 27 del Decreto, a rispondere per gli eventuali illeciti precedentemente commessi. In tale ultima ipotesi, tuttavia, la Società A andrebbe, in ogni caso, incontro a conseguenze indirette in ragione del possibile impatto economico, in termini di dividendi e di valore della partecipazione, derivanti dall'applicazione di una sanzione nei confronti di un soggetto interamente detenuto.

La normativa sopra analizzata si presta, evidentemente, anche a condotte abusive: si pensi al caso nel quale, al di fuori di una operazione che comporti un modifica, anche solo parziale, degli assetti proprietari, la Società B decidesse di trasferire l'azienda ad un ente di nuova costituzione, la Società C, il cui capitale fosse interamente detenuto dai soci della Società B. Tale operazione avrebbe come effetto quello di liberare l'azienda dalla sanzione interdittiva, pur mantenendo intatti organizzazione interna e assetti proprietari.

Inoltre, qualora la Società B faccia parte di un gruppo societario, l'operazione elusiva non richiederebbe neppure la costituzione di un nuovo soggetto, essendo sufficiente operare un trasferimento della proprietà dell'azienda ad un'altra società parte del medesimo gruppo[136].

3.3. Riorganizzazione virtuosa dell'ente

Il periodo dopo la fusione – ma il discorso vale dopo qualsiasi "acquisizione" nelle modalità sopra analizzate – è estremamente delicato in quanto richiede che le due entità, prima parte di due realtà distinte, si integrino al fine di operare come un unico soggetto.

Coerentemente con quanto esposto in precedenza, la fase di integrazione risente innanzitutto della modalità di realizzazione della *due diligence* e delle scelte operate in tale sede. Valutare un'impresa unicamente sulla base del profilo economico-finanziario non è sufficiente: un'elevata compatibilità dal punto di vista del *business* non impedisce che si verifichino difficoltà a livello

dell'integrazione per via di fattori quali capitale umano, *know-how*, cultura aziendale.
Tale fase di integrazione comprende anche una riorganizzazione del sistema di controlli interni: soprattutto quando la società acquirente è una realtà complessa e strutturata, solitamente si interverrà sull'assetto dei controlli della società acquisita, al fine di plasmare modello organizzativo, *policy*, procedure e protocolli rispetto agli *standard* qualitativi della nuova casa madre, pur senza perdere di vista le eventuali specificità caratterizzanti la società acquisita.
L'importanza di una riorganizzazione virtuosa dell'ente a seguito dell'operazione modificativa, per quanto idonea a prevenire l'eventuale commissione di illeciti futuri, non assume, ai sensi della disciplina illustrata, efficacia esimente della responsabilità per i reati commessi dagli enti partecipanti all'operazione. Essa rileva solo ed esclusivamente nell'ottica di una mitigazione sanzionatoria, così come emerge dall'analisi congiunta delle disposizioni normative previste nel Decreto.
In particolare, un effetto mitigante è previsto, fuori dalla disciplina delle vicende modificative dell'ente, dagli articoli 12 e 17 del D. Lgs. n. 231/2001. Come noto, la prima disposizione prevede che l'ente possa beneficiare di una riduzione della sanzione pecuniaria laddove si attivi tempestivamente dopo il reato per (a) risarcire il danno ed eliminarne le conseguenze dannose o pericolose o comunque adoperarsi efficacemente in tal senso; (b) adottare e rendere operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi (la sanzione pecuniaria è ridotta da un terzo alla metà se l'ente realizza solo una delle due condizioni, mentre è ridotta dalla metà ai due terzi se le realizza entrambe). A norma dell'art. 17, l'ente può evitare l'applicazione di una sanzione interdittiva se si attiva tempestivamente dopo il reato per realizzare cumulativamente le seguenti condizioni: (a) risarcire integralmente il danno ed eliminarne le conseguenze dannose o pericolose o comunque adoperarsi efficacemente in tal senso; (b) eliminare le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante adozione e attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; (c) mettere a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca[137].
Con specifico riferimento alle sanzioni interdittive, trasmissibili unicamente se l'acquisizione della società target è seguita da una fusione, è prevista una specifica disciplina al secondo comma dell'art. 31 del Decreto che prevede la facoltà in capo all'ente risultante di chiedere, nel corso del giudizio di merito, al giudice la sostituzione della sanzione interdittiva con una sanzione pecuniaria, purché siano state soddisfatte le condizioni previste dall'art 17 del Decreto. Ai fini della concessione della sostituzione è essenziale che la riorganizzazione virtuosa comporti l'eliminazione delle carenze organizzative che hanno reso possibile la commissione del reato.
Nel caso di accoglimento della richiesta – che può essere avanzata anche in fase esecutiva in forza dell'art. 78 del Decreto – il giudice procederà alla sostituzione della sanzione interdittiva con una sanzione pecuniaria il cui l'importo dovrà essere quantificato in una somma non inferiore a quella già applicata in sentenza e non superiore al doppio della stessa
Tale disciplina, pur prevendendo specifici benefici in capo all'ente in termini di riduzione delle sanzioni, mantiene intatta la responsabilità del medesimo che, anche a fronte di una tale riorganizzazione virtuosa, potrà andare incontro ad una sentenza di condanna nei propri confronti, con i rischi, già anticipati, di sostanziale esclusione dal mercato.

4. L'esperienza comparata: dalla *Successor Liability* alla *Successor Identity*

Dall'analisi degli aspetti, teorici e pratici, della disciplina in tema di vicende modificative dell'ente, sono emerse alcune criticità dell'attuale assetto normativo. In particolare, due risultano i principali problemi evidenziati: (i) un eccessivo formalismo, laddove le modalità di trasmissione della responsabilità sono maggiormente legate alla forma giuridica prescelta che alla natura effettiva dell'operazione e (ii) una limitata rilevanza, solo in termini di riduzione sanzionatoria, delle operazioni di riorganizzazione virtuosa dell'ente a seguito dell'operazione straordinaria.
Come si avrà modo di analizzare nei paragrafi che seguono, la disciplina della *successor liability* prevista nel sistema giuridico degli Stati Uniti presenta molteplici punti di contatto con il nostro ordinamento. In particolare, non diversamente da quanto accade nel sistema 231, tale regime appare caratterizzato da una trasmissione di responsabilità tra enti sostanzialmente oggettiva.
A fronte, pertanto, di problematiche analoghe, in tale contesto sono emerse una serie di teorie "correttive" che, ancorando la "*responsabilità del successore*" a concetti di continuità / differenza nella "*indentità criminale*" tra gli enti pre-operazione e la entità di nuova realizzazione, sono tese a valorizzare, in termini esimenti e non solo di riduzione sanzionatoria, le operazioni di riorganizzazione virtuosa riportate nel paragrafo precedente.

4.1. Corporate Criminal Liability e *Successor Liability*

Quello Statunitense fu il primo ordinamento giuridico ad introdurre una forma di responsabilità penale per i reati commessi dai soggetti metaindividuali. Tale rivoluzione copernicana avveniva con la celebre sentenza *New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States*[138] pronunciata dalla Suprema Corte Federale la quale poneva le basi per il consolidamento della responsabilità degli enti nascente da reato.

La limitazione della punibilità ai singoli individui avrebbe inevitabilmente determinato una sorta di immunità nei riguardi dei soggetti collettivi, precludendo ai pubblici poteri la facoltà di contrastare le condotte criminali poste in essere nell'ambito dell'esercizio dell'attività di impresa[139]. Stante l'identificazione del diritto penale quale «*strumento sussidiario di politica legislativa in grado di plasmare il contesto nel quale si muovono gli operatori del mercato*» [140], l'elaborazione della *corporate criminal liability* è stata basata sul recepimento dei criteri di imputazione tipici della responsabilità *extra* contrattuale.

Il modello di responsabilità *ex crimine* degli enti è così ancorato a un triplice requisito: (i) l'illecito penale deve essere commesso da un soggetto (c.d. *agent*) facente parte dell'organigramma societario, a prescindere dalla posizione da quest'ultimo rivestita; (ii) l'autore deve aver integrato il reato nell'esercizio delle proprie funzioni ovvero nell'esplietamento di attività ad esse connesse (c.d. *in the scope of responsibility*); (iii) il fatto penalmente rilevante deve essere stato posto in essere con lo scopo di arrecare vantaggio all'ente di appartenenza (c.d *in the intent to benefit*)[141].

La *entity liability* si basa, pertanto, sull'archetipo della *vicarious liability* che, seguendo il paradigma civilistico della *respondeat superior*, predispone un meccanismo di responsabilità oggettiva, nel quale l'addebito viene formulato al soggetto collettivo in forza di criteri di imputazione meramente oggettivi. Tale modello, a differenza di quello continentale, è pertanto avulso da requisiti che siano idonei ad iscrivere il fatto penalmente rilevante alla volontà colpevole del soggetto metaindividuale, da declinarsi in un giudizio normativo di rimproverabilità per aver incentivato, nell'ambito di una strategia criminale collettivamente perseguita, ovvero per non aver preveduto, stanti le falle organizzative nell'elaborazione e attuazione dei modelli operativi, la commissione della condotta illecita[142].

Con specifico riferimento alla trasmissione di responsabilità nell'ambito di vicende modificative, anche nell'ambito del sistema statunitense l'ente risultante può diventare centro di imputazione di una responsabilità derivante da reati posti in essere dai soggetti partecipanti all'operazione. Tale responsabilità derivata (c.d. *derivative liability*) affonda le sue radici in una miscellanea di leggi sia federali sia statali nelle quali si assiste ad una commistione tra principi di diritto civile e penale[143]. La disciplina in materia assume tratti peculiari in base alla tipologia di operazione posta in essere a seconda che si tratti di ipotesi di *mergerer* o *consolidation* ovvero di acquisto o vendita di *assets*. Nel primo caso, determinando tali operazioni la dissoluzione dei soggetti partecipanti e la consequenziale unificazione degli stessi, la regola generale prevede il trasferimento della responsabilità *ex crimine* in capo all'ente risultante[144].

Analogamente alla situazione tratteggiata nel contesto giuridico italiano, alcune problematice applicative potrebbero sorgere nel caso in cui, prima della vicenda modificativa, all'ente originariamente responsabile non sia ancora stato formulato un addebito di responsabilità. Tuttavia, consolidato sembra essere il principio in forza del quale né il fatto che l'operazione sia stata compiuta in buona fede né la mancata previa incriminazione dell'ente originariamente responsabile possano incidere sul trasferimento della responsabilità a seguito del perfezionamento dell'operazione straordinaria[145].

Di conseguenza, la sussistenza di una *corporate criminal liability* non è inficiata dalla vicenda modificativa, ma è ascrivibile all'ente successore il quale potrà essere chiamato a rispondere, anche a distanza di un considerevole lasso di tempo, per accuse derivanti dalla commissione di fatti di reato posti in essere da persone fisiche mai facenti parte della propria organizzazione (perché esponenti della precedente entità e mai confluiti nell'ente post-operazione)[146]. Irrilevante ai fini dell'imputabilità dell'ente risultante è l'effettiva conoscenza della responsabilità dell'ente partecipante: pertanto, come anticipato, è essenziale, il ruolo rivestito dall'attività di *due deligence* antecedente la perfezionamento della vicenda modificativa[147].

Maggiormente problematica risulta la trasferibilità della responsabilità nel caso di acquisto o cessione di *assets*. Nel silenzio della disciplina penale, fondamentale è il richiamo alla normativa civilistica in forza della quale la regola generale[148] postula la non trasmissibilità della responsabilità dalle obbligazioni del cedente al cessionario[149]. Tuttavia, a tale previsione sono state accostate quattro eccezioni, in forza delle quali il cessionario diventa centro di imputazione della responsabilità facente capo al cedente qualora: (i) l'assunzione della responsabilità sia stata prevista in un accordo tacito o espresso; (ii) la cessione si

sostanzi "*de facto*" in un'operazione di fusione; (iii) il cessionario sia una mera continuazione della società ceduta; (iv) l'operazione è stata posta in essere fraudolentemente con la finalità di eludere la responsabilità.
Per quanto concerne la prima eccezione, il cessionario può acconsentire ad assumere le responsabilità facenti capo al cedente sia espressamente sia tacitamente, tuttavia anche quandanche questa eventualità venisse espressamente esclusa, si ritiene che i giudici possano estendere l'imputabilità dell'illecito qualora l'operazione si sostanzi in realtà in una fusione[150].
La seconda e la terza eccezione, strettamente interconnesse, sono riconducibili ad una serie di elementi sintomatici della natura sostanziale dell'operazione[151] nel cui novero rientrano: a) la continuità degli azionisti, dei titolari, dei gestori, del personale ovvero dell'attività commerciale; b) la prosecuzione o meno dell'attività da parte del cedente e la sua eventuale dissoluzione; c) il pagamento da parte del cessionario di debiti in sospeso da parte del cedente al fine di proseguire l'attività; d) l'intento o lo scopo del cessionario; e) il comportamento "esterno" del cessionario, inteso come l'essersi posto o meno, al pubblico, come continuazione del soggetto cedente.
In altri termini, qualora il cessionario acquisti –in cambio di denaro e non di azioni – *assets* del cedente e li integri nell'esercizio della propria attività, l'operazione sarà generalmente considerata come una cessione e, pertanto, non si determinerà una trasmissibilità della responsabilità; *a contrario*, laddove il mutamento sia solamente formalistico e non sia accompagnato da un cambiamento sostanziale, il cessionario diverrà centro di imputazione della *successor liability*[152].
La *successor liability* troverà poi applicazione laddove, l'operazione venga posta in essere con una finalità elusiva della responsabilità[153].
La disciplina in termini di trasferimento di beni appare ispirata al generale principio della *substance over the form*: al di là delle etichette formali, rispetto al modello italiano, la preferenza è sulla natura sostanziale dell'operazione. In particolare, in caso di operazione che, pur formalmente assimilabile ad una cessione di singoli beni, comporti una sostanziale continuità vecchia e nuova entità, il trasferimento di responsabilità sarà integrale, come se si fosse effettuata una fusione tra le due entità.
Tale approccio sostanziale, seppur ancora imperfetto in termini di *"identità criminale"* (cfr. paragrafo successivo), appare superare le criticità, riscontrate nel nostro sistema giuridico, relative ad un rischio di *"arbitraggio"*, in forza del quale, date due operazioni sostanzialmente analoghe, la scelta dello schema giuridico (in particolare fusione *vs* cessione di azienda *vs* acquisto di quote) influenza modi e termini della trasmissione di responsabilità.

4.2. *Successor Identity*

Pur se i modelli di *corporate criminal liability* nel sistema italiano e statunitense appaiono molto differenti tra loro (colpa di organizzazione ai sensi del Decreto *vs* responsabilità sostanzialmente oggettiva secondo la *vicarious liability*), la posizione dell'ente a seguito di una vicenda modificativa appare, in entrambi gli ordinamenti, ispirata a criteri di responsabilità oggettiva che prescinde dall'"identità" del nuovo ente.
Detto altrimenti, al netto di meccanismi di riduzione a seguito di operazioni di *"riorganizzazione virtuosa"*, il nuovo ente nascente dall'operazione straordinaria andrà incontro ad un procedimento penale e ad una condanna anche laddove non condivida con il proprio predecessore né assetti proprietari né le medesime carenze organizzative le quali hanno reso possibile la commissione dell'illecito.
Proprio dal mondo statunitense giunge la proposta di riformare la disciplina in questione. In un recente articolo[154], l'autore Mihailis Diamantis riflette in merito alle criticità della disciplina della *successor criminal liability* – in forza della quale l'ente risultante diventa *automaticamente* centro di imputazione della responsabilità nascente dal reato commesso dal proprio predecessore – nel tentativo di proporre un nuovo modo di valutare la responsabilità del successore, che consenta di superare il modello oggettivo di trasmissibilità della responsabilità in favore di un approccio che valorizzi il concetto di "identità" sostanziale tra i soggetti metaindividuali coinvolti.
Per comprendere l'iniquità dell'attuale regime, l'Autore propone un esempio letterario che ha il grande pregio di superare, per lo meno in chiave ideale, la limitazione, insita in un diritto penale delle persone fisiche, di confrontarsi con eventi metamorfici.
«Supponiamo che in seguito dell'omicidio di Sir. Danvers Carew, Dr. Jekyll si scinda in due entità separate, quale di queste dovrebbe essere penalmente perseguita per il reato commesso? Per la maggior parte delle persone si tratterebbe di un quesito aperto e prima di rispondere vorrebbe sapere quale dei due corpi abbia ereditato i tratti psicologici di Mr. Hyde. Fingiamo ora che Mr. Hyde si fonda con un qualsivoglia passante innocente, il soggetto risultante potrebbe essere sopposto ad un procedimento penale per il reato commesso? Anche

in questo frangente, la maggior parte delle persone si domanderebbe quali caratteristiche di Mr. Hyde e quali dell'individuo incolpevole siano effettivamente rimaste prima di decidere se e come punire il soggetto risultante. Per nessuno la punibilità del successore potrebbe essere conseguenza naturale del fenomeno metamorfico[155]».

In tale esempio, Hyde è una scheggia impazzita che, dopo aver commesso un omicidio, si scinde definitivamente da Jekyll e si fonde con un passante innocente: è giusto punire Jekyll per le colpe di Hyde? E quale sorte invece per il nuovo soggetto – il passante incolpevole fusosi con Hyde – estraneo al precedente reato ma attualmente successore dell'effettivo colpevole?

Fuor di metafora, l'Autore ripropone tale esempio in ambito societario.

Una società di grandi dimensioni presenta al suo interno una divisione con talune lacune sotto il profilo della *compliance* e nel cui ambito si è verificato un fatto penalmente rilevante. Predetta divisione viene scorporata venendosi, così, a creare due società: una società "buona", priva di criticità ed estranea alla commissione dell'illecito e una società "cattiva".

Nel secondo scenario sviluppato dall'autore, una società "cattiva", nella precedente accezione, viene acquisita da una società "buona" la quale, in ragione di una attività di "camuffamento" da parte della prima sia della commissione di un illecito sia delle proprie carenze organizzative, non si rende conto di fondersi con una società che porta in pancia una responsabilità per una condotta illecita già perpetrata.

Chi deve essere punito per le colpe della *bad company*-Hyde?

Come premesso, alla luce dell'attuale disciplina, in entrambe le ipotesi il soggetto risultante (*successor*), a seguito del perfezionamento dell'operazione modificativa, diventerebbe automaticamente centro di imputazione della responsabilità per i reati originariamente commessi dall'ente coinvolto nel processo riorganizzativo (*predecessor*)[156].

Come evidenziato dall'Autore, tale modello di trasmissibilità dell'addebito è, tuttavia, insensibile alla nozione di *"identità"* tra predecessore e successore, in forza della quale si tende a punire il nuovo ente senza valorizzare né il cambio della compagine sociale né ad eventuali operazioni di "riorganizzazione virtuosa" finalizzate a colmare le lacune organizzative ascrivibili ai soggetti originariamente responsabili che hanno reso possibile l'integrazione di illeciti penali[157].

La previsione di una responsabilità oggettiva nel sistema statunitense appare sintomatica di un approccio basato sul perseguimento di finalità special-preventive: tale regime è orientato a scongiurare, *ab origine*, il rischio di verificazione del reato all'interno del contesto societario, non potendo l'ente abidcare alla propria responsabilità anche a seguito di una profonda opera di ristrutturazione[158].

La principale critica a tale impostazione è che la stessa non pare cogliere pienamente la complessità che caratterizza gli enti collettivi a loro volta costituiti da singoli individui che in prima persona pongono in essere le condotte penalmente rilevanti. La deterrenza alla commissione di fatti di reato in ambito societario passa necessariamente attraverso la detterenza dei soggetti che integrano tali comportamenti illeciti[159].

Tuttavia, se una cooperazione dell'ente, anche finalizzata all'individuazione degli autori materiali del reato, potrebbe essere facilitata dalla nuova filosofia "virtuosa" della entità venuta ad esistenza a seguito della riorganizzazione[160], l'attuale sistema di trasmissione oggettiva della responsabilità si pone come ostacolo: a fronte di una responsabilità automatica dell'ente risultante, verrebbe a mancare per quest'ultimo quell'incentivo a condividere con l'autorità i risultati di eventuali indagini interne – finalizzate anche all'emersione della responsabilità dei singoli – consistendo tali documenti in sostanziali atti d'accusa proprio nei confronti dell'ente "*whistleblower*".

A contrario, il superamento del necessario epilogo sanzionatorio nei confronti dell'ente, attraverso l'introduzione di vere e proprie esimenti che incoraggino quest'ultimo a colmare le lacune che hanno reso possibile l'integrazione del fatto illecito, consentirebbe l'emersione dei fatti di reato consumatisi precedentemente e valorizzerebbe la finalità rieducativa, da molti considerata la principale istanza del diritto penale moderno.

Come evidenzia l'Autore[161], rimanere ancorati ad una deterrenza *ex ante* riduce l'importanza di operare un cambiamento *ex post*.

Per altro verso, l'attuale regime non pare soddisfare neppure istanze marcatamente retributive. Una corretta retribuzione, infatti, non si esaurisce nella mera erogazione della sanzione, ma postula l'applicazione della stessa al soggetto responsabile del fatto penalmente rilevante[162], laddove, invece, il sistema di trasmissione vicariale della responsabilità prescinde da una valutazione in merito alla sostanziale corrispondenza indentitaria tra i soggetti coinvolti.

Emblematico delle lacune del sistema della *successor liability* è un ulteriore esempio proposto dall'Autore[163] nel quale ad essere protagoniste sono, questa volta, due società. All'insaputa degli esponenti apicali della società, Tizia dipendente di

una società piccola, chiamata S, commette un reato nell'esercizio delle proprie funzioni. In un momento successivo, una grande società, chiamata L, che dispone di solidi programmi di *compliance*, decide di acquisire S senza venire a conoscenza della precedente commissione di un reato nell'ambito della medesima.
Quale finalità avrebbe sanzionare la società risultante dalla "acquisizione"? Come evidenzia l'Autore stesso, dopo il perfezionamento dell'operazione, in termini retributivi, parrebbe ingiusto sanzionare L per illeciti commessi da S e dei quali la società L non era a conoscenza; inoltre, altrettanto vana sarebbe l'erogazione della sanzione dal punto di vista special-preventivo non essendo stata L nella condizione di prevenire la condotta illecita posta in essere nel contesto della società S.
Proprio nell'ambito di tale esempio, l'Autore sottolinea come, piuttosto che punire l'ente risultante, si dovrebbe investire nel paradigma riabilitativo, incentivando attività che, nell'ambito della vicenda modificativa, portino a colmare le lacune organizzative della società S: in caso di positivo esito di tale attività di riorganizzazione, dovrebbe essere preclusa l'automatica estensione della responsabilità in capo all'ente risultante[164].
Ed è proprio nel solco dei limiti che l'attuale assetto presenta che trova la sua collocazione il concetto di identità criminale[165], nozione che consentirebbe di subordinare la trasmissibilità della responsabilità solo nel caso in cui vi sia una corrispondenza sostanziale tra l'ente originariamente responsabile e l'ente risultante all'esito della vicenda modificativa. Tale innovativo regime consentirebbe di abbandonare quello attuale, spiccatamente formalistico, in favore di uno schema basato sul concetto di *identità del successore* (c.d *successor identity*) maggiormente calzante alla natura metamorfica che contraddistingue le operazioni di ristrutturazione societaria.
L'identità, secondo l'Autore, non deve essere ancorata ad elementi accidentali, bensì a caratteristiche essenziali causalmente riconducibili al *modus operandi* degli esponenti aziendali[166]. In altri termini, l'identità criminale dell'ente originario sarà strettamente riconducibile all'*ethos* aziendale, nozione che fagocita una plurarlità di elementi tra i quali vengono annoverati i *compliance program* in essere, la struttura gerarchica, gli obiettivi perseguiti, la politica aziendale, la previsione ed attuazione di un sistema sanzionatorio, l'attività di formazione aziendale ovvero i «*compensation scheme*»[167].
Tale approccio basato sulla corrispondenza identitaria tra enti coinvolti permetterebbe di ancorare il trasferimento della responsabilità a quella specifica caratteristica organizzativa che ha reso causalmente possibile l'integrazione del reato. Subordinare il trasferimento della responsabilità ad una sostanziale corrispondenza indentitaria tra i soggetti partecipanti all'operazione consentirebbe di incentivare, durante il compimento della stessa, sia lo svolgimento di una puntuale attività di automonitoraggio sia la riorganizzazione virtuosa dell'ente stesso[168]. Far emergere e colmare le lacune organizzative scoperte durante il compimento della vicenda modificativa permetterebbe non solo di prevenire l'integrazione di ulteriori fatti di reato nell'ambito dell'ente risultante, ma altresì di esonerare quest'ultimo dall'addebito di responsabilità per i reati commessi dall'ente originario[169].
La soluzione che viene prospettata è quindi bianaria: se, a seguito della vicenda modificativa, l'ente risultante condividerà la medesima identità dell'ente originariamente responsabile – *alias* lo stesso tratto organizzativo che ha reso causalmente possibile la verificazione dell'illecito penale – esso diverrà centro di imputazione della responsabilità nascente da reato, *a contrario,* qualora non vi sia una identità sostanziale tra i soggetti coinvolti nell'operazione, a seguito di una riorganizzazione virtuosa, l'ente risultante, accanto agli attuali benefici previsti, andrà esente da potenziali addebiti di responsabilità nascenti dal reato commesso dal proprio predecessore.

5. De iure condendo: quale spazio per una *Sucessor Identity* nel sistema italiano?

Per concludere la trattazione, nel presente paragrafo si tenteranno di suggerire alcuni possibili interventi in ottica *de iure condendo*. L'approccio sarà quello di formulare proposte che, senza operare alcuno stravolgimento nei meccanismi di trasmissione della responsabilità, intervengano su talune specifiche criticità emerse nell'ambito della analisi.
Secondo quanto ricostruito, due appaiono le principali criticità dell'attuale modello di responsabilità degli enti in caso di vicende modificative: limitata rilevanza ad operazioni di riorganizzazione virtuosa dell'ente e un eccessivo formalismo con connessi rischi di abuso.
Con riferimento alla prima questione, prendendo spunto dalla teoria della *successor identity* analizzata nel precedente paragrafo, si potrebbe introdurre un meccanismo teso a valorizzare tutte le attività di riorganizzazione virtuosa, a seguito delle quali l'ente risultante (dalla operazione e

dalla successiva riorganizzazione) non condivida la *identità criminale* del suo predecessore.
A tal fine, si potrebbe introdurre un nuovo art. 32-*bis*, prevedendo una specifica causa di estinzione dell'illecito amministrativo, applicabile all'ente "incolpevole" risultante, del seguente tenore:
«Se la fusione o la scissione è avvenuta prima che l'ente abbia conoscenza dell'avvio di un procedimento penale per reati commessi precedentemente alla data in cui la fusione o la scissione hanno avuto effetto, il giudice emetterà sentenza di non doversi procedere per estinzione dell'illecito amministrativo nei confronti dell'ente risultante dalla fusione e degli enti beneficiari della scissione, quando concorrono congiuntamente le seguenti condizioni:

a) il reato non era conosciuto dall'ente né l'ente avrebbe potuto conoscerlo con l'ordinaria diligenza;

b) l'ente si è efficacemente adoperato per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione dei responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite;

c) l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso;

d) l'ente ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;

e) l'ente ha messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca».

Alcune considerazioni.
La proposta causa di estinzione del reato richiede quattro distinte circostanze: incolpevole conoscenza dell'illecito, l'effettuazione di una operazione straordinaria, le condotte previste dall'art. 17 del Decreto e una condotta di collaborazione da parte dell'ente.
Con riferimento alla prima condizione, si potrebbe giovare di tale causa di esclusione della responsabilità nei soli casi nei quali il nuovo ente decidesse di effettuare l'operazione societaria in forza di una falsa rappresentazione della realtà: diversamente, nel caso in cui il rischio di contagio sia stato effettivamente valutato – ovvero sia stato negligentemente non identificato ovvero sottovalutato – e si sia deciso di procedere con l'operazione, l'ente potrebbe eventualmente beneficiare delle riduzioni sanzionatorie già presenti nelle attuali previsioni del Decreto.
Con riferimento alla eliminazione delle carenze organizzative, tale condizione appare essenziale al fine di effettuare quel cambio d'abito che comporti l'assenza di *identità criminale* tra ente *pre* e *post* operazione.
Le successive condotte di collaborazione avrebbero la finalità di creare una netta cesura tra le due entità: l'ente, non colpevole per l'illecito commesso e fautore di una riorganizzazione interna, attraverso la scelta di collaborare con l'autorità al fine di assicurare le possibilità, compirebbe un definitivo distacco rispetto al suo predecessore.
Passando alla seconda questione, il problema dell'eccessivo formalismo, il principale istituto che si presta ad abusi è la cessione di azienda, soprattutto nei casi nei quali l'azienda ceduta costituisse l'unico cespite della cedente (che a seguito dell'operazione rimarrebbe una scatola vuota): in tali casi, pur effettuando una operazione negli effetti analoga ad una fusione – venendosi a creare, nei fatti, un unico soggetto giuridico che opererà per conto di cedente e cessionario, ma solo in nome di quest'ultimo – lo scema giuridico della cessione d'azienda potrebbe essere utilizzato per aggirare l'applicazione delle sanzioni interdittive.
A tal fine, si potrebbe importare un correttivo "sostanziale" alla disciplina in analisi, disciplinando la trasmissione della sanzione interdittiva anche nel caso di cessione di azienda, sulla falsariga di quanto accade in caso di scissione.
In particolare, si potrebbe inserire un nuovo comma 1-*bis* all'art. 33:
«le sanzioni interdittive per i reati commessi anteriormente alla data dalla quale la cessione di azienda ha avuto effetto, si applicano al cessionario nel caso in cui la cessione ha avuto ad oggetto il ramo di attività nell'ambito del quale il reato è stato commesso».
Operando in questo modo, l'operazione di cessione di azienda rimarrebbe neutrale rispetto alla applicazione delle sanzioni interdittive che sarebbero legate allo specifico ramo di attività *"colpevole"* dell'illecito.
Per evitare che tale estensione di responsabilità per l'ente cessionario (o conferitario ai sensi del comma 3) limitasse la circolazione dei traffici economici, l'ente cessionario dovrebbe avere accesso alla possibilità di convertire la stessa in sanzione pecuniaria ai sensi dell'art. 31 del Decreto. In tale caso, l'applicazione della sanzione pecuniaria convertita dovrebbe sottendere ai tre requisiti previsti per la sanzione pecuniaria applicata in via diretta: beneficio della preventiva escussione dell'ente cedente, limite del valore dell'azienda, conoscenza o conoscibilità di tali sanzioni.
Inoltre, si dovrebbe applicare anche al cessionario

di azienda la nuova condizione di estinzione dell'illecito amministrativo proposta nella prima parte del paragrafo, così fornendo piena tutela al soggetto che, incolpevolmente, abbia acquisito una azienda nell'ambito della quale sia stato commesso un reato e, una volta scoperto il medesimo, ponga in essere concrete ed effettive condotte rimediali e di collaborazione.

1 Relazione governativa accompagnatoria al Decreto al par. 1.1 che precisa «*In proposito, appare tuttavia necessario fare da subito una puntualizzazione. Tale responsabilità, poiché conseguente da reato e legata (per espressa volontà della legge delega) alle garanzie del processo penale, diverge in non pochi punti dal paradigma di illecito amministrativo ormai classicamente desunto dalla L. 689 del 1981. Con la conseguenza di dar luogo alla nascita di un tertium genus che coniuga i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo nel tentativo di contemperare le ragioni dell'efficacia preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia*». In relazione alla natura giuridica di tale responsabilità si segnalano le seguenti pronuncie Cass. Pen., Sez. Un., 18 settembre 2014 (ud. 24 aprile 2014) n. 38343; Cass. Pen., Sez. VI, 16 luglio 2010 (ud. 18 febbraio 2010) n. 27735; Cass. Pen., Sez VI., 17 settembre 2009 (ud. 09 luglio 2005) n. 36083.

2 V. Napoleoni, *Le "vicende modificative": trasformazione, fusione, scissione e responsabilità degli enti*, in *Resp. amm. soc. Enti,* 2007, 2, p. 139.

3 *Id.* p. 140.

4 Relazione governativa accompagnatoria al Decreto par. 14.1.

5 Cass. Pen., Sez. VI., 17 marzo 2016 (ud. 12 febbraio 2016) n. 11442.

6 Cass. Pen., Sez. VI., 17 marzo 2016 (ud. 12 febbraio 2016) n. 11442 «*La diversa opzione – conferire effetto estintivo alla trasformazione dell'ente dovuto a libere iniziative dei diretti interessati – avrebbe determinato una evidente inadeguatezza delle sanzioni comminate a rendere effettiva l'osservanza degli obblighi derivanti dalla normativa pattizia*».

7 Tale termine evoca non solo la nozione di sanzione pecuniaria contenuta all'art 9 comma 1 lett. a) del Decreto, ma attrae altresì quelle sanzioni che devono essere corrisposte a titolo di delle sanzioni indertittive tanto *ex* art. 31, comma 1 quanto *ex* art. 78 ovvero, in forza dell'art. 23, comma 2 in caso di inosservanza di sanzioni o misure cautelari interdittive.

8 Cass. Pen., Sez. VI, 22 aprile 2004 (ud. 3 marzo 2004), Ribera, in *Cass. Pen.*, 2004, p. 4046 ss., con nota di P. Di Geronimo, *La Cassazione esclude l'applicabilità alle imprese individuali della responsabilità da reato prevista per gli enti collettivi: spunti di diritto comparato,* in *Cass. pen.,* 2004, 12, p. 4049.

9 D. Castronuovo - G. De Simone - E. Ginevra - A. Lionzo - D. Negri - G. Varraso, *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi,* Ipsoa, 2019, p. 746.

10 P. Sfameni, *Responsabilità patrimoniale e vicende modificative dell'ente* in AAVV., *La responsabilità amministrativa degli enti,* Ipsoa, 2002, p. 156.

11 M. Iacoviello, *Vicende modificative dell'ente: trasformazione, fusione e scissione. La cessione d'azienda,* in, F. Sbisa' - E. Spinelli, *Responsabilità amministrativa degli enti (D.Lgs 231/01),* Ipsoa, 2017, p. 289.

12 Tribunale di Milano 20 ottobre 2011 «Seppure la liquidazione e successiva cancellazione della società dal registro delle imprese costituisca una vicenda estintiva che presenta degli importanti punti di contatto con le vicende modificative dell'ente, oggetto di specifica normazione, non si ritiene che, in via interpretativa, i principi ivi statuiti possano essere estesi alle vicende estintive. A ciò osta, anzitutto, il principio consacrato all'art. 27, comma 1, del d.lgs. 2001, n. 231, il quale sancisce che "dell'obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria risponde soltanto l'ente con il suo patrimonio o fondo comune", rispetto al quale l'estensione a soggetti terzi della responsabilità è un'evidente eccezione. Le norme relative alle vicende modificative dell'ente sono, pertanto, di stretta applicazione e una loro estensione al di fuori dei casi *espressamente disciplinati si tradurrebbe in una inammissibile analogia in malam partem. Mediante un'applicazione analogica di tale norme, inoltre, si introdurrebbe, in via surrettizia, una forma di responsabilità per fatto altrui che si porrebbe in evidente contrasto con i principi di responsabilità personale e di colpevolezza (art. 27 Cost.). La lacuna normativa non potrebbe essere colmata neppure mediante una regolamentazione "costituzionalmente orientata" della vicenda estintiva dell'ente, poiché plurime sono le soluzioni ipotizzabili (divieto di liquidazione dell'ente o successione di altri soggetti in luogo dell'ente, ad esempio) e tutte implicherebbero valutazioni discrezionali, per loro natura, riservate al legislatore. Né può essere adita la Corte Costituzionale, cui non può esser chiesta una pronuncia additiva in malam partem. De jure condito, dunque, si deve concludere che l'estinzione della società a seguito della sua liquidazione e della sua cancellazione dal registro delle imprese comporta, ai fini penali, l'estinzione dell'illecito e la conseguente improcedibilità dell'azione penale, analogamente a quanto avviene nel caso di morte della persona fisica cui sia imputato un reato*».

13 G. J. Sicignano, *Gli effetti della cancellazione della società dal registro delle imprese sulla responsabilità "da reato" dell'ente*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. trim.*- 2/2014.

14 D. Castronuovo - G. De Simone - E. Ginevra - A. Lionzo - D. Negri - G. Varraso, *cit.*, p.747.

15 Art. 2191 c.c. «*Se un'iscrizione è avvenuta senza che esistano le condizioni richieste dalla legge, il giudice del registro, sentito l'interessato, ne ordina con decreto la cancellazione*».

16 D. Castronuovo - G. De Simone - E. Ginevra - A. Lionzo - D. Negri - G. Varraso, *cit.,* p. 747.

17 *Id.* p. 748.

18 *Ibid.*

19 Art. 36, comma 4 t.u.f. «*Ciascun fondo comune di investimento, o ciascun comparto di uno stesso fondo, costituisce patrimonio autonomo, distinto a tutti gli effetti dal patrimonio della società di gestione del risparmio e da quello di ciascun partecipante, nonché da ogni altro patrimonio gestito dalla medesima società; delle obbligazioni contratte per conto del fondo, la Sgr risponde esclusivamente con il patrimonio del fondo medesimo. Su tale patrimonio non sono ammesse azioni dei creditori della società di gestione del risparmio o nell'interesse della stessa, né quelle dei creditori del depositario o del sub depositario o nell'interesse degli stessi. Le azioni dei creditori dei singoli investitori sono ammesse soltanto sulle quote di partecipazione dei medesimi. La società di gestione del risparmio non può in alcun caso utilizzare, nell'interesse proprio o di terzi, i beni di pertinenza dei fondi gestiti*».

20 Art. 36, comma 4 t.u.f «*Nel caso di Sicav e Sicaf multicomparto, ciascun comparto costituisce patrimonio autonomo, distinto a tutti gli effetti da quello degli altri comparti. Il patrimonio di una medesima Sicav può essere suddiviso in comparti costituiti esclusivamente da FIA o da OICVM*».

21 D. Castronuovo - G. De Simone - E. Ginevra - A. Lionzo - D. Negri - G. Varraso, *cit.,* p. 754.

22 *Id.* p. 751.

23 Art. 2615 c.c. «*Per le obbligazioni assunte in nome del consorzio dalle persone che ne hanno la rappresentanza, i terzi possono far valere i loro diritti esclusivamente sul fondo consortile. Per le obbligazioni assunte dagli organi del consorzio per conto dei singoli consorziati rispondono questi ultimi solidalmente col fondo consortile. In caso d'insolvenza nei rapporti tra i consorziati il debito dell'insolvente si ripartisce tra tutti in proporzione delle quote*».

24 a. Semeria, sub. *Art. 27,* in a. Bernasconi - a. Presutti - c. Fiorio, *La responsabilità degli enti,* Cedam, 2008, p. 311.

25 *Ibid.*

26 Art. 2325, comma 2 c.c. «*In caso di insolvenza della società, per le obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui le azioni sono appartenute ad una sola persona, questa risponde illimitatamente quando i conferimenti non siano stati effettuati secondo quanto previsto dall'articolo 2342 o fin quando non sia stata attuata la pubblicità prescritta dall'articolo 2362*».

27 Art. 2462, comma 2 c.c. «*In caso di insolvenza della società, per le obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui l'intera partecipazione è appartenuta ad una sola persona, questa risponde illimitatamente quando i conferimenti non siano stati effettuati secondo quanto previsto dall'articolo 2464, o fin quando non sia stata attuata la pubblicità prescritta dall'articolo 2470*».

28 F. Vignoli, sub. *art 27,* in M. Levis - A. Perini, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti,* Zanichelli, 2014, p. 804.

29 F. Platania, *L'evidenziazione contabile delle sanzioni* ex *d.lgs n.231 del 2001 e vicende modificative dell'ente*, in Le *Società*, n. 5-2002, p. 543.

30 A. Semeria, sub. *Art. 27,* in a. Bernasconi - A. Presutti - C. Fiorio, *cit.*, p. 313.

31 D. Castronuovo - G. De Simone - E. Ginevra - A. Lionzo - D. Negri - G. Varraso, *cit.,* p. 756.

32 A. Fabbriciani, sub *art. 28,* in A. Bernasconi - A. Presutti - C. Fiorio, *cit.*, p.319.

33 *Ibid.*

34 V. Napoleoni, *cit.,* p. 144.

35 R. Quintana, sub. *art 28*, in M. Levis - A. Perini, *cit.,* p. 812.

36 Art. 2498 c.c. «*Con la trasformazione l'ente trasformato conserva i diritti e gli obblighi e prosegue in tutti i rapporti anche processuali dell'ente che ha effettuato la trasformazione*».

37 A. Fabbriciani, sub *art. 28,* in A. Bernasconi - A. Presutti - C. Fiorio, *cit.,* p.319.

38 Nella Relazione Ministeriale accompagnatoria si precisa infatti che la disciplina prevista dall'art 28 D.Lgs 231/2001 è «*coerente con la natura dell'istituto della trasformazione, il quale implica un semplice mutamento del modulo organizzativo, che non incide sull'identità dell'ente*».

39 A. Fabbriciani, sub *art. 28,* in A. Bernasconi - A. Presutti - C. Fiorio, *cit.*, p. 319.

40 *Id.* p. 321.

41 A. Cadoppi – S. Canestrari - A. Manna - M. Papa, in *Diritto penale dell'economia,* UTET Giuridica, 2016, p. 3149.

42 A. Fabbriciani, sub *art. 28,* in A. Bernasconi - A. Presutti - C. Fiorio, *cit.,* p. 320.

43 De Marzo, *Il d.lgs. n. 231/2001: responsabilità patrimoniale e vicende modificative dell'ente*, in *Corr. Giur.*, n. 11/2001, p. 1532.

44 Art. 2500-*quinquies* c.c. «*La trasformazione non libera i soci a responsabilità illimitata dalla responsabilità per le obbligazioni sociali sorte prima degli adempimenti previsti dal terzo comma dell'articolo 2500, se non risulta che i creditori sociali hanno dato il loro consenso alla trasformazione. Il consenso si presume se i creditori, ai quali la deliberazione di trasformazione sia stata comunicata per raccomandata o con altri mezzi che garantiscano la prova dell'avvenuto ricevimento,*

non lo hanno espressamente negato nel termine di sessanta giorni dal ricevimento della comunicazione».

45 Art. 2500-*sexies* ult. co. c.c. «*I soci che con la trasformazione assumono responsabilità illimitata, rispondono illimitatamente anche per le obbligazioni sociali sorte anteriormente alla trasformazione*».

46 R. Quintana, sub *art 28*, in M. Levis - A. Perini, *cit.,* p. 819.

47 D. Castronuovo - G. De Simone - E. Ginevra - A. Lionzo - D. Negri - G. Varraso, *cit., p.* 767.

48 *Ibid.*

49 V. Napoleoni, *cit.,* p. 143.

50 M. Iacoviello, *Vicende modificative dell'ente: trasformazione, fusione e scissione. La cessione d'azienda,* in, F. Sbisa' - E. Spinelli, *cit.,* p. 290.

51 R. Quintana, sub *art 28*, in M. Levis - A. Perini, *cit.*, p. 814.

52 Art. 2504-bis, comma 1 c.c. «*La società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione*».

53 L'art 2504-bis c.c nella versione precedente alla riforma ad opera del D.Lgs 6/2003 qualificava le società partecipanti all'operazione e l'incorporata come *"estinte"*.

54 R. Quintana, sub *art 29*, in M. Levis - A. Perini, *cit.,* p. 822.

55 Cass. Civ., Sez. Un., 8 Febbraio 2006 (ud. 12 gennaio 2006) n. 2637 «*Il legislatore ha così (definitivamente) chiarito la fusione tra società non determina, nell'ipotesi di fusione per incorporazione, l'estinzione della società incorporata, né crea un nuovo soggetto di diritto nell'ipotesi di fusione paritaria, ma attua l'unificazione mediante l'integrazione reciproca delle società partecipanti alla fusione, risolvendosi in una vicenda meramente evolutiva-modificativa dello stesso soggetto giuridico, che conserva la propria indenità, pur in un nuovo assetto organizzativo*».

56 Cass. Civ., Sez I,, 26 gennaio 2016 (ud. 01 dicembre 2015) n. 1376 «*In tema di fusione di società, invero, l'art. 2504 bis cod. civ., introdotto dalla riforma del diritto societario (D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6), ha natura innovativa e non interpretativa e, pertanto, il principio, da esso desumibile, per cui la fusione tra società si risolve in una vicenda meramente evolutivo-modificativa dello stesso soggetto giuridico, che conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo, non vale per le fusioni (per unione od incorporazione) anteriori all'entrata in vigore della nuova disciplina (1 gennaio 2004). Tali fusioni, sottratte all'applicazione della nuova norma succitata, pur dando luogo ad un fenomeno successorio, si diversificano, tuttavia, dalla successione "mortis causa" perchè la modificazione dell'organizzazione societaria dipende esclusivamente dalla volontà delle società partecipanti, con la conseguenza che quella che viene meno non è pregiudicata dalla continuazione di un processo del quale era perfettamente a conoscenza, così come nessun pregiudizio subisce la incorporante (o la società risultante dalla fusione), che può intervenire nel processo ed impugnare la decisione sfavorevole. Neppure a dette fusioni - ancorchè non soggette al disposto dell'art. 2504 bis c.c. - si applica, dunque, la disciplina dell'interruzione di cui all'art. 299 c.p.c. e ss.* ».

57 R. Quintana, sub *art 29*, in M. Levis - A. Perini, *cit.*, p. 823.

58 D. Castronuovo - G. De Simone - E. Ginevra - A. Lionzo - D. Negri - G. Varraso *cit.,* p. 775.

59 V. Napoleoni, *cit.*, p. 148.

60 P. Colarossi, sub *art. 29*, in A. Bernasconi – A. Presutti - C. Fiorio, *cit.*, p.325.

61 V. Napoleoni, *cit.,* p. 149.

62 D. Castronuovo - G. De Simone - E. Ginevra - A. Lionzo - D. Negri - G. Varraso, *cit.,* p.774.

63 Art. 2504-*quater* c.c. «*Eseguite le iscrizioni dell'atto di fusione a norma del secondo comma dell'articolo 2504, l'invalidità dell'atto di fusione non può essere pronunciata. Resta salvo il diritto al risarcimento del danno eventualmente spettante ai soci o ai terzi danneggiati dalla fusione*».

64 D. Castronuovo - G. De Simone - E. Ginevra - A. Lionzo - D. Negri - G. Varraso, *cit.,* p. 775.

65 Cass. Pen., Sez. V., 29 gennaio 2016 (ud. 27 ottobre 2015) n. 4064.

66 D. Castronuovo - G. De Simone - E. Ginevra - A. Lionzo - D. Negri - G. Varraso, *cit.,* p. 777.

67 S. Beltrani, *Novità giurisprudenziali in tema di responsabilità degli enti in caso di fusione* in *La responsabilità amministrativa delle società e degli* enti, 2011, p. 149.

68 V. Napoleoni, *cit.,* p. 150.

69 R. Quintana, sub *art. 30*, in M. Levis - A. Perini, *cit.,* p. 831.

70 P. De Libero, sub *art 30,* in A. Bernasconi – A. Presutti - C. Fiorio, *cit.*, p.327.

71 V. Napoleoni, *cit.,* p. 151. L'autore ritiene che tale orientamento troverbbe conferma nel novellato art 2506 c.c., il quale, a seguito delle modifiche apportate dalla riforma societaria del 2003, nel disciplinare tale operazione, parla di "assegnazione" e non più di "trasferimento" del patrimonio tra ente scisso e beneficiari.

72 *Ibid.*

73 R. Quintana, sub *art. 30*, in M. Levis - A. Perini, *cit.,* p. 833.

74 *Id.* p. 834.

75 D. Castronuovo - G. De Simone - E. Ginevra - A. Lionzo - D. Negri - G. Varraso, *cit.,* p. 787.

76 Art. 2506-quater ult. co. c.c «*Ciascuna società è solidalmente responsabile, nei limiti del valore effettivo del patrimonio*

netto ad essa assegnato o rimasto, dei debiti della società scissa non soddisfatti dalla società cui fanno carico».

77 D. Castronuovo - G. De Simone - E. Ginevra - A. Lionzo - D. Negri - G. Varraso, *cit.,* p. 788.

78 P. Sfameni, *cit,* p. 173.

79 V. Napoleoni, *cit.*, p. 155.

80 R. Quintana, sub *art. 30*, in M. Levis - A. Perini, *cit.*, p. 838.

81 P. Sfameni, *cit.*, p. 174.

82 *Ibid.*

83 P. Sfameni, *cit.,* pp. 175 ss.

84 *Ibid.*

85 V. Napoleoni, *cit.,* p. 154.

86 D. Castronuovo - G. De Simone - E. Ginevra - A. Lionzo - D. Negri - G. Varraso, *cit.,* p. 799.

87 V. Napoleoni, *cit.,* p. 155.

88 R. Quintana, sub *art. 30,* in M. Levis - A. Perini, *cit.,* p.840. L'autrice propone l'esempio della società che, a seguito dell'avvenuta commissione dell'illecito, trasferisce immediatamente, per effetto dell'operazione, il ramo in cui è stato commesso l'illecito ad una beneficiaria, senza godere del profito del profitto che la confisca mira a requisire.

89 V. Napoleoni, *cit.,* p. 156.

90 P. De Libero, sub *art 30,* in A. Bernasconi – A. Presutti - C. Fiorio, *cit.,* p.331.

91 M. Iacoviello, *Vicende modificative dell'ente: trasformazione, fusione e scissione. La cessione d'azienda,* in, F. Sbisa' - E. Spinelli, *cit.,* p. 295.

92 D. Castronuovo - G. De Simone - E. Ginevra - A. Lionzo - D. Negri - G. Varraso, *cit.,* p. 802.

93 R. Razzante - F. Toscano, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche. Profili teorici e pratici connessi all'applicazione del D.Lgs. 8 giugno, n. 231*, Giappichelli, 2003, p. 222.

94 R. Quintana, sub *art. 31*, in M. Levis - A. Perini, *cit.,* p.854.

95 R. Razzante - F. Toscano, *cit.,* p. 221.

96 D. Castronuovo - G. De Simone - E. Ginevra - A. Lionzo - D. Negri - G. Varraso, *cit.,* p. 810.

97 R. Razzante - F. Toscano, *cit.*, p. 222.

98 P. De Libero, sub *art. 33,* in A. Bernasconi – A. Presutti - C. Fiorio, *cit.,* p. 343 sottolinea come, ai fini definitori, fondamentale sia il richiamo all'art. 2555 c.c che, se inteso, non tanto nella sua accezione letterale, ma in forza dell'orientamento c.d "omnicomprensivo", porta a indentificare l'azienda non come il mero insieme di beni, bensì come il complesso dei rapporti giuridici funzionali e strumentali all'esercizio dell'attività imprenditoriale.

99 C. Presciani, *Cessione di azienda in bonis e responsabilità del cessionario per i debiti "fisiologici" e "patologici": disciplina codicistica e normative speciali*, in *Rivista di Diritto Bancario*, Ottobre/Dicembre 2020, p. 777.

100 Art. 2560 c.c «*L'alienante non è liberato dai debiti, inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta anteriori al trasferimento, se non risulta che i creditori vi hanno consentito.Nel trasferimento di un'azienda commerciale risponde dei debiti suddetti anche l'acquirente dell'azienda, se essi risultano dai libri contabili obbligatori*».

101 C. Presciani, *cit.,* p. 778.

102 D. Castronuovo - G. De Simone - E. Ginevra - A. Lionzo - D. Negri - G. Varraso, *cit.,* p. 817.

103 R. Quintana, sub *art.* 33, in M. Levis - A. Perini, *cit.*, p. 863.

104 P. De Libero, sub *art. 33,* in A. Bernasconi - A Presutti - C. Fiorio, *cit.,* p.343.

105 *Ibid.*

106 P. Sfameni, *cit.,* p. 179.

107 V. Napoleoni, *La cessione d'azienda nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Rivista 231*.

108 *Ibid.* con la conseguenza che «*in tale evenienza - ferma restando, ovviamente, l'esigenza che l'illecito cui le sanzioni pecuniarie si connettono risulti imputabile ab origine ad un "ente", nel senso indicato dall'art. 1, comma 2, d.lgs. 231/2001 - potrebbero venire in rilievo anche convenzioni nelle quali tanto la veste di cedente che quella di cessionario sono assunte da persone fisiche*».

109 P. Sfameni, *cit.,* p. 179.

110 D. Castronuovo - G. De Simone - E. Ginevra - A. Lionzo - D. Negri - G. Varraso, *cit.,* p. 816.

111 Relazione ministeriale accompagnatoria al Decreto par. 14.1.

112 P. Sfameni, *cit.*, p. 179.

113 D. Castronuovo - G. De Simone - E. Ginevra - A. Lionzo - D. Negri - G. Varraso, *cit.,* p. 827.

114 *Id.* p. 820.

115 P. De Libero, sub *art 33*, in A. Bernasconi – A. Presutti - C. Fiorio, *cit.,* p.344.

116 *Id.* p.345.

117 D. Castronuovo - G. De Simone - E. Ginevra - A. Lionzo - D. Negri - G. Varraso, *cit., p.*825.

118 Relazione ministeriale accompagnatoria al Decreto par. 14.1, nella quale si esplicita che *«Resta esclusa, di contro, in ogni caso, l'estensione al cessionario delle sanzioni interdittive inflitte al cedente»*.
119 R. Quintana, sub *art.* 33, in M. Levis - A. Perini, *cit.*, p. 866.
120 P. De Libero, sub *art 30*, in A. Bernasconi – A. Presutti - C. Fiorio, *cit.*, p. 346.
121 R. Razzante - F. Toscano, *cit.*, p. 224.
122 P. De Libero, sub *art 30*, in A. Bernasconi - A. Presutti - C. Fiorio, *cit.*, p. 347.
123 *Ibid.*
124 Ai sensi degli artt. 1344 c.c. *«Si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa»;* art. 1418 c.c. *«Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente. Producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'articolo 1325, l'illiceità della causa, l'illiceità dei motivi nel caso indicato dall'articolo 1345 e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'articolo 1346»*.
125 Ai sensi dell'art. 1345 c.c. *«Il contratto è illecito quando le parti si sono determinate a concluderlo esclusivamente per un motivo illecito comune ad entrambe»*.
126 R. Quintana, sub *art.* 33, in M. Levis - A. Perini, *cit.*, p. 867.
127 P. De Libero, sub *art 30,* in A. Bernasconi – A. Presutti - C. Fiorio, *cit.,* p. 347.
128 *Id.* p. 348.
129 Treccani online, https://www.treccani.it/enciclopedia/due-diligence.
130 L. Bargoli, *La due diligence nell'ambito delle operazioni di acquisizione*, in *Altalex web*, https://www.altalex.com/documents/news/2007/10/11/la-due-diligence-nell-ambito-delle-operazioni-di-acquisizione.
131 Linee guida n. 6, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 recanti *«Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice»*.
132 Cass Pen., Sez. I, 23 marzo 2010 (ud. 25 febbrario 2010) n.11048. In dottrina, per una soluzione in parte difforme con riferimento, però, ai reati di cui agli artt. 13 e 14 d.lg. n. 286 del 1998, M. Gambardella, *Modificazioni legislative sfavorevoli e reato permanente in materia di immigrazione clandestina*, in *Cass. Pen.*, 2009, p. 1916 ss. Sulla natura permanente del reato in esame, poi A. Caputo, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Giappichelli, 2006, pp. 168 ss.
133 A. Benevento, *Indebita percezione di (plurime) erogazioni ai danni dello stato: delitto a consumazione prolungata o reato continuato?*, in *Sistema Penale Web* https://www.sistemapenale.it/it/scheda/reato-continuato-delitto-a-consumazione-prolungata-indebita-percezione-di-erogazioni-ai-danni-dello-stato?out=print.
134 F. Platania, *L'evidenziazione contabile delle sanzioni* ex. *d.lgs n.231 del 2001 e vicende modificative dell'ente*, *cit.,* p. 545.
135 P. Colarossi, sub *art. 29*, in A. Bernasconi – A. Presutti - C. Fiorio, *cit.,* p.326.
136 P. De Libero, sub *art 30* in A. Bernasconi - A. Presutti - C. Fiorio, *cit.,* p.346.
137 Con particolare riguardo all'art. 17, la Relazione Ministeriale precisa che *«L'articolo 17 individua le condotte di riparazione delle conseguenze del reato che permettono all'ente di evitare l'applicazione delle sanzioni interdittive temporanee. La norma - lo si è anticipato - trasuda chiare finalità specialpreventive, accordando un premio all'ente che pone in essere un comportamento che integra un "controvalore" rispetto all'offesa realizzata. Comportamento successivo all'illecito e da tenere prima dell'apertura del giudizio, che attenua il bisogno di pena, e che, in particolare, controagisce rispetto ai presupposti applicativi delle sanzioni interdittive, annullando la loro carica di disvalore. Ferma l'applicazione delle sanzioni pecuniarie, l'ente non soggiace alle sanzioni interdittive quando concorrono tre condizioni. Le prime due coincidono, in buona parte, con quelle di cui all'articolo 12, comma 2: si tratta, da un lato, delle condotte risarcitorie e riparatorie, da reputarsi integrate anche quando l'ente si sia efficacemente attivato in tal senso (in proposito, si rimanda al commento svolto, supra, per i casi di riduzione della sanzione pecuniaria); dall'altro lato, si richiede che l'ente abbia provveduto ad eliminare le carenze organizzative che hanno determinato il reato, mediante l'adozione e l'efficace attuazione dei modelli organizzativi. Tra le condizioni in esame sussiste un evidente sinergia funzionale: per evitare la sanzione interdittiva che, di regola, tende a paralizzare o a condizionare lo svolgimento dell'attività, non è sufficiente aver eliminato le conseguenze del reato e aver risarcito il danno: il modello di esonero dalla sanzione interdittiva diventa pienamente cofunzionale agli scopi di tali sanzioni solo se la condotta compensativa post-factum ricomprende anche l'eliminazione del fattore di rischio che ha provocato o agevolato la commissione del reato da cui dipende l'esistenza dell'illecito amministrativo. Di qui la necessità di ri-organizzare l'ente eliminando la causa dell'illecito e curando l'adozione e l'attuazione di efficaci modelli di prevenzione del reato. Come terzo concorrente requisito, si prevede che l'ente metta a disposizione il profitto conseguito. La ratio della disposizione è trasparente: visto che il profitto costituisce, di regola, il movente che ispira la consumazione dei reati, l'inapplicabilità della sanzione interdittiva postula inevitabilmente che si rinunci ad esso e lo si metta a disposizione dell'autorità procedente. In definitiva, le contro-azioni di natura reintegrativa, riparatoria e ri-organizzativa sono orientate alla tutela degli interessi offesi dall'illecito e, pertanto, la rielaborazione del conflitto sociale sotteso all'illecito e al reato avviene non solo attraverso una logica di stampo repressivo ma anche, e soprattutto, con*

la valorizzazione di modelli compensativi dell'offesa. Il favore che viene ricollegato alla tenuta di queste condotte è altresì corroborato dalla circostanza, particolarmente significativa, che, anche se vengono tenute oltre il termine previsto, o in seguito alle vicende modificative dell'ente, danno luogo alla conversione della sanzione interdittiva in sanzione pecuniaria (v. art. 78)».

138 New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States, 212 U.S. 481 (1909)

139 G. Galluccio Mezio, *Diritto e procedura penale degli enti negli U.S.A.,* Cedam, 2018, p. 3.

140 *Id.* p. 4.

141 *Ibid.*

142 *Id.* p. 7.

143 H. Lowell Brown, *Successor Corporate Criminal Liability: The Emerging Federal Common Law*, in *Arkansas Law Review*, 49, no. 3, 1996, p. 469.

144 *Id.* p. 470.

145 *Id.* p. 477.

146 *Id.* p. 478.

147 *Id.* p. 481.

148 T.J. Philips, *The Federal Common Law of Successor Liability and the Foreign Corrupt Practices Act*, in *William & Mary Business Law Review*, 89, no. 6., 2015., p. 102 «*The policy rationales for the rule of nonliability are straightforward. First, the nonliability rules appeals to fundamental notions of fairness: no person should be bound by contractual obligations that they have not voluntarily assumed. Similarly, no person should be liable for torts they did not commit. Second, a rule of nonliability increases certainty in the marketplace and recognizes the importance of the free alienability of property; in contrast, a broad rule of successor liability would have chilling effect on potential purchasers who might acquire the assets of a foreclosed business and find themselves liable for debts they never intended to assume*».

149 H. Lowell Brown, *cit.,* p. 482.

150 *Id.* p. 486.

151 T.J. Philips, *The Federal Common Law of Successor Liability and the Foreign Corrupt Practices Act*, in *William & Mary Business Law Review*, 89, no. 6., 2015., p. 104.

152 H. Lowell Brown, *cit.,* p. 496.

153 *Ibid.*

154 M. E. Diamantis, *Successor Identity* in *Yale Journal on Regulation,* 36(1), 2019, pp. 1-44.

155 *Id.* p. 3.

156 *Id.* p. 4.

157 *Id.* p.17

158 *Ibid.*

159 *Ibid.*

160 *Id.* p. 18.

161 *Id.* p.19.

162 *Ibid.*

163 *Id.* p. 20.

164 *Id.* p. 21.

165 *Ibid.*

166 *Id.* p. 32.

167 *Id.* p. 24.

168 *Id.* p. 27.

169 *Id.* p. 28.

07 Per chi suona il fischietto? Qualche nota sul c.d. paradosso del whistleblowing tra «autore» e «osservatore» in "ambito 231"*

di Marco Alessandro Bartolucci

Abstract
Il presente lavoro intende analizzare l'effetto dell'introduzione dell'istituto del c.d. *whistleblowing* nel corpo del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.
Anzitutto, la ricerca analizza i dati derivanti dall'esperienza eurounitaria e comparata. In secondo luogo, il lavoro muove dall'ormai classico contributo criminologico di Sutherland, secondo cui i comportamenti devianti in ambito economico sono caratterizzati da altissimi valori di serialità e diffusività, a cui segue – logicamente – una bassissima propensione alla denuncia.
All'esito di tale rassegna, si giunge alla conclusione che la criminalità d'impresa presenta più di una similitudine con il crimine organizzato e che l'osservatore presente sulla scena del crimine diviene il principale vettore di emersione dell'illecito.
A questo punto, sviluppando il paradigma sociologico elluliano della c.d. pre-propaganda, i modelli comportamentali para-replicanti così come emergono nel c.d. test di Milgram (modello autoritativo) e il sostrato criminologico ed economico-comportamentale, vengono valorizzati gli aspetti virtuosi del *whistleblower* in astratto.

This paper aims to analyze the effect of the introduction of the whistleblowing institute in the Legislative Decree no. 231 of June 8, 2001.
First of all, the research analyzes data derived from EU and comparative experience. Secondly, this work draws on the classic criminological approach of Sutherland, according to which deviant behaviors in the economic sphere are characterized by very high values of seriality and diffusivity, followed – logically – by a very low propensity to denounce.
Based on this analysis it is concluded that business crime has multiple similarities with organized crime and that the observer on the scene of the crime becomes the main vector for the disclosure of wrongdoing.
Lastly, by developing the ellulian sociological paradigm of the pre-propaganda, the para-replicating behavioral models – as they emerge in the Milgram test (authoritative model) – and the criminological and economic-behavioral substrate, the virtuous aspects of the whistleblower are emphasized.

Sommario
1. Premessa e sviluppo della ricerca. - **2.** Il modello positivo eurounitario e comparato. Alla ricerca di una definizione "comune" di *whistleblower*. Cenni. - **3.** *Whistleblowing* e impresa economica, ovvero la "delazione" nel contesto "non intrinsecamente illecito". - **3.1.** Il reato del colletto bianco è un crimine organizzato. - **3.2.** I soggetti sulla scena del crimine (organizzato) e le fonti della notizia di reato. - **3.2.1.** La non-fonte: l'autore. - **3.2.2.** La fonte esaurita: la persona offesa/vittima - **3.2.3.** La fonte scarsa: le agenzie del controllo formale. - **3.2.4.** La (unica) fonte dalla quale attingere: l'osservatore della scena del crimine. - **4.** *Identikit* del *whistleblower*. - **4.1.** Il profilo sociologico. Il modello elluliano. - **4.2.** Il profilo psicologico. L'esperimento di Milgram. - **4.3.** Il profilo economico. L'equilibrio di Nash. - **5.** Poscritto.

1. Premessa e sviluppo della ricerca

Con l'introduzione – a opera della l. 30 novembre 2017, n. 179 – dei commi 2-*bis*, 2-*ter* e 2-*quater* all'interno dell'art. 6 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, il legislatore ha esteso in ambito societario-privatistico l'istituto e la disciplina del c.d. *whistleblowing*, già presente nell'ordinamento nazionale con la

promulgazione della l. 6 novembre 2012, n. 190 in ambito esclusivamente pubblico-economico[1]. Si tratta di una scelta politico-legislativa in armonia con il *mood* comparato e che ora ha, peraltro, "copertura" eurounitaria con la Direttiva (UE) 2019/1937 del 23 ottobre 2019[2].

Il presente contributo si pone l'obiettivo anzitutto di analizzare il diritto positivo eurounitario e comparato, al fine di individuare il modello in astratto di *whistleblowing*, il relativo campo di applicazione e le sue principali caratteristiche, con alcuni cenni in relazione alla legislazione romena, irlandese, francese e slovena (cfr., *infra*, par. 2).

In secondo luogo, sulla scorta del condiviso insegnamento secondo cui l'approfondimento criminologico rappresenti il «*ponte tra il mondo astratto e statico del reato-concetto ed il mondo concreto e dinamico del reato-fenomeno*»[3], il lavoro si interrogherà sugli aspetti peculiari che hanno condotto il legislatore ad «*aprire gli occhi sul fenomeno delle condotte criminose che trovano nell'impresa collettiva la propria origine unitaria e il centro ispiratore*»[4]: in estrema sintesi, si proverà a valutare l'*effettività* dell'istituto del *whistleblowing* all'interno dell'impresa economica[5] (cfr. *infra*, par. 3).

Infine, il lavoro risalirà *in apicibus* alla ricerca della radice comune dell'esperienza sociologica ed economico-comportamentale. Anzitutto, verrà analizzato il c.d. *paradosso del whistleblowing*[6]: coloro i quali hanno meno incentivi a "soffiare il fischietto" (*i.e.*, i dipendenti) sono i soggetti più attivi ed elastici; viceversa, i soggetti che hanno i maggiori incentivi ad agire (*i.e.*, gli apicali) intervengono molto raramente e in modo anelastico. Secondariamente, la ricerca proverà a individuare *a quali condizioni* l'osservatore del reato sia *portato o meno* a "soffiare nel fischietto" (cfr., *infra*, par. 4).

2. Il modello positivo eurounitario e comparato. Alla ricerca di una definizione "comune" di *whistleblower*. Cenni

Il minimo comun denominatore modellato dalla Direttiva (UE) 2019/1937 definisce *whistleblower* una persona che rende informazioni su violazioni di cui è venuto a conoscenza nell'ambito di attività lavorative[7]; la direttiva fornisce inoltre una protezione per i soggetti che realizzano – in circostanze specifiche[8] – una divulgazione pubblica di tali violazioni[9].

È opportuno osservare che non tutti gli stati membri hanno recepito la definizione indicata dalla direttiva. Con riferimento ai paesi continentali ordinamentalmente più "simili" all'Italia[10], le uniche due nazioni che dispongono di una legge nazionale che disciplina in modo organico il *whistleblowing* sono la Romania e la Repubblica d'Irlanda: il paese balcanico veste la maglia rosa, per usare una metafora ciclistica, poiché la sua legislazione risale addirittura al 2004, mentre il legislatore della seconda isola britannica è intervenuto nel 2017[11].

A metà strada, invece, si pone la Francia, poiché – sebbene non abbia una legge il cui scopo esclusivo sia quello di proteggere i *whistleblower* – la l. 9 dicembre 2016, n. 1691 (c.d. *loi Sapin 2*), include uno statuto generale in relazione alla disciplina dei "segnalatori" nel settore pubblico e privato.

Principiando dal modello romeno, che si assume come pioneristico in materia, esso tutela il *whistleblower* a condizione che il medesimo sia soggetto del tutto estraneo al reato[12].

In secondo luogo, è previsto un *numerus clausus* di "reati presupposto" per il quale può attivarsi la disciplina di protezione; inoltre, nel settore privato non vi è alcun obbligo (*a contrario*, non vi è alcuna responsabilità – nemmeno disciplinare – nell'omissione penalmente irrilevante della "soffiata") e il destinatario dell'informazione può essere il superiore gerarchico del soggetto che ha commesso il reato presupposto[13].

Dal punto di vista della riservatezza, infine, essa è garantita a due condizioni: (*i.*) se la persona coinvolta è il superiore gerarchico o comunque ha responsabilità di controllo, ispezione e valutazione sull'informatore e (*ii.*) se il reato presupposto concerne fatti di corruzione o che riguardano la tutela penale degli interessi finanziari[14].

Per quanto attiene, invece, al modello irlandese, anche in questo caso è il legislatore a definire per quali *offences* (tipicamente delitti di infedeltà contro la collettività, come gli abusi finanziari e le corruzioni) si può attivare la protezione del *whistleblower*[15].

Vi è una presunzione di "verità" di quanto affermato dal soffiatore, che resiste fino al vaglio processuale e trova protezione *equivalente* sia nel settore pubblico che in quello privato[16]. Inoltre, è possibile definire il sistema di *reporting* irlandese "multilivello": fatte salve alcune particolari circostanze, tendenzialmente collegate ai gravi fatti di corruzione, il *whistleblower* deve anzitutto divulgare le informazioni all'interno dell'ente coinvolto e, solo a condizione che ciò risulti impossibile, inopportuno ovvero inefficace, può ricorrere al canale esterno; inoltre, la protezione dell'identità dell'informatore non si applica se la divulgazione è richiesta dalla legge o è essenziale per l'indagine o per prevenire reati, pericoli per la sicurezza pubblica, la salute pubblica o l'ambiente[17].

Con riferimento alle possibili ritorsioni, non sono applicabili le sanzioni giuslavoristiche al soffiatore: il giudice, infatti, può ordinare la reintegrazione di qualsiasi persona che sia stata licenziata, che non abbia ottenuto il rinnovo o che sia stata ricollocata in violazione delle disposizioni di legge che vietano misure di ritorsione; nel settore pubblico, i *whistleblower* hanno il diritto di chiedere il risarcimento dei danni causati illegalmente se sono stati oggetto di misure di ritorsione a seguito della segnalazione[18].

Muovendo ora la lente d'analisi sul modello francese, la principale differenza, che peraltro connota la Francia come *unicum* nei brevi cenni comparati qui esposti, riguarda il *movente* del *whistleblower*: non è sufficiente che egli non sia concorrente nel reato, ma egli deve agire in modo disinteressato, senza che sia immediatamente individuabile un vantaggio – economico ovvero "di posizione" – derivante dalla "soffiata"[19].

Per il resto, il sistema francese presenta molti punti di contatto con il modello irlandese: anche oltralpe, infatti, il *whistleblowing* si applica sia all'impresa pubblica che a quella privata, presenta un sistema di *reporting* a più livelli, trova un sistema di protezione giuslavoristica improntato alla massima garanzia nei confronti delle ritorsioni aziendali e prevede l'inversione dell'onere della prova nei procedimenti giurisdizionali ovvero disciplinari, a condizione che l'informatore dimostri di aver segnalato o aver reso pubblica una dichiarazione e di aver subito un danno. In tal modo si presume che l'effetto pregiudizievole sofferto sia stato il risultato di una ritorsione per la segnalazione stessa, mentre la persona che ha posto in essere la misura pregiudizievole avrà l'onere di dimostrare che la stessa è stata applicata per motivi estranei alla segnalazione[20].

Infine, quale ultimo paese oggetto della presente breve rassegna, resta da analizzare il modello sloveno, per alcune peculiarità che lo contraddistinguono. La Repubblica *ex* jugoslava, infatti, prevede l'istituto del *whistleblowing* solo in relazione alle fattispecie di corruzione pubblica, tuttavia con un ambito di protezione molto ampio: esso, infatti, si estende alle aziende pubbliche, all'amministrazione statale nonché alle aziende private[21].

Anche in questo caso, i flussi di comunicazione sono gestiti attraverso un *report* multilivello, ma applicabile solo ai funzionari pubblici: essi hanno la possibilità di segnalare un comportamento infedele al loro superiore o al responsabile; se non vi è una persona responsabile ovvero se questa non risponde alla segnalazione (che può essere sia per inerzia, ma anche per potenziale responsabilità penale rispetto al comportamento oggetto della "soffiata"), essa rientra nelle competenze di un'apposita commissione[22].

Infine, nel modello sloveno l'identità dell'informatore è secretata, a eccezione dell'ipotesi in cui la stessa sia necessaria per salvaguardare il diritto dell'imputato a un processo equo e se la divulgazione non ponga in pericolo l'informatore o la sua famiglia[23].

Alla stregua del nostro paese, in ambito giuslavoristico sono previste sanzioni pecuniarie nei confronti di coloro i quali abbiano adottato misure di ritorsione nei confronti degli informatori[24].

All'esito della breve rassegna appena svolta è, dunque, possibile affermare che, pur nelle *nuance* che caratterizzano i singoli ordinamenti, la disciplina italiana del *whistleblowing* si può sovrapporre negli elementi di maggiore pregnanza al modello positivo eurounitario e comparato.

Raggiunto questo primo obiettivo, è ora necessario analizzare l'istituto nel suo *humus*, al fine di valutarne l'ambientamento e le eventuali "crisi di rigetto".

3. *Whistleblowing* e impresa economica, ovvero la "delazione" nel contesto "non intrinsecamente illecito"

Nella penalistica italiana è storicamente noto come alcuni istituti che "privatizzano" porzioni della penalità dal monopolio delle agenzie del controllo formale abbiano portato significative emersioni di fenomeni criminali fino a quel momento mai raggiunte, segnatamente nelle ipotesi criminologiche delle associazioni a delinquere di stampo mafioso e delle associazioni terroristiche[25].

Tuttavia, i fenomeni appena citati si caratterizzano per un'intrinseca illiceità *ab origine*.

È, viceversa, conquista relativamente recente e comunque oggetto di un vivace dibattito in Italia la possibilità di *equiparare* la criminalità organizzata *tout court* con il tema oggetto di analisi: i reati dei colletti bianchi[26].

Sul punto è necessario un breve approfondimento in relazione, dapprima, al *tipo* di fenomeno criminale osservato (cfr., *infra*, par. 3.1.) e, in secondo luogo, alle variabili relative all'emersione/osservazione empirica di tale fenomeno (cfr., *infra*, par. 3.2).

3.1. Il reato del colletto bianco è un crimine organizzato

Con riferimento segnatamente al *tipo* di fenomeno criminale, il soggetto *insider* dell'impresa

nell'ambito della quale si perpetrano illeciti parrebbe soddisfare *perfettamente* le seguenti caratteristiche:

1. *apprendimento*, vale a dire la trasmissione di una cultura orientata all'illegalismo tra i funzionari che nel tempo si succedono nella posizione;
2. *neutralizzazione*, cioè capacità di rielaborare la propria condotta deviante attraverso un'auto-legittimazione (*rectius*, 'auto-assoluzione'), che lo porta a sviluppare (soggettivamente) un atteggiamento e (oggettivamente) un *clima* di *impunità*, a sua volta fomentato da un'elevatissima "cifra nera"[27];
3. *espressività* '*differenziale*' (cioè tipica di una c.d. "*associazione differenziale*", appunto espressiva di valori e forme di comportamento *sotto-culturali*), secondo il noto paradigma mertoniano di *anomia per eccesso di regole* («burocratizzazione»)[28].

Approfondendo ancor più l'analisi, il percorso del c.d. *processo differenziale* è scandito dai nove passaggi individuati dal modello sutherlandiano di "criminale dal colletto bianco"[29]: (1.) il comportamento criminale è un comportamento appreso; (2.) il comportamento criminale è appreso attraverso il contatto con altre persone per mezzo di un processo di comunicazione; (3.) il comportamento criminale è appreso fondamentalmente nell'ambito di gruppi caratterizzati da stretti rapporti interpersonali; (4.) quando si apprende un comportamento criminale si apprendono anche le tecniche di realizzazione del crimine e uno specifico orientamento di motivi, impulsi, razionalizzazione e atteggiamenti; (5.) lo specifico orientamento dei motivi e impulsi è appreso dalle definizioni, favorevoli o sfavorevoli, relative all'ordinamento giuridico; (6.) si diventa delinquenti a causa della prevalenza delle definizioni favorevoli alla violazione della legge rispetto a quelle sfavorevoli; (7.) le associazioni differenziali possono presentare specifiche caratteristiche di frequenza, durata, priorità e intensità; (8.) nel processo di apprendimento del comportamento criminale attraverso l'associazione con modelli criminali e anticriminali sono presenti tutti i meccanismi propri di qualsiasi altro tipo di apprendimento; (9.) il comportamento criminale, ancorché espressione di bisogni e valori generali, non è spiegabile sulla base di questi, dal momento che anche il comportamento non criminale è espressione dei medesimi bisogni e valori[30].

All'esito, dunque, del breve approfondimento appena condotto, è possibile affermare che l'*autore* osservato si atteggia alla stregua del "criminale associato"[31].

Si tratta, a ben vedere, di un *idealtipo* comportamentale orientato al c.d. paradigma tradizionale weberiano[32]. È un tipo di agire sociale determinato da un'abitudine acquisita; in particolare, un atteggiamento rigorosamente tradizionale che si pone in antinomia con l'agire basato sul *senso comune*, dal momento che il comportamento appreso nel passato viene riproposto nel presente attraverso un meccanismo quasi automatico, privo di variabili sopravvenute. La peculiarità di questo modello comportamentale è che la razionalità tradizionale è connotata da due macrocaratteri:

1. rappresenta un *sistema chiuso* di modelli d'azione, impermeabile, per il suo risalente consolidamento, a condizioni innovative che provengono dall'esterno;
2. è, per così dire, storicizzata e, quindi, si sottrae *per se* al contingente e a ogni forma di aggiornamento-adattamento che questo esige[33].

3.2. I soggetti sulla scena del crimine (organizzato) e le fonti della notizia di reato

Giunti a tale conclusione intermedia, è ora necessario indagare le variabili empiriche relative all'*emersione dell'illecito*. Infatti, è stato osservato che la scarsa propensione alla denuncia che storicamente caratterizza i reati dei colletti bianchi – e che si traduce, sul versante criminologico, nelle note difficoltà di misurazione del fenomeno – deriva dal fatto che essi, nell'accezione intesa nel presente lavoro, sono da considerarsi reati «*a vittima muta*»[34].

In questa categoria di illeciti, perlopiù trascurati dalla manualistica tradizionale, manca, per diverse ragioni, un soggetto *disposto a portare il reato a conoscenza dell'autorità*[35].

È ora necessario diversificare la ricerca, al fine di poter valorizzare le singole caratteristiche dei soggetti presenti sulla scena del crimine.

3.2.1. La non-fonte: l'autore

Intuitivamente, l'autore raramente può essere considerato una fonte di emersione dell'illecito e, dal punto di vista diacronico, solo nella c.d. criminalità orientata in senso assiologico si possono registrare ipotesi in controtendenza[36].

Riassumendo, in estrema sintesi, le motivazioni a sostegno dell'inelasticità dell'autore in relazione all'emersione dell'illecito, è possibile affermare che ciò risieda nel carattere di (a) *serialità* e (b) *diffusività* dei reati d'impresa:

a) il soggetto infedele, tendenzialmente, ripeterà lo stesso comportamento infinite volte;

b) i soggetti non infedeli, ma comunque presenti sulla scena del crimine, apprenderanno

progressivamente il comportamento infedele.
In definitiva, le variabili di emersione del fenomeno vanno indagate altrove.

3.2.2. La fonte esaurita: la persona offesa/ vittima.

Classicamente, la persona offesa/vittima è un volano di emersione della criminalità reale[37]. Tuttavia, negli illeciti collegati all'attività economica o d'impresa, si assiste a un'espansione lesiva – per così dire – "ritardata": la vittimizzazione individuale avviene progressivamente e le vittime danneggiate dai comportamenti economicamente infedeli tardano a percepirne l'azione e, di conseguenza, il danno.
Com'è stato osservato, la rappresentazione della criminalità economico-amministrativa si presenta scissa in due versioni: generalmente le notizie si connotano per un alto grado di tolleranza nei confronti di questi atti, avvertiti per lo più alla stregua di 'peccati veniali' (di *Kavaliersdelikte*) e la cui persecuzione non trova efficace riscontro e condivisione nella coscienza sociale anche per l'alto tasso di tecnicismo che li contraddistingue. L'impostazione indulgenziale scema del tutto quando questi reati assumono vaste proporzioni, ossia quando coinvolgono numerose vittime, ovvero quando il dissesto economico assume le dimensioni del disastro[38].
Ma, a questo punto, è *troppo tardi* e l'emersione del fenomeno criminale ha già raggiunto la sua acme offensiva. Pertanto, anche la vittima/persona offesa non può essere considerata una valida fonte per il controllo empirico degli illeciti.

3.2.3. La fonte scarsa: le agenzie del controllo formale

In un settore "limitrofo" a quello indagato in questa sede (quello degli illeciti nell'ambito della pubblica amministrazione) è stato dimostrato come, a parità di condizioni, le agenzie del controllo formale – e, con particolare riferimento al sistema italiano, i magistrati del pubblico ministero – fossero le principali variabili di emersione del fenomeno criminale[39].
Tuttavia, *in subjecta materia*, con riferimento alla realtà statunitense, è stato dimostrato che nella scoperta delle infedeltà d'impresa le agenzie del controllo formale incidono in misura poco o per nulla rilevante: «*solo il 5,8% delle scoperte viene ricondotto alle istituzioni che hanno il compito non solo di denunciare le frodi di cui vengano a conoscenza, ma anche di ricercarle, come è il caso della SEC* (…). *I fallimenti di governance interna di altri paesi non possono trovare una facile soluzione attraverso l'introduzione di istituti americani quali la class action o la SEC (che insieme compongono solo l'8,4% dei casi che vengono scoperti da soggetti esterni)*»[40].
Sulla scorta di tali considerazioni, è necessario espungere anche le agenzie del controllo formale dalle variabili empiriche di emersione della criminalità d'impresa.

3.2.4. La (unica) fonte dalla quale attingere: l'osservatore della scena del crimine

A questo punto, si ritiene di aver dimostrato come l'unico soggetto che può svolgere una variabile in relazione all'emersione della criminalità d'impresa (ovvero, a questo punto, nell'impresa) sia l'osservatore della scena del crimine: da qui, l'importanza di un'approfondita analisi dell'istituto del *whistleblowing*.
L'*humus* illecito nel quale si sviluppano i comportamenti devianti oggetto d'analisi, pur non essendo un contesto *intrinsecamente illecito*, può comunque dar luogo al fenomeno del c.d. 'contagio criminale'[41]: i comportamenti devianti sono per loro stessa indole un fattore di diffusione e auto-replicazione, oltre che di ulteriore occultamento, comportando una vicendevole stimolazione della domanda e dell'offerta illecita (per l'appunto, *contagio*), con l'esito di un'uscita degli 'anticorpi' dal sistema[42].
In tempi di pandemia come gli attuali, la metafora è quasi automatica: il contagio, una volta sviluppato su scala nazionale, può porre in pericolo lo stesso «*presupposto della convivenza*»[43] all'interno di una società, poiché il singolo soggetto non percepisce il disvalore della propria condotta.
Si parva licet, siamo di fronte alla 'banalità del male'[44] già osservata nella filosofia contemporanea: «*la parcellizzazione dei compiti, la divisione degli incarichi tra i diversi uffici, tutto concorre affinché nessuno si senta responsabile dei fatti o degli atti commessi, ma semmai solo di un timbro, di un piccolo passaggio di carte da un ufficio all'altro*»[45].
Non è un caso che in un recentissimo lavoro è stato osservato che il vero aspetto problematico, discutendo di *whistleblowing* nel contesto d'impresa, era e rimane quello della effettività di tale strumento di controllo[46]: il dato empirico restituisce, infatti, l'assenza o comunque la sporadicità delle segnalazioni, anche in quei contesti di società di grandi dimensioni, in cui il sistema organizzativo appare molto strutturato ed elevato è l'investimento societario nella implementazione dei meccanismi di *compliance*. Dall'esperienza operativa finora maturata, pur in assenza di un completo studio empirico, l'impressione è che il "sistema 231" abbia giocato un ruolo più reattivo che preventivo rispetto alla commissione di fatti illeciti[47]. A tale scarsezza di

risultati si aggiunge il paradosso del *whistleblowing* osservato nella letteratura statunitense, vale a dire la proporzionalità inversa tra segnalazioni e ruoli "di prestigio" all'interno della società[48].

4. Identikit del *whistleblower*

La ricerca approda ora al momento di proposizione del modello ideale di *whistleblower*. Sulla scorta delle argomentazioni spese finora, affinché l'istituto possa svolgere un ruolo proattivo nell'ambito del controllo dell'illiceità del colletto bianco, esso non può prescindere da tre caratteristiche di profilazione: un profilo sociologico, un profilo psicologico e un profilo economico.

4.1. Il profilo sociologico. Il modello elluliano

Dal punto di vista sociologico, al fine di spiegare il paradosso del *whistleblowing* è necessario ripartire *ab origine* dagli studi sulla propaganda, che poi altro non è il *genus* politico della *species* dell'apprendimento differenziale criminologico.

In particolare, ripercorrendo una delle tesi centrali delle ricerche di *Jacques Ellul*[49], secondo cui la moderna propaganda non può funzionare senza "istruzione", il *whistleblower* non può essere un soggetto iperinserito all'interno dell'oligarchia aziendale.

Il sociologo francese, infatti, ribaltava la nozione prevalente – invero un po' apodittica – secondo cui l'istruzione sarebbe la migliore profilassi contro la propaganda. Al contrario, Ellul sostiene che l'istruzione, o comunque ciò che è comunemente designato con questo termine nel mondo moderno, può divenire uno dei prerequisiti della propaganda.

In particolare, il concetto di istruzione nella società contemporanea presenta caratteristiche simili alla c.d. "pre-propaganda": la formazione delle menti passa attraverso l'immissione di grandi quantità di informazioni "precostituite" da *lobby* di controllo (più o meno grandi), veicolante lungo messaggi positivi[50]. Secondo questo modello, i soggetti iperinseriti socialmente e culturalmente rappresentano – a determinate condizioni – la categoria *più vulnerabile* alla propaganda moderna, per almeno tre ordini di ragioni:

1. assorbono, per il loro ufficio specializzato o per la loro posizione sociale, una grandissima quantità di informazioni non personalmente verificabili;
2. sentono il bisogno impellente di esprimere un'opinione su qualsiasi importante questione di attualità e, pertanto, soccombono facilmente alle opinioni offerte loro dalla propaganda su informazioni che non sono in grado di verificare;
3. si considerano in grado, alla luce della loro posizione sociale o economica, di "giudicare per conto proprio" [51].

Pertanto, un *whistleblower* efficace deve necessariamente connotarsi per una componente di alterità rispetto al gruppo dirigente o dominante. Egli deve assumere le caratteristiche dell'*outsider* rispetto ai vertici aziendali e solo il quel modo può sviluppare le caratteristiche di "controllore" rispetto al comportamento dell'"autore".

4.2. Il profilo psicologico. L'esperimento di Milgram

Un secondo elemento di caratterizzazione, in parte collegato all'aspetto sociologico appena osservato, riguarda il profilo psicologico tipico dei sistemi gerarchici, nei quali rientrano le imprese economiche[52].

In ambito psicologico, il c.d. esperimento o test di Milgram ha contribuito a dimostrare come a determinate condizioni, il gradiente di obbedienza comporta la violazione dei propri principi morali: è il c.d. stato eteronomico, in cui una o più figure autoritarie considerate legittime sono in grado di inibire il soggetto a intraprendere condotte autonome, diventando mero strumento per eseguire ordini. In tal modo, i soggetti dell'esperimento si "autoassolvono" per le loro azioni, poiché esecutori dei voleri di un potere esterno. A ben vedere, siamo nell'ambito della neutralizzazione teorizzata da Sutherland con l'elaborazione del crimine dei colletti bianchi.

Alla creazione dello *stato eteronomico* concorrono tre fattori:

1. percezione di legittimità dell'autorità;
2. adesione al sistema di autorità;
3. le pressioni sociali[53].

È stato condivisibilmente osservato che «*il pluralismo è la migliore medicina preventiva contro la possibilità che individui moralmente normali commettano azioni moralmente anormali* (…). *La voce della coscienza morale individuale si ode meglio nel rumore della discordanza politica e sociale*»[54].

Ai fini della presente ricerca, affinché il *whistleblower* risulti immune a questi fattori condizionanti/inibenti è necessario che il suo senso critico rispetto all'illecito sia sempre oggetto di valutazione da parte di una pluralità di soggetti estranei alla "cerchia" dell'autore. Tradotto in ottica aziendalistica, il binomio trasparenza-collegialità diventa l'antidoto all'omertà. Impiegando un *calembour* linguistico, non si dovrebbe parlare mai di *whistleblower*, bensì di *whistleblowers*.

4.3. Il profilo economico. L'equilibrio di Nash

Ultimo elemento caratterizzante in astratto il *whistleblower* proviene dall'analisi economica dei

giochi non cooperativi, disciplina che analizza le decisioni individuali di un soggetto in situazioni di conflitto o interazione strategica con altri soggetti rivali (due o più) finalizzate al massimo guadagno di ciascun soggetto[55].
In particolare, il c.d. equilibrio di Nash rappresenta la chiave di volta di questo ambito del lavoro. Con tale espressione, si intende la situazione "di gruppo" in cui ogni componente fa ciò che è meglio per sé (cioè mira a massimizzare il proprio profitto) prescindendo dalle scelte degli altri. Nell'ambito della teoria dei giochi competitivi non cooperativi, il singolo giocatore può alterare l'equilibrio di Nash per ottenere un risultato migliore *solo se* anche gli altri "giocatori" (alcuni o tutti) si allontanano congiuntamente dall'equilibrio[56].
Declinando il ragionamento all'interno dell'impresa economica, il *whistleblower* deve avere un interesse immediato nella segnalazione, altrimenti sarà economicamente portato a non soffiare nel fischietto.
Pertanto, un clima di c.d. *revolving door* aziendale, laddove l'impresa si caratterizzi per facilità di accesso e rapidità negli scatti di carriera e di ruoli, rende più semplice la segnalazione dell'illecito.
In particolare, sarebbe opportuno registrare un complessivo interesse del "gruppo" a ottenere il massimo (in termini economici o promozionali): in tal modo, i singoli sfrutterebbero al massimo le loro strategie di profitto, ivi compreso il ricorso alla segnalazione nei confronti di soggetti infedeli o improduttivi.
Viceversa, vertici societari poco mobili o addirittura immobili (e l'impresa familiare rappresenta il *non plus ultra* di questo modello[57]) rappresentano tessuti di coltura inadatti al *whistleblowing*.

5. Poscritto

All'esito della rassegna condotta nel presente lavoro, si è cercato di valorizzare in astratto le caratteristiche principali affinché il *whistleblowing* possa svolgere un ruolo reale all'interno del sistema giuridico (e anche economico).
L'esperienza, tuttavia, finora ha consegnato un dato empirico di scarsa effettività dell'istituto e anche la comunità scientifica si presenta perlopiù scettica nei confronti delle sue reali possibilità.
In particolare, è stato storicamente – e condivisibilmente – criticato un modello di sistema che ambisca a una «*effettività a ogni costo*» (o *idealtipo di Burgess*)[58].
Tuttavia, rispetto ai noti problemi di legislazione penale ineffettiva o simbolica, l'introduzione in un sistema ordinamentale del *whistleblowing* non pare presenti particolari effetti collaterali: si tratta, infatti, una tipo di l.p.s. di appello morale (*Appellgesetze*) a ineffettività semplice[59].
L'unico *side-effect* può essere eventualmente rinvenuto sotto il profilo di oneri d'investimento delle imprese[60].
Ma a ben vedere anche quest'ultimo aspetto può comportare un contributo comunque virtuoso: una azienda più trasparente tende ad accedere in misura inferiore all'illegalismo e, nella fitta coltre nebulosa della criminalità d'impresa, introdurre un simulacro di luminosità pare comunque un dato prezioso per l'esperienza giuridica contemporanea.
In conclusione, come Pete Docter fa dialogare i suoi personaggi in *Soul*: «*Un pesce giovane dice a un pesce più anziano: "Sto cercando l'oceano". Il pesce anziano risponde: "L'oceano è quello in cui nuoti adesso". E il pesce giovane: "Ma questa è acqua, io cerco l'oceano"*».
Forse il *whistleblowing* non porterà il sistema di controllo sociale della criminalità d'impresa all'oceano, ma cionondimeno il legislatore dimostra di aver intrapreso un percorso virtuoso. E, quand'anche non dovesse trovarlo, il viaggio avrà comunque il valore di aver tolto il dubbio.

*Molte considerazioni sviluppate in questo contributo provengono dal lavoro svolto dall'autore con la prof. Laura Scomparin e con la dott. Valeria Ferraris nell'ambito del progetto Woodie dell'Università degli Studi di Torino. Il progetto Woodie è finanziato dall'Unione Europea e la presente pubblicazione è stata realizzata con il sostegno finanziario dell'European Union's Internal Security Fund – Police ai sensi dell'accordo di sovvenzione n. 823799. Il contenuto di questa pubblicazione è di esclusiva responsabilità dell'autore e non può in alcun modo essere considerato come un riflesso del punto di vista della Commissione Europea. L'autore ringrazia la dott. Morena Barbieri, sua prima lettrice, per il prezioso contributo nelle traduzioni.

1 Per i primi commenti all'intervento del legislatore, cfr. F. Coppola, *Il whistleblowing: la "scommessa etica" dell'anticorruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 4, p. 475; R. Borsari, F. Falavigna, *Whistleblowing, obbligo di segreto e "giusta causa" di rivelazione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2018, 2, p. 41; A. Rugani, *I profili penali del whistleblowing alla luce della l. 30 novembre 2017 n. 179*, in *Leg. pen.*, 3 giugno 2018.

2 Cfr. A. Della Bella, *La direttiva europea sul whistleblowing: come cambia la tutela per chi segnala illeciti nel contesto lavorativo*, in *Sist. pen.*, 6 dicembre 2019; A. F. Masiero, *La disciplina del whistleblowing alla luce della direttiva 2019/1937/UE. Tra prevenzione dei fenomeni corruttivi e tutela del denunciante*, in *Arch. pen. web*, 8 giugno 2020.

3 Così A. A. Calvi, *presentazione*, XIX, in F. von Liszt, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962.

4 Così F. Basile, *Diritto penale e criminologia: prove di dialogo*, p. 97, in R. Bianchetti (a cura di), *Il contributo della criminologia al sistema penale: alla ricerca del nuovo "volto" della pena. Atti dell'incontro di studio in ricordo del prof. Ernesto Calvanese*, in *Dir. pen. cont.*, 5 marzo 2015, il quale a sua volta cita G. Forti, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, p. 186.

5 La tecnica legislativa dovrebbe essere sempre vincolata a una verifica di efficienza dello strumento riguardo allo scopo sulla base dei dati empirici disponibili. La c.d. teoria strumentale fomenta un tentativo di mediazione tra tutela necessaria dal punto di vista dello Stato e tutela possibile dal punto di vista della società. Come tipica manifestazione di razionalità orientata allo scopo (*Zweckrationalität*), la norma penale 'giusta' dal punto di vista strumentale deve essere configurata – con orientamento al risultato su base diagnostico-prognostica – per 'costruire l'avvenire' e condizionare e dirigere i comportamenti sociali: si deve prefiggere un 'vaglio di proporzionatezza' del mezzo-pena proiettato nel futuro. Conseguentemente, il metodo seguito dal legislatore dovrebbe essere prettamente induttivo, perseguendo il condizionamento sociale attraverso diagnosi, prognosi e verifiche coordinate. Il suo 'atteggiamento spirituale', d'altra parte, è improntato all'"etica della responsabilità' (*Verantwortungsethik*), dal momento che si sottopone volutamente alle 'dure repliche della prassi' mettendo *ab origine* in conto correzioni di tiro indotte dai risultati. In particolare, la 'correttezza' di una legge penale si manifesta su di un duplice piano: *a priori*, per la (*i*) trasparenza dello scopo e l'accettabilità del mezzo; *a posteriori*, per la (*ii*) congruenza del risultato (rispetto allo scopo), cfr. l'insuperata analisi di C. E. Paliero, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1990, p. 434 (ora in Id., *Il principio di effettività nel diritto penale*, Napoli, 2011). Lo stesso illustre Autore ha, recentemente, proseguito il percorso di ricerca con Id., *L'indifferenza costruttiva. Il contributo della sociologia di Theodor Geiger a teoria e prassi del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 2, p. 705. Classicamente, invece, cfr. L. Monaco, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Napoli, 1984.

6 Cfr. A. Dyck, A. Morse, L. Zingales, *Who blows the whistle on corporate fraud?*, in *Journal of Finance*, 2010, 65, 6, p. 2213, citato da G. Forti, *Il crimine dei colletti bianchi come dislocazione dei confini normativi. "Doppio standard" e "doppio vincolo" nella decisione di delinquere o di blow the whistle*, Testo dell'intervento al XXV Convegno di studio Enrico de Nicola *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Milano, 14 e 15 marzo 2008, p. 6 (del dattiloscritto).

7 Considerando (1).

8 *Art. 2. Material scope.*

9 *Art. 6. Conditions for protection of reporting persons.*

10 Per un recente approfondimento sull'utilità dell'analisi comparatistica – con particolare riferimento al sistema europeo – come "premessa" di ogni ricerca penalistica, Cfr E. Bacigalupo, *Il metodo comparatistico e l'unità del diritto penale europeo*, in E. Dolcini, C. E. Paliero, (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 3.

11 Tuttavia, in Irlanda il *whistleblower* riceveva già protezione prima dell'entrata in vigore della legge, attraverso meccanismi di c.d. *soft-law* (quali accordi di settore), cfr. I. Chalouat, C. Carrión-Crespo, M. Licata, *Law and practice on protecting whistle-blowers in the public and financial services sectors*, Ginevra, 2019, p. 74.

12 La disciplina è ricavata dal progetto *Woodie* dell'Università degli Studi di Torino, al cui sito istituzionale si rinvia per ogni approfondimento.

13 Cfr. R. Dimitriu, *The Whistleblowing Policies in Romania's Labour Law*, in *Accounting and Management Information Systems*, 2014, 13, 3, p. 584.

14 *Ivi*, p. 593.

15 Cfr. sempre progetto *Woodie* dell'Università degli Studi di Torino, *supra*, nt. 12.

16 La chiave di volta può essere rinvenuta con la promulgazione del *Bribery Act* britannico del 2010, il quale "equipara" il *corpus* incriminatorio destinato ai pubblici ufficiali anche alla corruzione privata: esso, infatti, si struttura come insieme di norme penali a tutela della concorrenza, stante l'abbandono della tecnica di incriminazione fondata sul c.d. reato proprio: la qualifica di pubblico ufficiale diviene solo una circostanza aggravante e il paradigma comportamentale diviene la corruzione privata, cfr., in lingua italiana, M. Lavacchini, *La lotta alla corruzione nel sistema penale inglese*, in *Dir. pen. cont.*, 10 ottobre 2014, 1; V. Mongillo, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012, p. 407 e, se si vuole, M. A. Bartolucci, *Dei rapporti e delle interferenze tra la c.d. Direttiva P.I.F. e le norme penali spagnole e italiane in tema di corruzione*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 6/2019. Ben più ampia, ovviamente, la letteratura anglosassone: senza alcuna pretesa di completezza, cfr. *S. H. Deming*, *Anti-Bribery Laws in Common Law Jurisdictions*, Oxford, 2014; E. O'Shea, *The Bribery Act 2010. A Practical Guide*, Bristol, 2011, nonché i contributi presenti in J. Horder, P. Alldridge (a cura di), *Modern Bribery Law. Comparative Perspectives*, Cambridge, 2013. La novella è stata definita "*una misura radicale*" (così E. O'Shea, *The Bribery Act 2010*, cit., p. 1) poiché ha abrogato tutta la normativa previgente composta da norme di *common law* e da *statutes* che si erano sovrapposti nel corso degli anni. Per un inquadramento delle fonti del diritto penale inglese, cfr. S. Vinciguerra, *Diritto penale inglese comparato*, Padova, 2002, p. 21.

17 Cfr. I. Chalouat, C. Carrión-Crespo, M. Licata, *Law and practice on protecting whistle-blowers*, cit., p. 74.

18 *Ivi*, p. 77.

19 Cfr. N. Stolowy, L. Paugam, A. Londero, *The Whistleblower: An Important Person in Corporate Life? An Answer from Comparative Law*, in *Journal of Business Law*, 2019, 3, p. 168.
20 *Ivi*, p. 171.
21 Cfr. OECD, *Committing to Effective Whistleblower Protection*, Parigi, 2016, p. 39.
22 *Ivi*, p. 42.
23 *Ivi*, p. 44.
24 Cfr. progetto *Woodie* dell'Università degli Studi di Torino, *supra*, nt. 12.
25 Sottolinea l'esistenza di un minimo comun denominatore tra i due fenomeni, consistente nell'obiettivo ultimo della conquista del potere, A. Beria d'Argentine, *Una riflessione sui fenomeni della criminalità organizzata e del terrorismo*, in Av.Vv., *Studi in onore di Vassalli*, II, Milano, 1991, p. 88. Sul piano empirico, merita sottolineare l'elevato numero di collaboranti fuoriusciti sia dai gruppi terroristici sia dalle associazioni di tipo mafioso, ad onta dello scetticismo mostrato da gran parte della dottrina sulla effettività delle normative premiali rispetto a soggetti che venivano reputati impermeabili a tali sollecitazioni in quanto, rispettivamente, ostili ideologicamente allo Stato "nemico" o culturalmente estranei alla logica cooperativa con lo Stato. I fatti hanno dimostrato, almeno in Italia, che la "sirena premiale" abbia funzionato sia rispetto a tipi d'autore ideologicamente orientati, sia rispetto a tipi d'autore orientati al profitto (ammesso che tale distinzione sia criminologicamente fondata: potrebbe invero obbiettarsi che anche la mafia ha un proprio sistema di valori e che, in ogni caso, anche la ricerca del profitto illecito può incardinarsi in un'ideologia). Anche quest'ultima annotazione porta dunque a ritenere che, dal punto di vista della tenuta del sistema democratico, e tenuto conto delle modalità delittuose e del fine intermedio comuni, mafia e terrorismo ben possono ricevere un trattamento anche premiale analogo, cfr. C. Ruga Riva, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 2002, p. 75 (in particolare, nota n. 129).
26 La dottrina penalistica, in modo invero leggermente sinusoidale, ha storicamente sottolineato le differenze del 'sistema penale' (nell'applicazione sia in astratto che in concreto) a seconda dell'*autore* a cui si rivolge: il rinvio è, per tutti, alla classica dicotomia jakobsiana tra *Feindstrafrecht vs. Bürgerstrafrecht* (diritto penale del nemico *vs.* diritto penale del cittadino, cfr. G. Jakobs, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in *ZStW*, 1985, p. 753. In ambito nazionale, si sottolinea che tale distinzione era già presente in L. Ferrajoli, *L'imputato come nemico: un* tòpos *della giurisdizione dell'emergenza*, in *Dei delitti e delle pene*, 3, 1983, 581, cfr. A. Bernardi, *Il 'fattore culturale' nel diritto penale*, Torino, 2010, 50, in particolare nota n. 126). In particolare, in relazione al diritto penale del cittadino (versione 'sostanzialistica' della teoria criminologica dei cc.dd. *white collar crimes*) vi sono autorevoli voci che ritengono tendenzialmente inadeguata la tutela penale nei confronti dei fenomeni aggressivi al sistema economico, cfr. K. Tiedemann, *Droit fiscal international et la delinquance des entreprises multinationales*, in *Riv. soc.*, 1976, 801, ma anche E. R. Zaffaroni, *Alla ricerca del nemico: da Satana al diritto penale* cool, in E. Dolcini, C. E. Paliero (a cura di), *Studi di onore di Giorgio Marinucci*, cit., 759. Più in generale, in relazione alle politiche di criminalizzazione internazionale, cfr. M. Delmas Marty, *La criminalité économique transationale: pour une politique criminelle à stratégie diversifiée*, in *Trim. monde*, 1995, 83. Pioneristiche, sul punto, le osservazioni di C. Pedrazzi, *L'influenza della produzione giuridica della CEE sul diritto penale italiano*, ora in Id., *Diritto penale. Scritti di parte generale*, Milano, 2003, 457.
27 La locazione 'cifra nera' (o, anche, 'campo oscuro') – traduzione letterale dal tedesco *Dunkelziffer* e dall'inglese *Dark number* – indica lo scarto, spesso imponente, tra il numero complessivo dei fatti penalmente punibili commessi in un certo periodo di tempo e in un certo territorio e il numero di quelli che giungono effettivamente a conoscenza dell'autorità e, dunque, risultano registrati nelle statistiche criminali, cfr. G. Forti, *Tra criminologia e diritto penale. Brevi note su 'cifre nere' e funzione generalpreventiva della pena*, in G. Marinucci, E. Dolcini (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 53.2
28 Cfr. R. K. Merton, *Teoria e struttura sociale*, Bologna, 1959, 340; per i risvolti penalistici, cfr. G. Forti, *L'immane concretezza*, cit., 473. Secondo tale paradigma gli *insider* – qualsiasi sia l'organizzazione presa in esame, purché 'sub-sistemica' in senso luhmanniano – si svincolano dai precetti collettivi per assumerne di propri, sviluppando una *fedeltà* a un impianto normativo, proprio del *sub-sistema*, *diverso* da quello positivo (diventando, per questa via, rispetto al *Sistema*, *infedeli*).
29 Cfr. E. H. Sutherland, *Il crimine dei colletti bianchi. La versione integrale*, Milano, 1987, p. 289 (e, in particolare, p. 305).
30 Oltre al rinvio alla nota precedente, cfr. anche E. H. Sutherland, *Principles of Criminology*, Philadelphia, 1947, p. 5, citato da G. Forti, *L'immane concretezza*, cit., p. 518.
31 È possibile "toccare con mano" le conseguenze come sottolineato da M. Caputo, *Dalla teoria dei 'segnali di allarme' alla realtà dell'imputazione dolosa nel concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, in Riv. soc., 2015, 5, 905 (e, in particolare, nota n. 83), il quale osserva che «*il privilegio del clero di cui godono i colletti bianchi ancora una volta riceva convalide in campo giudiziario, consentendo vie di fuga solitamente negate ad altri tipi di autore*».
32 Cfr. M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* (trad. it. *Economia e società*, 1961), Los Angeles, 1922, p. 34.
33 Cfr. C. E. Paliero, *Lezioni del corso di diritto penale progredito*, in C. Perini, F. Consulich (a cura di), *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano*, Milano, 2006, p. 33.
34 Nel senso impiegato da H. J. Kerner, *Verbrechenswirklichkeit und Strafverfolgung. Erwägungen zum Aussagewert der Kriminalstatistik*, Monaco, 1973, p. 27 (trad. ing. *Crime and Prosecution. On the Validity of Crime Statistics*).

35 Per un'insuperata analisi della relazione tra reato e vittima e della 'depenalizzazione di fatto', cfr C. E. Paliero, *"Minima non curat praetor". Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, p. 253.

36 Esempi emblematici di questo modello sono le forme di criminalità "religiosa" o "ideologica": dal kamikaze al brigatista, rispetto ai quali l'illegalismo in sé rappresenta un valore (o lo strumento di realizzazione del proprio valore interiorizzato), sicché nessun condizionamento, rispetto a siffatta opzione criminale può derivare da considerazioni di ordine contingente, cfr. Cfr. C. E. Paliero, *Lezioni del corso di diritto penale progredito*, cit., p. 37.

37 Si pensi alla bassissima cifra nera nei reati contro il patrimonio, quasi tutti procedibili a querela della persona offesa.

38 Testualmente C. E. Paliero, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 497.

39 Cfr. P. Davigo, G. Mannozzi, *La corruzione in Italia, Percezione sociale e controllo penale*, Bari, 2007, p. 286.

40 Cfr. A. Dyck, A. Morse, L. Zingales, *Who blows the whistle on corporate fraud?*, cit., p. 2213.

41 Cfr., con riferimento alla corruzione ma ben applicabile anche nel caso di specie, G. Forti, *Unicità o reperibilità della corruzione sistemica? Il ruolo della sanzione penale in una prevenzione «sostenibile» dei crimini politico-amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, p. 1100.

42 Cfr. A. Vannucci, *Fenomenologia della tangente: la razionalità degli scambi occulti*, in *Etica degli affari e delle professioni*, 1993, 31. Diffusamente, G. Forti, *L'immane concretezza*, cit., p. 413.

43 I virgolettati sono di W. Hassemer, *Opinione dissenziente alla decisione del Secondo Senato del 26 febbraio 2008*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 2104 (per un approfondimento sul tema in lingua tedesca, cfr. Id., *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Francoforte, 1973, p. 162).

44 Il riferimento è a H. Arendt. *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*, New York, 1963, in cui l'A., sotto forma di diario, racconta le udienze del processo al gerarca nazista Adolf Eichmann, rifugiato nel 1945 in Argentina, prelevato dai servizi segreti israeliani nel 1960 e condannato a morte per impiccagione a Gerusalemme nel 1961.

45 V. Bianconi, *L'esistenza al di là del bene e del male: Hannah Arendt e il processo Eichmann*, in *Tigor: riv. sc. com.*, 2013, p. 60.

46 Cfr. M. Scoletta, *Il fischietto silente. Ineffettività del whistleblowing e responsabilità da reto della corporation: appunti e spunti per un approccio empirico alla colpa di organizzazione*, atti del convegno *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, Milano, 2020, p. 7 (del dattiloscritto).

47 Testualmente M. Scoletta, *Il fischietto silente*, cit., p. 8, il quale osserva che «*l'assenza di segnalazioni, d'altra parte, contraddice il dato di fatto inconfutabile, messo in evidenza anche dagli studi criminologici, secondo cui — nei contesti organizzativi — sono i dipendenti, inseriti nei gangli operativi e nei processi aziendali della gestione societaria, i soggetti che meglio di ogni altro sono in grado di intercettare le disfunzioni e gli abusi perpetrati in seno all'organizzazione: sul piano teorico, pertanto, un sistema di whistleblowing effettivamente funzionante costituisce quindi il migliore antidoto per un'adeguata strategia di prevenzione degli illeciti d'impresa, la strada maestra che giustamente il legislatore, anche quello europeo, tenta di incentivare e di far percorrere.*

Occorre allora approfondire le cause dell'ineffettività per poi individuare eventuali possibili rimedi: ed è qui che il sapere interdisciplinare e lo sguardo agli ordinamenti più avanzati nella gestione delle dinamiche del whistleblowing può risultare di fondamentale ausilio. D'altra parte, che proprio questo — cioè quello relativo alle cause della refrattarietà alla segnalazione delle violazioni — sia "il problema", lo dimostra la profusione di studi che, soprattutto negli ordinamenti anglosassoni, da decenni studiano la questione della ineffettività nel tentativo di apportare conoscenze, soprattutto empiriche, che possano contribuire ad apportare correttivi e quindi funzionalità ai vigenti meccanismi di whistleblowing».

48 Cfr. A. Dyck, A. Morse, L. Zingales, *Who blows the whistle on corporate fraud?*, cit., p. 2213.

49 Cfr. J. Ellul, *Propaganda: the formation of men's attitudes*, New York, 1962, p. 109.

50 Cfr. K. Kellen, *Introduction*, in J. Ellul, *Propaganda*, cit., p. X.

51 Cfr. J. Ellul, *Propaganda*, cit., p. 89.

52 Cfr. S. Milgram, *Obbedienza all'autorità*, Torino, 2003. Lo schema base dell'esperimento prevedeva che ad alcune persone venisse assegnato il ruolo di insegnanti asseritamente per una ricerca sull'apprendimento (in realtà l'esperimento aveva ad oggetto proprio l'insegnante e, dunque, la sua disponibilità a obbedire a ordini disumani): lo sperimentatore chiese loro di somministrare rinforzi negativi, sotto forma di scosse elettriche, a un allievo (un complice dello sperimentatore, un attore chiamato a simulare gli effetti delle scosse che in realtà, ma all'insaputa dell'insegnante, non erano veramente prodotte dall'apparecchio). Il livello delle scosse veniva incrementato ad ogni errore, di 15 volt, dalla prima scossa minima di 15 (indicata sulla macchina come scossa leggera) fino a 450 volt (indicata sulla macchina con la scritta attenzione: scossa pericolosa). A ogni esitazione dell'insegnante lo sperimentatore gli ordinava di continuare a somministrare le scosse: «*Non ha altra scelta, deve continuare*». Nella versione base dell'esperimento (realizzato in ben 18 varianti) il 65% dei soggetti (26 su 40) mostrò un elevatissimo livello di obbedienza, giungendo a somministrare la scossa massima di 450 volt.

53 Cfr. S. Milgram, *Obbedienza all'autorità*, cit., p. 119.

54 Cfr. Z. Bauman, *Modernità e olocausto*, Bologna, 2010, p. 228, citato da G. Forti, *Il crimine dei colletti bianchi come*

dislocazione dei confini normativi, cit., p. 39.

55 In tali situazioni le decisioni di uno possono influire sui risultati conseguibili dall'altro/i e viceversa secondo un meccanismo di retroazione, ricercandone soluzioni competitive e/o cooperative tramite modelli che, in particolare nel contesto economico, si riferiscono al caso in cui due o più aziende interagiscono in concorrenza tra loro, cfr. E. Cavazzuti, M. Pappalardo, M. Passacantando, *Nash Equilibria, Variational Inequalities and Dynamical Systems*, in *Journal of Optimization Theory and Applications*, 114, 2002, p. 491.

56 È noto infatti che l'equilibrio di Nash può non essere un ottimo di Pareto (o ottimo paretiano) e quindi possano esistere altre combinazioni di strategie che conducano a migliorare il guadagno di alcuni senza ridurre il guadagno di nessuno, o addirittura, come accade nel caso del dilemma del prigioniero, ad aumentare il guadagno di tutti, cfr. E. Cavazzuti, M. Pappalardo, M. Passacantando, *Nash Equilibria*, cit., p. 496.

57 Essa rappresenta il modello di maggior sviluppo nel tessuto economico italiano, cfr. A. Minichilli, *Proprietà, governo e direzione delle imprese*, Milano, 2012.

58 Cfr. C. E. Paliero, *Il principio di effettività*, cit., p. 477, il quale – in particolare – affronta il tema del c.d. agente provocatore nei reati a contesto illecito, quali traffico di stupefacenti e terrorismo.

59 In tal modo il legislatore persegue le cc.dd. campagne di moralizzazione diffusa e il carattere simbolico si riduce alla pura e semplice inadeguatezza del mezzo impiegato rispetto allo scopo di tutela, C. E. Paliero, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 849.

60 Mette in luce espressamente il punto M. Scoletta, *Il fischetto silente*, cit., p. 6, il quale sottolinea che «*benché tanto enfatizzata nella prassi professionale, col malcelato intento di stimolare le imprese a procedere a costosi "aggiornamenti" dei Modelli organizzativi, sarebbe bastato confrontare il contenuto prescrittivo della novella legislativa con i contenuti ormai standardizzati dei MoG per rilevare come quasi tutte la regole introdotte nel 2017 a disciplina del meccanismo di whistleblowing e a tutela dei whistleblower erano già recepite nella prassi organizzativa, proprio grazie alla tecnica dell'autonormazione che caratterizza virtuosamente la metodologia di costruzione dei Modelli organizzativi*».

08 *Corporate governance* e controlli societari: il ruolo dell'Organismo di Vigilanza nelle società con azioni quotate

di Marco Dell'Antonia e Cristiana Montesarchio

Abstract

L'elaborato tratta il tema del ruolo dell'Organismo di Vigilanza nell'ambito delle società con azioni quotate su mercati regolamentati e dei rapporti di questo con gli altri attori del sistema dei controlli societari. L'argomento risulta attuale non solo perché, nella recente storia economica italiana, il dissesto di grandi imprese è stato talvolta imputato (anche) a una carenza di controlli endosocietari ma anche perché il recente Codice di *Corporate Governance* delle società quotate, emanato nel gennaio 2020 dal Comitato per la Corporate Governance offre spunti di riflessione per gli interpreti.

Muovendo dalle premesse poste, si considereranno il ruolo e i compiti degli altri attori del sistema dei controlli interni, nell'ottica del loro rapporto con la disciplina di cui al D. Lgs. 231/2001 e con il modello di organizzazione e gestione, nonché delle loro interrelazioni con l'Organismo di Vigilanza. Verranno poi analizzati i rapporti tra l'OdV e i membri dell'organo di controllo (sindaci, ovvero i componenti del consiglio di sorveglianza o del comitato di controllo sulla gestione) e le funzioni di controllo (in particolare, *internal audit*).

Da ultimo, verrà svolto un confronto comparatistico con le esperienze di altri ordinamenti. In particolare, verrà analizzata la figura del *Compliance Officer* nel contesto dei *compliance program* adottati dalle società nordamericane e del Regno Unito nel rispetto dello *UK Bribery Act*.

The paper deals with the role of the Vigilance Body within companies with shares listed on regulated markets and its relations with other players in the corporate control system. The topic is relevant not only because, in Italy's recent economic history, the collapse of large companies has sometimes been attributed (also) to a lack of internal controls, but also because the recent Corporate Governance Code for listed companies, issued in January 2020 by the Corporate Governance Committee, offers many suggestions for the interpreters.

Starting from said premises, the role and tasks of the other players in the internal control system will be considered, with a view to their relationship with the regulations set forth in Legislative Decree 231/2001 and with the organizational and management model, as well as their interrelationship with the Vigilance Body. The relationships between the Vigilance Body and the members of the control body (statutory auditors, the members of the supervisory board or the management control committee) and the control functions (in particular, internal audit) will then be analyzed.

Finally, a comparative analysis will be made with the experiences of other systems. In particular, the figure of the Compliance Officer will be analyzed in the context of the compliance programs adopted by North American and UK companies (in the latter case, with reference to the provisions set forth under the UK Bribery Act).

Sommario

1. Premessa – **2.** Il Codice di *Corporate Governance* e l'Organismo di Vigilanza – **3.** L'Organismo di Vigilanza e gli organi di controllo interni – **3.1.** Organismo di Vigilanza e Collegio Sindacale – **3.2.** Organismo di Vigilanza e Responsabile della funzione *Internal Audit* – **4.** L'Organismo di Vigilanza e le figure "affini" negli ordinamenti di matrice anglosassone – **5.** Conclusioni.

1. Premessa

A ormai vent'anni dall'entrata in vigore del Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231, la *corporate governance* e la *compliance* aziendale sono diventati temi su cui le imprese di maggiori dimensioni e, in particolare, le società con azioni quotate su mercati regolamentati hanno dovuto focalizzare la propria attenzione.

A livello terminologico, la locuzione "*compliance* aziendale" si riferisce – nella sua più ampia accezione – al rispetto della (e conformità alla) normativa vigente, mentre con "*corporate governance*" si vuole intendere il complesso di principi che presidiano le modalità con le quali le imprese sono gestite, organizzate e controllate[1]. Di *compliance* e *corporate governance*, dunque, non si può più omettere di parlare quando si ragiona sulla disciplina dei controlli interni a ormai vent'anni dall'entrata in vigore del D. Lgs. 231/2001 e cioè dalla presa d'atto che *societas delinquere… potest*.

Dal 2001 ad oggi, tanto il Legislatore quanto gli Enti regolatori, le associazioni di categoria e gli ordini professionali (in particolare, Borsa Italiana, Confindustria, il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili), sulla scorta di quanto efficacemente rilevato dalle istituzioni europee[2] e avendo ben presente come il dissesto di grandi imprese negli ultimi anni possa venire imputato (anche) ad una carenza dei controlli endosocietari, hanno mostrato di voler ripensare a livello generale il sistema di gestione dei rischi e di controllo sugli stessi in ambito societario, cercando un *quid pluris* rispetto al mero rispetto della normativa tempo per tempo vigente, nell'ottica teleologica di diffondere quella che è stata da autorevole dottrina definita come una "*nuova filosofia della gestione sistemica del rischio-reato*"[3].

Se si può, infatti, evidenziare una criticità nella maniera in cui nel tempo si è proceduto alla regolamentazione del sistema dei controlli societari, questa è rappresentata proprio dalla carenza di sistemicità: la regolamentazione ha seguito un approccio quasi sempre parcellizzato, che ha determinato la somma e la sovrapposizione dei vari attori dello stesso e delle varie attività a questi demandate, senza che siano stati offerti all'interprete una prospettiva di visione globale e un chiaro quadro di insieme.

Una visione di insieme pare ora essere ricercata anche dalla Suprema Corte, che ha recentemente avuto modo di affermare che, "[n]*elle società di capitali, in generale, l'obbligo di controllo accomuna una pluralità di soggetti ed organi, quali gli amministratori non esecutivi e gli amministratori indipendenti, i sindaci, i revisori, il comitato per il controllo interno, l'organismo di vigilanza di cui al D. Lgs. n. 231 del 2001 e il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari nelle società quotate di cui all'art. 154-*bis *T.U.F. Si parla dunque di un sistema composito, il cui fine è di ottenere, grazie all'eterogeneità dei controlli, una garanzia rafforzata dell'osservanza delle regole di corretta amministrazione; scopo ultimo, la stessa diffusione della cultura di legalità imprenditoriale; e la particolare conformazione della struttura societaria induce a doveri tanto più intensi, come quando la società sia parte di un gruppo o si tratti di società a ristretta base familiare, soggetta perciò ad influenze esterne anche pregiudizievoli*"[4].

La Corte di Cassazione ha in poche battute illustrato la complessità del sistema dei controlli interni, dovuta principalmente al cospicuo numero di attori coinvolti. Il coinvolgimento di tanti soggetti, soprattutto nelle società di grandi dimensioni, ha comportato negli ultimi anni problemi di abbondanza nel sistema dei controlli endosocietari, rischiando, da una parte, di intaccare il principio di proporzionalità e, dall'altra, di confondere – sovrapponendo – le funzioni svolte da ciascuno di essi e rendendo sovente, nella pratica quotidiana, l'intero processo del sistema dei controlli interni e di prevenzione dei rischi-reato inefficiente[5].

In questo contesto, diventa di sicuro interesse l'indagine circa il posto occupato dall'Organismo di Vigilanza (espressamente annoverato nell'elenco steso dall'appena richiamata pronuncia della Corte di Legittimità) nell'ambito del sistema di controllo e circa i suoi rapporti con gli altri attori. Detta indagine offre molteplici spunti per tendere a una maggiore valorizzazione del ruolo dell'OdV.

D'altronde, ultimamente i tempi devono essere parsi maturi anche al legislatore per immaginare una funzione dell'OdV che non si esaurisca all'interno dei paletti posti dall'art. 6, D. Lgs. 231/2001, considerato che, nell'ambito del ripensamento della disciplina di cui al Codice della Crisi, ha – come prontamente rilevato dalla dottrina – evidenziato "*che la presenza e l'effettiva operatività di tale soggetto nell'azienda può contribuire ad implementare nella stessa quegli strumenti e quell'approccio – che si potrebbe definire culturale – che consentono di attivare presidi e di attuare concretamente comportamenti atti a far emergere tempestivamente la crisi, per consentire la ristrutturazione delle imprese in difficoltà finanziaria, ma potenzialmente in grado di superarla, al fine di evitare l'insolvenza e proseguire la propria attività*"[6].

Si tratta, evidentemente, di un evidente significativo allargamento del campo d'azione dell'Organismo di

Vigilanza, che, se ci si fermasse al dato letterale del Il D. Lgs. 231/2001, sarebbe limitato a tre compiti essenziali, vale a dire: (i) vigilare sul funzionamento dei modelli di organizzazione e di gestione aventi efficacia esimente per l'ente (nel prosieguo, per brevità, anche i "Modelli"); (ii) vigilare sull'osservanza di questi; e (iii) curarne l'aggiornamento[7].

Com'è noto, né la normativa primaria né la normativa secondaria e regolamentare sono scese a un livello di dettaglio sufficiente a fugare i dubbi degli operatori del settore riguardo all'applicazione pratica del laconico dettato normativo[8]: sono, infatti, rimasti sfocati i suoi connotati propri, con la conseguenza che nel corso degli anni si sono accesi dibattiti in relazione, in particolare, alla composizione ottimale dell'Organismo all'interno di società con azioni quotate su mercati regolamentati nonché ai rapporti di questo con gli altri organi sociali.

In tale ottica, risultano interessanti le indicazioni provenienti *aliunde*: ci si riferisce, ad esempio, alle indicazioni fornite dal Comitato per la *Corporate Governance* nella versione 2020 del Codice di *Corporate Governance*.

2. Il Codice di *Corporate Governance* e l'Organismo di Vigilanza

Il Comitato per la *Corporate Governance* – costituito ad opera di associazioni di impresa (ABI, ANIA, Assonime, Confindustria), Borsa Italiana S.p.A. e l'Associazione degli investitori professionali (Assogestioni) con lo scopo istituzionale di promuovere il buon governo societario delle società italiane quotate – a gennaio 2020 ha approvato una nuova edizione del "Codice di Autodisciplina" delle società quotate, che prende il nome, appunto, di "*Codice di* Corporate Governance".

Il Codice, come noto, si rivolge a tutte le società con azioni quotate sul Mercato Telematico Azionario (MTA) gestito da Borsa Italiana. Come già avveniva per il Codice di Autodisciplina (vecchia denominazione del codice), l'adesione al protocollo resta volontaria e deve essere esplicitata nella relazione sul governo societario e gli assetti proprietari da parte degli emittenti che intendono aderire ad esso. Le società che decidono di adottare il Codice, devono applicare le prescrizioni in esso contenute a partire dal primo esercizio che inizia successivamente al 31 dicembre 2020, informandone il mercato nella relazione sul governo societario da pubblicarsi nel corso del 2022. La logica che impernia il Codice di *Corporate Governance* è sempre quella del "*comply or explain*": le società che lo adottano, dovranno conformarsi alle Raccomandazioni da esso previste e, nel caso in cui intendano discostarsene, fornire una spiegazione al mercato[9].

Ciò premesso, preme evidenziare sin da subito l'attenzione particolare che il Codice di *Corporate Governance* presta al sistema di controllo interno e di gestione dei rischi, ristrutturando, in parte, l'impianto di cui alle precedenti versioni del Codice di Autodisciplina.

Il sistema di controllo interno e di gestione dei rischi viene definito come il sistema "*costituito dall'insieme delle regole, procedure e strutture organizzative finalizzate ad una effettiva ed efficace identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi, al fine di contribuire al successo sostenibile della società*"[10].

Ruolo centrale rimane quello dell'organo amministrativo della società in tale ambito. Esso deve, infatti, definire "*le linee di indirizzo del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi in coerenza con le strategie della società*" e valutarne "*annualmente l'adeguatezza e l'efficacia*" nonché definire "*i princìpi che riguardano il coordinamento e i flussi informativi tra i diversi soggetti coinvolti nel sistema di controllo interno e di gestione dei rischi al fine di massimizzare l'efficienza del sistema stesso, ridurre le duplicazioni di attività e garantire un efficace svolgimento dei compiti propri dell'organo di controllo*".

Proprio quest'ultimo aspetto rappresenta una delle criticità principali con cui gli emittenti devono confrontarsi nell'applicazione pratica delle – molteplici – disposizioni di legge richiedenti controlli endosocietari: il rischio di "duplicazione di attività", ciò che mina alla radice la possibilità di una ragionata articolazione e di un efficace svolgimento dei compiti di controllo in capo a ciascun attore del sistema.

Occorre, allora, introdurre tali *attori* del sistema di controllo interno e gestione dei rischi che il Codice prende in considerazione. Si tratta, segnatamente, dell'organo di amministrazione (che svolge un ruolo di indirizzo e di valutazione dell'adeguatezza del sistema), del *chief executive officer* (incaricato dell'istituzione e del mantenimento del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi), del comitato controllo e rischi (istituito all'interno dell'organo di amministrazione, con il compito di supportare le sue valutazioni e le decisioni relative al sistema di controllo interno e di gestione dei rischi e all'approvazione delle relazioni periodiche di carattere finanziario e non finanziario), del responsabile della funzione di revisione/*internal audit* (incaricato di verificare che il sistema di controllo interno e di gestione dei rischi sia funzionante, adeguato e coerente con le linee di

indirizzo definite dall'organo di amministrazione), delle "*altre funzioni aziendali coinvolte nei controlli*" (quali le funzioni di gestione del rischio/*risk management* e di presidio del rischio legale e di non conformità/*compliance*) e dell'organo di controllo (che vigila, tra l'altro, sull'efficacia del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi).
Il Codice, ovviamente, non dimentica di menzionare l'Organismo di Vigilanza: la Raccomandazione n. 33, lett. e), espressamente dispone che l'organo amministrativo, con il supporto del comitato controllo e rischi, "*attribuisce all'organo di controllo o a un organismo appositamente costituito le funzioni di vigilanza* ex *art. 6, comma 1, lett. b) del Decreto Legislativo n. 231/2001*".
Tale disposizione – di per sé molto ermetica e quasi "apodittica" – assume maggiore pregnanza se posta in confronto con quanto prima previsto nel Codice di Autodisciplina (versione luglio 2018).
Invero, le varie versioni del Codice di Autodisciplina non hanno mai dedicato molto spazio all'Organismo di Vigilanza, tuttavia, negli ultimi anni, il documento forniva un'indicazione di massima sulla *vexata quaestio* della possibilità di attribuire al Collegio Sindacale le funzioni di Organismo di Vigilanza, prevedendo che, "*nell'ambito di una razionalizzazione del sistema dei controlli, gli emittenti valutano l'opportunità di attribuire al collegio sindacale le funzioni di organismo di vigilanza* ex *D. Lgs. 231/2001*"[11].
Questa sorta di "preferenza" accordata dal Comitato per la *Corporate Governance* per l'identificazione di Collegio Sindacale e OdV – che acquisiva una certa forza persuasiva in ragione del dianzi cennato sistema "*comply or explain*" – non è più rinvenibile nell'attuale versione del Codice, ciò che deve portare l'interprete a dedurre che detta soluzione operativa sia oggi solo una delle opzioni a disposizione dell'emittente, che ben potrà affidare i compiti e il ruolo di OdV "*a un organismo appositamente costituito*" (scelta questa – ad avviso degli scriventi – senz'altro preferibile).
Peraltro, al fine di fugare alcuni dubbi relativi alle prescrizioni contenute nel nuovo Codice di *Corporate Governance* e riguardanti – *inter alia* – i soggetti coinvolti nel sistema di controllo interno, il Comitato per la *Corporate Governance* ha approvato e pubblicato a novembre 2020 la prima raccolta di Q&A funzionali all'applicazione dello stesso e che "*persegue l'obiettivo di rispondere alle questioni interpretative poste dal nuovo Codice di* Corporate Governance*, individuando alcuni criteri generali per la sua applicazione*".
A tal proposito, con riferimento alla dianzi citata Raccomandazione n. 33, lett. e), è stato posto il seguente quesito: "*L'attribuzione delle funzioni di vigilanza di cui all'art. 6 del D. Lgs. 231/2001 a un organismo composto esclusivamente da soggetti esterni rispetto alla società è compatibile con il Codice?*".
La risposta fornita dal Comitato è la seguente: "*L'istituzione di un Organismo di Vigilanza (in seguito 'OdV') composto solo da componenti esterni alla società, è compatibile con il Codice purché sia assicurato – mediante il supporto delle funzioni aziendali e la cura di adeguati flussi informativi – un adeguato coordinamento con i soggetti coinvolti nel sistema di controllo interno e di gestione dei rischi. Le scelte in merito a composizione e coordinamento dell'OdV sono adeguatamente illustrate nella relazione sul governo societario*".

3. L'Organismo di Vigilanza e gli organi di controllo interni

Per quanto qui di interesse, nei paragrafi che seguono saranno approfonditi i rapporti tra l'Organismo di Vigilanza e una parte delle principali figure coinvolte nel sistema dei controlli delle società con azioni quotate su mercati regolamentati e si ragionerà dell'opportunità o meno di prevedere la presenza di una o più di dette figure all'interno dell'Organismo di Vigilanza.

3.1 Organismo di Vigilanza e Collegio Sindacale

Il Collegio Sindacale svolge un ruolo centrale nel sistema dei controlli interni: l'art. 2403 c.c. assegna al Collegio Sindacale il dovere di "*vigila*[re] *sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento*"; già il Codice di Autodisciplina (versione luglio 2018) evidenziava che "*il collegio sindacale ricopre un ruolo centrale nel sistema di vigilanza di un emittente*"; autorevole dottrina ha precisato altresì che la funzione del Collegio Sindacale, che si estrinseca "*nel controllo del regolare svolgimento della gestione della società*", " [n]*elle società quotate in borsa,* […] *si fa ancora più stringente, in vista della funzione di garanzia dell'equilibrio del mercato*"[12].
Come anticipato, il rapporto Organismo di Vigilanza-Collegio Sindacale è stato sin da subito oggetto di dubbi applicativi da parte degli interpreti. Riconosciuto il ruolo centrale di tale organo all'interno dei controlli endosocietari e visti i requisiti che l'Organismo di Vigilanza deve possedere (così come suggeriti dalle linee guida delle principali associazioni di categoria e declinati dalle *best practice* in materia), ossia autonomia, indipendenza e continuità d'azione, è stato da

taluni ritenuto che la composizione ottimale dell'Organismo di Vigilanza potesse prevedere all'interno dello stesso almeno un componente del Collegio Sindacale ovvero addirittura una piana sovrapposizione dei ruoli, con i sindaci insomma a rivestire anche il ruolo di componenti dell'OdV.
Dubbi in relazione all'ipotesi di sovrapposizione tra Organismo di Vigilanza e Collegio Sindacale, ad esempio, hanno riguardato il tema dell'individuazione dell'organo competente a nominare l'Organismo e/o i suoi componenti, stante i problemi che l'identificazione dei due pone in relazione all'incompatibilità di cui all'art. 2399 c.c. Infatti, in caso di identificazione, la nomina da parte dell'organo gestorio richiederebbe al Collegio Sindacale una sorta di "doppia lealtà" sia nei confronti dell'Assemblea dei soci (che è competente per legge alla sua nomina) che dell'organo gestorio stesso[13]. Ancora, ove il Consiglio di Amministrazione utilizzasse la nomina e il relativo compenso per l'ufficio di componente dell'Organismo di Vigilanza come strumento "premiale" o di pressione, l'autonomia di giudizio del Collegio Sindacale potrebbe essere compromessa[14].
Sul punto è intervenuto il Legislatore con la Legge 12 novembre 2011, n. 182 – recante "*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge di stabilità 2012*)" – che ha introdotto all'art. 6 del D. Lgs. 231/2001 un nuovo comma 4-*bis*, il quale prevede che – com'è noto – che "[n]*elle società di capitali il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo della gestione possono svolgere le funzioni dell'organismo di vigilanza di cui al comma 1, lettera b)*".
Le Sezioni Unite della Suprema Corte (nella celebre pronuncia sul caso Thyssenkrupp), premettendo che "[l]*a composizione dell'organismo di vigilanza è essenziale perché il modello possa ritenersi efficacemente attuato*" e che l'OdV "*deve essere dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo. Ciò significa che deve sempre essere garantita l'autonomia dell'iniziativa di controllo da ogni forma di interferenza o di condizionamento, come previsto dall'art. 6, lett. b)*", ha aggiunto che "*la circostanza che, nelle società di capitali, oggi, per effetto di sopravvenuta modifica normativa, anche il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo della gestione possano svolgere la funzione di organismo* [di vigilanza] *non comprime affatto il requisito dell'autonomia dell'organo, trattandosi di apparati dotati di centralità ed autonomia, come emerge dall'art. 2399 c.c., lett. c), c.c.*"[15].
Superati, dunque, i dubbi che ruotavano attorno alla composizione dell'Organismo di Vigilanza (e l'eventuale presenza al suo interno di componenti del Collegio Sindacale) e del conferimento al Collegio Sindacale dei compiti propri dell'Organismo di Vigilanza, si pone un secondo tema, quale quello relativo alle modalità con cui questi due organi devono rapportarsi, stante il loro ruolo fondamentale all'interno dei sistemi di controllo interno e gestione dei rischi.
È fuor di dubbio che la società debba stabilire e implementare flussi informativi periodici, essendo di fondamentale importanza che tra Collegio Sindacale e Organismo di Vigilanza si instauri una forte cooperazione. Per fare ciò, sarà necessario che i Modelli, conformemente a quanto previsto dall'art. 6, comma 2, lett. d), D. Lgs. 231/2001, prevedano obblighi di informazione nei confronti dell'Organismo di Vigilanza, deputato a vigilare sul funzionamento e sull'osservanza dei Modelli.
È stato, sul punto, affermato che "[i]*l collegio, peraltro, valutando l'adeguatezza del sistema dei controlli interni, esercita una vigilanza anche sulle modalità di funzionamento dell'OdV e sui requisiti dei suoi componenti, mentre il controllo da parte dell'Organismo in merito ai sindaci si limiterà alla verifica circa il rispetto da parte di questi ultimi del Modello*"[16].
È interessante ricordare, altresì, quanto previsto dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili (CNDCEC) nel documento "*Norme di comportamento del collegio sindacale di società quotate*", nella versione di aprile 2018. La Norma Q.5.5. ("*Rapporti con l'organismo di vigilanza ex D. Lgs. 231/2001*") prevede infatti che, "[a]*i fini dello svolgimento dell'attività di vigilanza, il collegio sindacale acquisisce informazioni dall'organismo di vigilanza in merito al compito ad esso assegnato dalla legge di vigilare sul funzionamento e l'osservanza del modello* ex *D. Lgs. n. 231/2001 e sul suo aggiornamento. Il collegio sindacale verifica che il modello preveda termini e modalità dello scambio informativo dell'Organismo di Vigilanza a favore dell'organo amministrativo e dello stesso collegio sindacale*".

3.2 Organismo di Vigilanza e Responsabile della funzione *Internal Audit*

Nelle società con azioni quotate su mercati regolamentati, il Codice di *Corporate Governance* raccomanda, come visto *supra*, che l'organizzazione del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi coinvolga – *inter alia* – il responsabile della funzione di *Internal Audit*, incaricato di verificare che il sistema di controllo interno e di gestione dei rischi sia funzionante, adeguato e coerente con le linee di indirizzo definite dall'organo di amministrazione.

La cooperazione tra l'Organismo di Vigilanza e il responsabile della funzione *Internal Audit* è diventata un elemento imprescindibile nell'ambito dei controlli endosocietari. Ciò soprattutto perché tale funzione può ben operare (e spesso opera, nelle realtà più virtuose) anche come *longa manus* dell'Organismo sia nella fase di implementazione e aggiornamento dei Modelli sia in quella di monitoraggio degli stessi: sempre con maggiore frequenza, negli ultimi anni, si assiste nella prassi ad attività di verifica condotte per conto dell'Organismo di Vigilanza proprio da parte della funzione *Internal Audit*[17].

Il ruolo svolto da tale funzione all'interno del sistema di controllo interno risulta così delineato dal Codice di *Corporate Governance*, che, nella Raccomandazione n. 36, dispone che il responsabile della funzione *Internal Audit* "*non è responsabile di alcuna area operativa e dipende gerarchicamente dall'organo di amministrazione*" e "*ha accesso diretto a tutte le informazioni utili per lo svolgimento dell'incarico*".

In particolare, il responsabile della funzione *Internal Audit* ha competenze in materia di: (i) verifica, sia in via continuativa sia in relazione a specifiche necessità e nel rispetto degli *standard* internazionali, circa l'operatività e l'idoneità del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi, attraverso un piano di *audit* approvato dall'organo di amministrazione, basato su un processo strutturato di analisi e individuazione dei principali rischi; (ii) predisposizione di relazioni periodiche contenenti adeguate informazioni sulla propria attività, sulle modalità con cui viene condotta la gestione dei rischi nonché sul rispetto dei piani definiti per il loro contenimento (le relazioni contengono altresì una valutazione sull'idoneità del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi); (iii) predisposizione tempestiva di relazioni su eventi di particolare rilevanza (anche su richiesta dell'organo di controllo); (iv) trasmissione delle suddette relazioni ai presidenti dell'organo di controllo, del comitato controllo e rischi e dell'organo di amministrazione, nonché al *chief executive officer* (salvi i casi in cui l'oggetto di tali relazioni riguardi specificamente l'attività di tali soggetti); e (v) verifica, nell'ambito del piano di *audit*, dell'affidabilità dei sistemi informativi inclusi i sistemi di rilevazione contabile.

Proprio per il preminente ruolo che il responsabile della funzione *Internal Audit* ha all'interno delle società e, soprattutto, per il fatto che nella prassi si configura come l'interlocutore principale dell'Organismo di Vigilanza, la sua presenza all'interno dell'Organismo può essere utile e può comportare migliorie in termini di efficientamento delle attività dell'Organismo.

In proposito, si ricorda come il Quaderno giuridico CONSOB 7/2015 "*Modelli di amministrazione e controllo nelle società quotate*", quasi in una prospettiva *de jure condendo*, spieghi: "*Con particolare riferimento alla riduzione del numero dei soggetti coinvolti nella funzione di controllo interno, si potrebbero ipotizzare talune semplificazioni, strumentali al raggiungimento di una maggiore economicità, efficienza ed efficacia nello svolgimento delle attività di* monitoring*: da un lato, affidando poteri e competenze dell'OdV al responsabile della funzione di internal audit o allo stesso organo di controllo; dall'altro lato, ripartendo tra gli amministratori delegati, l'organo di controllo e la funzione di revisione interna i compiti certificativi e gestionali attualmente rimessi al dirigente preposto*"[18].

Simili considerazioni sono espresse anche nelle linee guida di Confindustria[19]: è, insomma, innegabile che il responsabile della funzione *Internal Audit* risulta essere oggi uno degli attori del sistema di controllo interno che più (e meglio) degli altri può essere consapevole delle criticità societarie del sistema di controllo interno, proprio in ragione della profonda cultura di tale sistema che caratterizza questa figura.

4. L'Organismo di Vigilanza e le figure "affini" negli ordinamenti di matrice anglosassone

Come ben noto, i Modelli (e la loro funzione esimente alle condizioni previste nel D. Lgs. 231/2001 da un'eventuale responsabilità dell'ente in caso di reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio da determinati soggetti) non sono "invenzione" del legislatore italiano, avendo quest'ultimo potuto trarre spunti da quanto disciplinato in ordinamenti di matrice anglo-americana con riferimento ai cosiddetti "*compliance programs*", pensati, appunti, come strumenti di prevenzione e gestione del rischio-reato[20].

Stessa cosa non può dirsi, però, con riferimento alla figura dell'Organismo di Vigilanza quale soggetto deputato a monitorare l'attuazione dei Modelli. Al contrario, sul punto, sono state le scelte del legislatore italiano ad influenzare quelle di altri legislatori[21].

Sulla base di quanto illustrato nei paragrafi che precedono, si è cercato di dimostrare come l'Organismo di Vigilanza, sia ancora ad oggi lontano dall'assumere lineamenti chiari e definiti, essendo la sua fisionomia ancora incompiuta sotto alcuni aspetti (quali la composizione e le competenze, *in primis*). Cionondimeno, se non è possibile

identificare totalmente l'Organismo di Vigilanza con i "tradizionali" organi di controllo societario, si ritiene possa essere utile operare un confronto con una figura per certi versi affini, quale quella del *compliance officer*, sia nell'esperienza americana sia in quella inglese.

Con riferimento al *compliance officer* nell'ambito dei sistemi giuridici nordamericani, si tratta generalmente del soggetto responsabile della supervisione sull'implementazione dei *compliance programs*. In particolare, è a far data dall'entrata in vigore del Sarbanes-Oxley Act del 2002 che negli Stati Uniti si è diffusa l'idea per la quale la presenza di un "*officer with ownership of corporate compliance and ethics issues*" fosse fondamentale per garantire una buona *corporate governance*, personificando la "*corporate conscience*" [22].

A tale proposito, non si può prescindere da quanto previsto dalle U.S. Federal Sentencing Guidelines for Organizations – FSGO, che tratteggiano un sistema stratificato di responsabilità in materia di *compliance* aziendale.

In particolare, al vertice di tale sistema si prevede vi sia l'organo amministrativo, che deve essere a conoscenza del contenuto e del funzionamento del *compliance program* e deve esercitare una ragionevole supervisione sull'attuazione e sull'efficacia dello stesso: "*The organization's governing authority shall be knowledgeable about the content and operation of the compliance and ethics program and shall exercise reasonable oversight with respect to the implementation and effectiveness of the compliance and ethics program*".

Al di sotto del *board* si pone un altro livello di controllo, che è quello del *top management*, che deve assicurare che la società abbia adottato un *compliance program*; a specifici individui all'interno di tale categoria è poi assegnata la responsabilità generale sull'osservanza del *compliance program*: "*High-level personnel of the organization shall ensure that the organization has an effective compliance and ethics program, as described in this guideline. Specific individual(s) within high-level personnel shall be assigned overall responsibility for the compliance and ethics program*".

A un livello ancora inferiore, si colloca il controllo diffuso e quotidiano (*day-by-day*) svolto da specifici individui sull'attuazione del *compliance program*. Questi sono tenuti a riportare periodicamente al livello superiore di controlli e, laddove opportuno, al *board*. Per far ciò, sarà necessario dotare questi soggetti di poteri e risorse volte ad assicurare l'adempimento di tali compiti: "*Specific individual(s) within the organization shall be delegated day-to-day operational responsibility for the compliance and ethics program. Individual(s) with operational responsibility shall report periodically to high-level personnel and, as appropriate, to the governing authority, or an appropriate subgroup of the governing authority, on the effectiveness of the compliance and ethics program. To carry out such operational responsibility, such individual(s) shall be given adequate resources, appropriate authority, and direct access to the governing authority or an appropriate subgroup of the governing authority*" [23].

La prassi dimostra che le società americane nominano abitualmente un *compliance officer* e/o un *ethics officer* [24].

A partire dal 2010, anche negli Stati Uniti, al fine di garantire che il *compliance officer* potesse agire in autonomia e avere una maggiore indipendenza (anche economica) dai soggetti da controllare, è stato previsto che il *compliance officer* dovesse avere accesso "diretto" e non "mediato" al *board* – o, eventualmente, a comitati endoconsiliari – per evitare condizionamenti da parte del *top management*. Com'è stato correttamente osservato, in questo si ritrovano i caratteri propri dell'Organismo di Vigilanza *ex* D. Lgs. 231/2001 il quale deve essere munito di autonomi poteri di iniziativa e controllo [25].

Con riferimento al ruolo del *compliance officer* nell'esperienza inglese, è necessario accennare brevemente allo UK Bribery Act del 2010 (il cui ambito di riferimento, come chiaramente evincibile dal nome del provvedimento, è circoscritto sulle fattispecie di tipo corruttivo).

Sebbene nella prassi non sia affatto eccentrica la nomina di *compliance officer* o *ethics officer* anche nell'esperienza britannica, lo UK Bribery Act non individua specificamente tale figura, concentrandosi piuttosto sul ruolo del *top management*. Il documento "*Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing*", emanato dal Ministry of Justice, prevede che nelle società di grandi dimensioni il consiglio di amministrazione sia il primo responsabile della definizione delle *policy* di prevenzione della corruzione, e proceda a incaricare il *management* di progettare, gestire e monitorare le procedure di prevenzione della corruzione, monitorando e controllando regolarmente il rispetto di tali *policy* e procedure. Fondamentale è, infatti, che il *top level management* sia chiamato ad occuparsi anche della supervisione generale ("*general oversight*") delle violazioni delle procedure nonché di implementare flussi informativi verso il vertice aziendale, fornendo *feedback* al consiglio di amministrazione, o ad un diverso organo, se del caso, sui livelli di *compliance* dell'ente [26].

A tal proposito, attenta dottrina ha evidenziato che è

in questo ambito che "*potrebbe rivelarsi opportuna l'istituzione di un ufficio specificamente dedicato alla compliance con riporto diretto al* board*: non un obbligo, quindi, ma un elemento in grado comunque di attestare il* top-level commitment*. Da questa angolatura*" – sottolinea, però, subito l'Autore – "*il* compliance officer*, più che un meccanismo di controllo indipendente sull'operato (anche) del massimo vertice societario, diviene un suo fiduciario, incaricato di tenerlo al corrente circa l'effettiva attuazione delle procedure preventive*"[27].

5. Conclusioni

Tirando le fila della disamina svolta (e – in un certo senso – tirando le fila di questi primi vent'anni di D. Lgs. 231/2001), si possono trarre alcuni punti fermi in merito alla posizione dell'OdV ad oggi nel panorama dei controlli societari e si possono individuare alcuni spunti di interesse in ottica di evoluzione futura dello stesso.

Tra i punti fermi, vi sono innanzitutto la presa d'atto da parte della giurisprudenza circa la centralità del ruolo dell'Organismo di Vigilanza nel sistema di controllo interno e l'apertura del Legislatore a un allargamento del campo d'azione demandato all'OdV.

Parrebbero esserci poi l'abbandono della tendenza – che stava prendendo piede negli ultimi anni – a ritenere sempre possibile (laddove non preferibile) la sovrapposizione tra Collegio Sindacale e Organismo di Vigilanza, nonché la rinnovata consapevolezza, da parte di tutti gli operatori coinvolti, dell'importanza dell'implementazione nelle società di adeguati sistemi di flussi informativi sia da parte delle funzioni interne nei confronti degli organi e organismi di controllo, sia tra questi ultimi.

Ad avviso degli scriventi, si dovrebbe guardare a questi punti fermi non come approdi, ma come punti di partenza per un'evoluzione del ruolo dell'OdV, da compiersi nei prossimi anni in società di tutte le dimensioni, a partire proprio dalle società quotate. Queste società più di tutte conoscono una complessa articolazione del sistema di controllo e, d'abitudine, hanno adeguata disponibilità di risorse (di mezzi, strutture e personale) da investire nel miglioramento continuo della *compliance* e degli strumenti di *governance*.

In tale contesto, si ritiene che i tempi siano maturi perché all'OdV venga disegnato uno spazio ancor più centrale nel sistema di controllo.

Si prenda ad esempio il tema delle segnalazioni di illeciti e si noti come in molte società si sia deciso di implementare sistemi di *whistleblowing* capaci di abbracciare tanto le tematiche di cui al D. Lgs. 231/2001 quanto quelle in materia di *market abuse*, di antiriciclaggio, di salute e sicurezza sul lavoro, ecc. Procedendo in tale (più che condivisibile) maniera, le società si sono trovate a dover individuare un soggetto, preferibilmente collegiale, cui demandare l'attività di gestione dell'intero sistema delle segnalazioni, quantomeno sotto il profilo di una prima valutazione e dello smistamento delle stesse. Ebbene, l'Organismo di Vigilanza forse più di ogni altro organo e funzione aziendale è dotato di professionalità e competenze trasversali che permettono allo stesso di comprendere, approfondire, filtrare, smistare le informazioni e i flussi informativi che giungono dall'interno dell'azienda e dal vertice di questa, anche quando si tratti di tematiche non espressamente (o esclusivamente) correlate al D. Lgs. 231/2001.

Questa poliedricità dell'OdV ben potrebbe essere messa a frutto anche in più situazioni e contesti.

Quanto ai flussi informativi, negli ultimi anni si è assistito a un progressivo aumento della produzione di dati e informazioni da parte delle *key function* aziendali nei confronti dell'OdV: è questo un dato sicuramente positivo, in quanto indice di un aumento della consapevolezza delle società circa l'importanza della disciplina di cui al D. Lgs. 231/2001 (e in quanto l'implementazione di un valido sistema di flussi informativi è utile a responsabilizzare e rendere maggiormente consapevoli dei rischi di *non-compliance* i soggetti che sono tenuti a produrre gli stessi e, a cascata, tutti coloro che li supportano nel farlo). Ebbene, il notevole bagaglio informativo che si riversa in capo all'OdV potrebbe essere utilizzato dall'Organismo stesso – come in talune realtà di eccellenza già viene fatto – anche per poter fornire periodicamente al vertice societario un riepilogo ragionato e una visione d'insieme dello stato di salute del sistema di controlli aziendale, andando ben oltre quelli che sono gli scarni contenuti che caratterizzano solitamente le relazioni semestrali/annuali dell'OdV. Questo permetterebbe al Consiglio di Amministrazione di avere l'occasione di guardare all'attività aziendale da un punto di vista nuovo e così di svolgere in maniera compiuta quel "*general oversight*" di cui si parla nei sistemi di matrice anglosassone.

Sempre in materia di flussi informativi, succede talvolta – per quanto sia prassi (fortunatamente) non molto invalsa – che il Collegio Sindacale chieda all'Organismo di Vigilanza di ricevere copia dei verbali delle sue riunioni. È, invece, molto più raro che avvenga il contrario oppure che l'Organismo di Vigilanza richieda copia dei verbali delle riunioni del Consiglio di Amministrazione e ciò sebbene

proprio le sedute dei Consigli di Amministrazione siano anch'esse possibile sede in cui potrebbero essere commesse alcune fattispecie di reato (si pensi, per esempio, a molti dei reati societari). Si ritiene al riguardo opportuno limitare quanto più possibile il *deficit* conoscitivo dell'Organismo di Vigilanza – *deficit* che rischierebbe di inficiare in maniera rilevante la possibilità dell'Organismo di Vigilanza di svolgere adeguatamente i compiti di controllo e monitoraggio allo stesso demandati dal D. Lgs. 231/2001 – e muoversi nella direzione di un'effettiva parità informativa tra tutti i soggetti in parola. Non si crede però agevole né efficiente che questa parità venga perseguita instaurando un (costante) controllo incrociato di ciascun soggetto sull'operato dell'altro, quale quello che si avrebbe se gli organi sociali potessero richiedere e ottenere l'accesso indiscriminato ai verbali delle adunanze dell'OdV e viceversa. Si ritiene, invece, più opportuno (e certamente più efficace) instaurare prassi virtuose che prevedano la calendarizzazione e lo svolgimento di puntuali e approfonditi momenti di scambio tra gli organi sociali e l'Organismo di Vigilanza – nonché, laddove presenti (come nel caso delle società quotate) i comitati endoconsiliari – sulla falsariga di quanto già succede con più frequenza nel rapporto tra l'Organismo di Vigilanza e le funzioni di controllo interno, i quali svolgono incontri periodici che, lungi dall'esaurirsi in un'asettica esposizione (e acritica ricezione) di informazioni, spesso sono fonte di spunti interessanti e di stimolo per il continuo miglioramento della *governance* aziendale.

In definitiva, quello che ci si può attendere dal prossimo futuro con riferimento alla situazione dell'Organismo di Vigilanza è sicuramente un suo assestamento, all'interno dell'"organigramma dei controlli societari", in una posizione che sia il più centrale possibile; quello che si può auspicare è che questo riposizionamento produca, tra gli altri, l'effetto di avvicinare ancor più l'Organismo di Vigilanza (e l'attività di controllo da questo effettuata) agli organi sociali, intensificando gli scambi reciproci, i momenti di incontro e confronto, le occasioni di arricchimento per tutti e di crescita per le società.

1 Sulla definizione di *corporate governance* e sulla sua evoluzione verso un concetto ampio di responsabilità di impresa, è stato efficacemente sostenuto che tale concetto si è evoluto "*passando da una situazione iniziale di preminente attenzione rivolta ai soli* shareholders*, ad una situazione – che appunto è quella attuale – nella quale assumono vieppiù rilevanza i sistemi normativi che consentono di prevenire e reprimere i fenomeni criminali all'interno della compagine sociale*" (M. Cardia, *Codice di Autodisciplina e normativa 231*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, III, 2006, 63).

2 Ci si riferisce, in particolare, al Green Paper della Commissione Europea "*Corporate governance in financial institutions and remuneration policies*", COM(2010) 284, in cui si legge: "*Although corporate governance did not directly cause the crisis, the lack of effective control mechanisms contributed significantly to excessive risk-taking on the part of financial institutions. This general observation is all the more worrying because corporate governance has been relied upon as one of the ways of regulating business life. Consequently, there is a need to address the fundamental question of whether the existing corporate governance regime is deficient as far as financial institutions are concerned or whether it has rather been poorly implemented*".

3 V. Mongillo, *L'organismo di vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell'ente*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, IV, 2015, 84.

4 Cass. civ., Sez. I, 12 luglio 2019, n. 18770. Conformemente, si vedano anche Cass. civ., Sez. I, 5 settembre 2018, n. 21662 e Cass. civ., Sez. I, 29 dicembre 2017, n. 31204.

5 Sulla rilevanza, nell'ambito della *corporate governance*, della segregazione dei ruoli e dei poteri, si v. M. Malavasi, *La segregazione dei ruoli e dei poteri quale strumento di* corporate governance *cui tendere nell'ambito del Modello organizzativo* ex *D. Lgs. 231/2001*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, IV, 2009, 77 ss. L'autore afferma, in particolare, che "[i]*l sistema di segregazione dei ruoli, per essere adatto rispetto alle previsioni del D. Lgs. 231/2001, deve essere supportato da un'adeguata separazione dei poteri fra le diverse funzioni societarie. La segregazione dei poteri, infatti, consente di distribuire le facoltà e le responsabilità a seconda delle competenze di ciascun soggetto coinvolto nell'attività aziendale. I due sistemi di segregazione dei ruoli e dei poteri sono, fra loro, complementari: se le fasi in cui si articola un processo vengono ricondotte a soggetti diversi, allora nessuno di questi può essere dotato di poteri illimitati. Inoltre, suddividendo i poteri all'interno della società viene anche favorita l'attività di controllo sulle fasi più sensibili di ciascun processo*".

6 E. Perusia-C. Santoriello, *Il ruolo dell'Organismo di Vigilanza nell'ambito del Codice della crisi di impresa*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, II, 2020, 305 ss.

7 Limitando la sintesi al vero cuore della disciplina di cui al D. Lgs. 231/2001, "[i]*l decreto 231 ha favorito la diffusione di una nuova cultura aziendale la cui concreta attuazione dovrebbe culminare con l'introduzione di particolari strumenti di gestione, i cosiddetti modelli di organizzazione e gestione* [...] *i quali, ai sensi dell'art. 6 del decreto 231, se adottati* ante

factum *e idonei a prevenire reati della stessa specie di quello verificatosi, esimono l'ente da responsabilità, purché il Modello stesso sia stato eluso fraudolentemente dal reo, sia stato istituito un OdV «dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo» e non vi sia stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dello stesso.* […] *Ciò vale nel caso in cui il reato presupposto sia stato commesso da soggetti cosiddetti 'apicali', mentre, per il caso in cui sia stato commesso da persone sottoposte alla direzione o vigilanza di uno di questi, l'ente è responsabile – a norma dell'art. 7 del decreto 231 – solo «*se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza*»*" (A. De Nicola, *L'organismo di vigilanza 231 nelle società di capitali*, Giappichelli, 2020).

8 È stato affermato che, "*dall'indeterminatezza del dettato normativo, in questa parte del decreto, traspare anche una non piena maturazione della tematica nella fase di gestazione del nuovo* corpus *legislativo. Così, per quanto attiene, in particolare, agli enti di maggiore salienza politico-criminale, le società di capitali, è mancato qualsiasi raccordo con le regole sui controlli societari dettate dal codice civile e da leggi speciali (*in primis*, rispetto alle società quotate, il testo unico sulla finanza – T.U.F. – di cui al D. Lgs. 58/199816)*" (V. Mongillo, *Il giudizio di idoneità del Modello di Organizzazione* ex *D. Lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, III, 2011, 83 ss.).

9 Il Codice di *Corporate Governance* prevede, infatti: "*L'adesione al Codice implica però che ciascuno scostamento sia chiaramente indicato nella relazione sul governo societario e che le società: (a) spieghino in che modo la* best practice *raccomandata dal Codice è stata disattesa; (b) descrivano i motivi dello scostamento; (c) descrivano come la decisione di discostarsi è stata presa all'interno della società; (d) se lo scostamento è limitato nel tempo, indichino a partire da quando prevedono di applicare la relativa* best practice*; (e) descrivano l'eventuale comportamento adottato in alternativa alla* best practice *da cui si sono discostate e spieghino come tale scelta realizzi l'obiettivo sotteso ai princìpi del Codice e contribuisca in ogni caso al buon governo societario*".

10 Su quanto previsto, anche in precedenza, dal Codice di Autodisciplina, si veda G. Guerrieri, *Il sistema dei controlli societari e l'organismo di vigilanza* ex *D. Lgs. 231/01*, ne *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti,* II, 2014.

11 Così la versione del luglio 2018 del Codice di Autodisciplina: per completezza, si segnala che siffatta formulazione era stata introdotta con le revisioni apportate al Codice nel 2011; nella versione del 2002 era del tutto assente un riferimento alla disciplina di cui al D. Lgs. 231/2001, mentre in quella del 2006 era semplicemente previsto – con riferimento alla disciplina di cui al D. Lgs. 231/2001 –che "*una particolare attenzione è rivolta ai modelli di organizzazione e gestione adottati ai sensi del D. Lgs. 8 giugno 2001 n. 231*".

12 P. Montalenti-S. Balzola, *La società per azioni quotata*, in *Le nuove s.p.a.*, Bologna, 2010, 1926.

13 AOdV231, *La modifica dell'art. 6 del D. Lgs. 231/2001: critica ragionata all'attribuzione al collegio sindacale della funzione di organismo di vigilanza*, 2012, consultabile sul sito www.aodv231.it.

14 A. De Nicola, op. cit.

15 Cass. pen., Sez. Unite, 24 aprile 2014, n. 38343.

16 A. De Nicola, op. cit.

17 Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, *Principi consolidati per la redazione dei modelli organizzativi e l'attività dell'organismo di vigilanza e prospettive di revisione del D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*; A. De Nicola, op. cit.; V. Sarto, *Indicazioni, suggerimenti e riflessioni sulle verifiche previste dal D. Lgs. 231/2001, effettuate dall'OdV, sull'applicazione del modello organizzativo*, in *Resp. amm. Enti*, 2017, III, 353, il quale, con riferimento ai partecipanti all'attività di verifica, ritiene: "[u]*tile l'affiancamento dell'*internal auditor*, quando esistente o figure similari* […] *in modo che possa supportare con la conoscenza dei processi*".

18 CONSOB 7/2015 "*Modelli di amministrazione e controllo nelle società quotate*", p. 6.

19 "*In definitiva a questa funzione già oggi viene attribuito – oltre al compito di effettuare indagini di carattere ispettivo – anche quello di verificare l'esistenza ed il buon funzionamento dei controlli atti ad evitare il rischio di infrazioni alle leggi in generale, tra cui, ad esempio, quelle sulla sicurezza, sulla protezione dell'ambiente ed in materia di privacy. Trattasi di verifiche che riguardano anche i comportamenti quotidiani di chi svolge mansioni operative in questi ambiti e che attengono, quindi,* lato sensu*, anche all'etica individuale ed aziendale. Queste ulteriori considerazioni consentono di meglio comprendere come la funzione di* Internal Auditing *– se ben posizionata e dotata di risorse adeguate – sia idonea a fungere da* [componente dell'] *Organismo* ex *D. Lgs. n. 231/2001*" (Confindustria, *Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo*, marzo 2014).

20 Si vedano le U.S. Federal Sentencing Guidelines for Organizations – FSGO (par. 8.B2.1.a) in cui è previsto: "*To have an effective compliance and ethics program,* […] *an organization shall exercise due diligence to prevent and detect criminal conduct; and otherwise promote an organizational culture that encourages ethical conduct and a commitment to compliance with the law. Such compliance and ethics program shall be reasonably designed, implemented, and enforced so that the program is generally effective in preventing and detecting criminal conduct. The failure to prevent or detect the instant offense does not necessarily mean that the program is not generally effective in preventing and detecting criminal conduct*".

21 Ci si riferisce, ad esempio, a quanto previsto nell'ordinamento spagnolo. La Ley Orgánica 1/2015, del 30 marzo, con

la quale è stata modificata la Ley Orgánica 10/1995, in materia di responsabilità penale delle persone giuridiche e che ha previsto che "*Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:* [...] *Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención*". Per un'analisi più approfondita su tali aspetti comparatistici, si veda V. Mongillo, *L'organismo di vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell'ente*, op. cit.

22 Si legga lo "*Speech by Securities and Exchange Commission: Sarbanese-Oxley and the Idea of "Good" Governance"* del commissario Cynthia A. Glassman, la quale ha affermato: "*In terms of trying to personify the corporate conscience, there is something not specifically required, but which I feel is essential nonetheless. While the CEO cannot delegate his or her ultimate responsibility, to fully carry out the mandate of Sarbanes-Oxley and the Commission's rules, a company should have an officer with ownership of corporate compliance and ethics issues, and of what Title III of Sarbanes-Oxley broadly refers to as «Corporate Responsibility»*".

23 U.S. Federal Sentencing Guidelines for Organizations – FSGO (par. 8.B2.1.b).

24 In materia di corruzione internazionale, la *Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act* (elaborata congiuntamente dalla *Criminal Division* dello U.S. Department of Justice e dalla *Enforcement Division* della U.S. Securities and Exchange Commission), prevede: "*In appraising a compliance program, [Department of Justice] and [Securities and Exchange Commission] also consider whether a company has assigned responsibility for the oversight and implementation of a company's compliance program to one or more specific senior executives within an organization*". Si tratta in ogni caso di una scelta che deve essere compiuta sulla base della misura e della struttura dell'ente, in quanto su tale valutazione è possibile altresì che si ritenga appropriato "*for day-to-day operational responsibility to be delegated to other specific individuals within a company*".

25 Si veda V. Mongillo, *L'organismo di vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell'ente*, op. cit. 92, il quale, inoltre, evidenzia come vada, "*peraltro, sottolineato che la filosofia preventiva delle FSGO è assai più stringente: non ci si accontenta dell'istituzione di un* compliance officer *dotato di maggiore indipendenza affinché l'ente possa andare esente da responsabilità nel caso di commissione di un reato da parte di un manager apicale: quale riprova dell'efficacia del sistema preventivo e dei flussi informativi interni all'ente, si esige altresì che il reato sia scoperto mediante il* compliance program *(prima di qualsiasi intervento esterno) e prontamente denunciato alle autorità, nonché – com'è ovvio – che nell'illecito non siano coinvolti gli stessi soggetti deputati all'attività di controllo*".

26 In particolare, la Guida prevede che "[i]*n a large multinational organisation the board should be responsible for setting bribery prevention policies, tasking management to design, operate and monitor bribery prevention procedures, and keeping these policies and procedures under regular review. But whatever the appropriate model, toplevel engagement is likely to reflect the following elements: […] general oversight of breaches of procedures and the provision of feedback to the board or equivalent, where appropriate, on levels of compliance*".

27 Così V. Mongillo, *L'organismo di vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell'ente*, op. cit. 93.

09 Il sistema disciplinare nel D.lgs. 231/2001: tra efficacia e difficoltà di concreta ed idonea attuazione.

di Giuseppe Zarrella

Abstract
Il sistema disciplinare previsto dagli artt. 6 e 7 del D.lgs. 231/2001, rappresenta un requisito minimo di efficace esecuzione del Modello di organizzazione, gestione e controllo. La corretta attuazione di tale sistema, nonché la presenza di un apparato sanzionatorio idoneo, evitano che il Modello 231 si trasformi in mero strumento di facciata, dotato di una valenza marcatamente formale. A tal proposito, la legge, da un lato richiede all'ente di dotarsi di un sistema disciplinare, e dall'altro non specifica in concreto quali siano i requisiti di idoneità necessari per la sua corretta attuazione. Tale lacuna normativa è colmata nella prassi, attingendo a schemi di matrice giuslavorista, i quali mal si conciliano con la ratio ispiratrice pubblicistico-penalista della "filosofia 231". Se per il procedimento disciplinare - ispirato alla Contrattazione Collettiva e allo Statuto dei Lavoratori- si mira a sanzionare la mancata diligenza del lavoratore alle direttive impartite dal datore (in riferimento al rapporto di lavoro), il procedimento disciplinare di cui al D.Lgs.231, mira a prevenire - in funzione deflattiva - la commissione di reati, nonché ad evitare che l'ente possa essere esposto alla cd. responsabilità amministrativa dipendente da reato. A tal proposito, mentre per il sistema giuslavorista, l'erogazione delle sanzioni per mano del datore costituiscono un potere rimesso al libero apprezzamento del datore stesso, le sanzioni di cui al Modello 231, integrano un onere di idonea ed efficace attuazione del Modello Organizzativo attuato dall'ente.

The disciplinary system in the Legislative Decree no. 231/2001: between the effectiveness and the difficulties of concrete and suitable implementation
The disciplinary system described in the Articles no. 6 and no. 7 of the Legislative Decree no. 231/2001 is a minimum requirement for the effective execution of the organization, management and control model. The correct implementation of this system, as well as the presence of a suitable sanction apparatus, prevents the model 231 from becoming a mere facade instrument, provided with a strictly formal value. In this regard, on the one hand the law requires the institution to have a disciplinary system, while on the other hand it does not specify the eligibility requirements needed for its correct implementation. This regulatory gap is generally filled by taking on schemes of employment law origin, which do not reconcile with the public-criminal inspiring reason of the "philosophy 231". From one hand the disciplinary procedure, inspired by the collective agreements and the workers; statute, punishes the non-compliance of the due diligence of the worker against the employer, while on the other hand the disciplinary procedure of the Model 231 has the purpose to avoid committing crimes. In this regard, while for the labour law system, the provision of sanctions by the employer represents a power given to the free appreciation of the employer himself, the sanctions referred to in Model 231 supplement a burden of appropriate and effective implementation of the organizational model applied by the institution.

Sommario
1. Il sistema disciplinare del D.lgs. 231/2001 - **2.** L'utilizzo del sistema giuslavorista - **3.** Sistema disciplinare nel D.lgs. 231/2001: quali principi generali? - **4.** Difficoltà di concreta ed idonea attuazione del sistema disciplinare nel D.lgs. 231/2001

1.Il sistema disciplinare del D.lgs. 231/2001

La concreta attuazione del Modello Organizzativo ex D.lgs. 231/2001 è necessariamente collegata ad un'efficace previsione di un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate all'interno del Modello stesso.Nel

sistema americano - che ha inevitabilmente ispirato il legislatore nella strutturazione del modello 231- l'apparato sanzionatorio rappresenta un perno ineliminabile per l'efficace funzionamento dei c.d. compliance programs[1].

Il sistema sanzionatorio ha un ruolo centrale all'interno di ogni Modello Organizzativo sopratutto per la sua funzione preventiva e deflattiva: un modello privo dell'espressa e chiara indicazione del corpus sanzionatorio e disciplinare è un modello monco, inefficace, soprattutto quando tali mancanze si riferiscono ai soggetti in posizione apicale (ex art. 6 comma 2 lett. e)[2]. Si tratta di un elemento essenziale, un requisito minimo di efficace attuazione del Modello in assenza del quale questo è ridotto a mero strumento di facciata, dotato di una valenza solo formale[3].

Appare chiaro che l'attuazione delle misure disciplinari e sanzionatorie previste dai modelli organizzativi prescinde dall'eventuale e non necessaria istaurazione di un giudizio penale a seguito di reato eventualmente commesso dai soggetti indicati all'interno degli art. 6 comma 2 lett. e art. 7 comma 4 lett. b) ex D.lgs. 231 /2001. Anzi, un meccanismo ben articolato di sanzioni disciplinari che eviti il coinvolgimento penale dei soggetti ai quali è rivolto è l'obiettivo principale di un modello organizzativo efficace ed in *buona salute*. Di converso, se l'obiettivo del sistema disciplinare e sanzionatorio del Modello Organizzativo sarebbe quello di sanzionare comportamenti già di per sé costituenti reato, si creerebbe un'inutile duplicazione sanzionatoria. Ratio del sistema disciplina di ogni Modello Organizzativo è quello di evitare la commissione di reati ed agire come ulteriore deterrente prodromico alle tutele penali previste dallo Stato. Se il sistema disciplinare deve svolgere una funzione esimente rispetto al possibile ventaglio di violazioni, è necessario che questo esponga in modo chiaro il policromo ed eterogeneo ventaglio di misure disciplinari applicabili a chiunque non osservi le misure organizzative adottate, secondo un principio di valutazione ex ante che valuti le singole violazioni ed a queste attribuisca proporzionalmente una giusta sanzione in attuazione di una forbice crescente di gravità.

I modelli disciplinari di cui all'art. 6 del D.lgs. 231/2001, oltre alla necessità di individuare e circoscrivere i cd. settori di rischio dove è maggiormente possibile la commissione dei reati, devono prevedere specifici protocolli diretti a programmare il processo decisionale dell'ente in relazione ai reati da prevenire ed individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati, nonché introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello[4].

Se sotto il profilo positivo, la legge esprime a chiare lettere la necessità di un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate dal modello, dall'altro, gli strumenti giuridici a disposizione degli enti al fine di riempire e dare concretezza sostanziale all'idoneità ex lege richiesta non sono dettagliatamente specificati.

Emerge quindi, in riferimento alla corretta individuazione del sistema disciplinare, un vulnus, una lacuna contenutistica che rimette l'intero sistema disciplinare alle scelte organizzative e di gestione dell'ente.

Il cortocircuito legge-singoli modelli, per quanto attiene ai sistemi disciplinari dei modelli organizzativi, oltre alle generiche indicazioni normative di cui agli art. 6 e 7 del D.lgs. 231/2001, crea tanti sistemi disciplinari, quanto sono i singoli enti che hanno adottato gli stessi, in ragione di un'evidente frammentarietà prevista dalla legge a causa della totale assenza di una specifica regolamentazione e di criteri valutativi da adottare per la stesura e la redazione dei singoli modelli organizzativi. Tali scarne indicazioni impongono gli enti di porre in essere integrazioni necessarie ed indispensabili in ragione della corretta individuazione delle sanzioni applicabili, dei soggetti competenti all'iniziativa e all'esercizio del potere disciplinare e delle corrispondenti regole procedimentali[5].

Tale lacuna argomentativa è colmata attingendo dalle disposizioni del Contratto Collettivo Nazionale applicabile nei confronti dell'ente, dal sistema disciplinare previsto dallo Statuto dei Lavoratori o dalle Linee Guida delle principali associazioni di categoria (come a titolo esemplificativo Le Linee Guida di Confindustria).

2. L'utilizzo del sistema giuslavorista

Le norme di diritto del lavoro assumono quindi un valore ben più ampio del mero rapporto sinallagmatico datore- prestatore di lavoro, avendo una connotazione penal-preventiva che poco si allinea alla ratio dell'intero sistema del Modello 231. In tale contesto, il sistema giuslavoristico è assorbito da quello penale – tipico di ogni modello organizzativo- per svolgere funzioni sostanzialmente diverse per natura, contenuti e finalità. Tra i due sistemi, dove l'uno e al servizio dell'altro, emerge fin da subito che l'utilizzazione del sistema giuslavoristico per finalità pubblicistiche-preventive, deve necessariamente passare per un vaglio di compatibilità ed un processo modificativo che conferisca il requisito dell'idoneità

e dell'efficienza necessaria in ogni Modello Organizzativo che si rispetti per quanto attiene al sistema disciplinare.
A tal proposito infatti emerge ictu oculi la differente natura del potere datoriale tra i due differenti settori giuridici in riferimento all'esercizio del potere disciplinare.
Per il diritto del lavoro nella sua accezione privatistica, il datore di lavoro può esercitare il suo potere disciplinare a seguito di violazioni del prestatore di lavoro (la natura giuridica è quindi quella di un potere del datore di lavoro nei confronti del suo lavoratore). Per i rapporti di lavoro dei lavoratori impegnati nel pubblico impiego, si tratta invece di uno specifico obbligo del dirigente (ex artt. 55 e ss. del D.Lgs. 165/2001), configurando una propria responsabilità dirigenziale -disciplinare nell'ipotesi in cui lo stesso dirigente non abbia sanzionato il suo gerarchicamente sottoposto in caso delle violazioni previste dalla legge. Tralasciando quindi le natura di obbligo-potere previste per il mondo giuslavoristico, l'applicazione delle sanzioni di cui al D.lgs. 231/2001 integra un preciso onere di efficace attuazione del Modello Organizzativo stesso[6]: nulla a che vedere con la natura di potere/obbligo previsto dal mondo tipicamente giuslavoristico.
Occorre altresì evidenziare la diversa natura dei due sistemi disciplinari, il sistema disciplinare di cui al D.lgs. 231/2001 ha una matrice prevalentemente pubblicistica, con la sua funzione deflattiva nell'ottica della prevenzione della commissione dei reati, applicandosi ai soggetti di cui agli art. 6 e 7 del medesimo decreto legislativo e comunque a chiunque possa esporre la persona giuridica con il proprio comportamento a fatti penalmente rilevanti. Diversamente, il sistema disciplinare di diritto del lavoro, secondo la sua funzione tipica, ha natura marcatamente privatistica in ragione del corpus normativo a cui rimanda e alla natura ambivalente che collega il mancato rispetto dei doveri e obblighi disciplinari del lavoratore alle sanzioni del suo datore di lavoro, senza quindi alcun riferito a funzioni pubblicistiche penal-preventive.

3. Sistema disciplinare nel D.lgs. 231/2001: quali principi generali?

Analizzando quanto statuito in materia di sistema disciplinare sotto la lente giuslavorista, occorre verificare se sia possibile enucleare principi generali utilizzabili affinché si possa affermare che il Modello 231 adottato possa essere considerato idoneo ed efficace.
In tale contesto sembrano mescolarsi elementi di matrice giuslavoristica ed interessi di evidente profilo penalistico, soprattutto in ragione della lettura sistemica della normativa del procedimento disciplinare del D.lgs. 231/2001.
Se il sistema disciplinare dei Modelli Organizzativi ha come obiettivo principale quello di prevenire la commissione di fatti costituenti reato o comunque condotte funzionali alla commissione di reati, è bene evidenziare che le condotte irregolari che il sistema disciplinare deve andare a sanzionare hanno la necessità di arretrare la componente di punibilità ad una fase antecedetene alla condotta ascrivibile al delitto tentato ex art. 56 c.p.: un terreno ibrido dove elementi di diritto del lavoro e quelli di diritto penale si mescolano in un tertius genus di difficile collocazione.
L'applicazione pedissequa dei principi sostanziali riferiti al procedimento disciplinare, mirano a scongiurare gli eccessi di discrezionalità datoriale. Le garanzie sostanziali e formali, rappresentano un'importante difesa del lavoratore da eventuali abusi del datore di lavoro.
Tra i principi ascrivibili al sistema disciplinare previsto dal Modello 231, è necessario richiamare il granitico orientamento della Corte Costituzionale[7] che ha statuito che il potere disciplinare deve conformarsi ai principi di proporzione, contestazione dell'illecito e contraddittorio dell'interessato, e al più generico principio di conoscibilità (come quello della forma scritta e della pubblicità).
Tale sistema deve essere quindi in armonia e compatibile con le norme lavoristiche e contrattuali che regolano il rapporto di lavoro intrattenuto dal soggetto da sanzionare con l'ente. Tale requisito di compatibilità appare necessario come primo e funzionale elemento atto ad oleare i meccanismi di un procedimento disciplinare alimentato a doppio combustibile (norme giuslavoristiche e quelle pubblicistico-penali).
Il fondamentale principio di proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità dell'infrazione deve essere rispettato sia in sede di irrogazione della sanzione da parte del datore di lavoro nell'esercizio del suo potere disciplinare, sia in sede di controllo della legittimità e della congruità della sanzione applicata che il giudice sia chiamato ad operare. Non deve quindi esserci sproporzione tra la sanzione comminata e l'effettiva condotta del lavoratore. Tale valutazione deve esser fatta nella sua complessità, tenendo conto la totalità delle circostanze di fatto oggettive e soggettive che hanno caratterizzato la condotta oggetto di procedimento disciplinare del datore di lavoro, nonché della condotta valutata in concreto e non in astratto[8]. Pertanto non sono ammissibili meccanismi sanzionatori che non consentano di calibrare

la giusta e proporzionata sanzione da irrogare, ovvero escludano la possibilità di una graduazione secondo la gravità del fatto addebitato[9].
Tra le condizioni da analizzare in un'ottica di graduazione della sanzione proporzionata ci sono diversi elementi che attengono profili sia soggettivi che oggetti: a titolo esemplificativo la posizione del soggetto rispetto all'ente, la tipologia di condotta (dolosa o colposa), l'eventuale recidiva di commissione di medesime condotte ad opera del prestatore di lavoro.
Ulteriore principio è quello della conoscibilità che ha come suoi stretti corollari il principio della forma scritta e della pubblicità. A tal proposito, sulla scia di quanto disposto dall'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori, le norme disciplinari riferite alle sanzioni, alle infrazioni ed alla procedura di contestazione devono confluire in un codice di facile ed immediato accesso in luogo – reale o virtuale- quindi accessibile a tutti (pubblicazione su sito aziendale, diffusione con circolare o ad esempio sottoscrizione per presa visione)[10] . Tale fattispecie rappresenta un chiaro retaggio penalistico che richiama un principio cardine dell'ordinamento penale quale il brocardo latino: nullum crimen, nulla poena, sine lege. Tale Codice poi dovrà necessariamente divenire parte integrante del Modello Organizzativo in ragione dell'importante parametro di conoscibilità delle condotte oggetto di procedimento disciplinare.
La disciplina giuslavorista privata differisce altresì da quella pubblica: nel pubblico impiego infatti, in ragione dell'art. 54 del D.lgs.165/2001, è prevista la pubblicazione del codice di condotta sul sito istituzionale dell'amministrazione[11].
Strettamente collegati alla conoscibilità delle sanzioni, tra i principi necessari al procedimento disciplinare c'è quello di natura prevalentemente privatistica della tempestiva contestazione dell'addebito che consente al prestatore di lavoro di addurre le dovute giustificazioni a difesa della sua condotta nei tempi ex lege previsti.
Se la ratio argomentativa dei procedimenti disciplinari assorbiti dal Modello Organizzativo è quella corposa trincea preventiva e deflattiva necessaria per arginare ulteriormente la commissione di condotte qualificabili come reati, occorre aggiungere un ulteriore istituto che in aggiunta alle sanzioni disciplinari può, anche in un'ottica premiale, contribuire all'attuazione di un modello organizzativo idoneo ed efficace per esempio come attraverso la regolazione di sistemi di whistleblowing utili – con tutti i limiti del caso – ad incardinare e prevenire comportamenti individuali devianti. La segnalazione di irregolarità, da parte di soggetti interni ad un'organizzazione (sia essa pubblica o privata), è infatti un formidabile strumento di prevenzione di illeciti commessi all'interno della stessa[12].

4. Difficoltà di concreta ed idonea attuazione del sistema disciplinare nel D.lgs. 231/2001

Se è vero che le lacune argomentative sotto il profilo sostanziale lasciano alcuni dubbi circa il corretto assorbimento del sistema disciplinare del Modello 231 in ragione dell'utilizzo delle norme di natura giuslavoristica, è sotto il profilo marcatamente procedurale nell'attribuzione delle funzioni riferite all'accertamento dell'illecito che il sistema presenta le sue più problematiche difficoltà applicative.
Il primo corto circuito argomentativo verte sull'evidente conflitto di interessi dei soggetti in posizione apicale, i quali nella loro duplice ed ambivalente posizione definiscono le sanzioni da applicare anche nei loro confronti. Un' enorme falla nel sistema disciplinare che crea un conflitto di interessi che sfocia in una discriminazione tra soggetti in posizione apicale e quelli in posizione non apicale, concretizzando un'inevitabile tutela differenziata. Occorrerà quindi parametrare e distinguere a seconda della posizione dell'incolpato all'interno della pianta organica dell'ente, rimettere ogni decisione all'organo assembleare e non a quello amministrativo e provare a garantire attraverso meccanismi di tutela differenziata l'indipendenza e la terzietà del giudizio evitando possibili conflitti di interesse[13].
È importante, quindi delineare all'interno del Modello 231 adottato da ciascun ente quali siano le funzioni e comunque i soggetti aziendali deputati a valutare e disporre in primis alle contestazioni ed in secundis ai provvedimenti disciplinari per le violazioni del Codice Etico e comunque del Modello 231.
Un ruolo importante potrebbe essere ricoperto dall'OdV, il cd. Organismo di Vigilanza, il quale essendo ontologicamente indipendente e non avendo la natura di organo sociale[14], può svolgere a pieno un potere di iniziativa nell'ottica del procedimento disciplinare in considerazione dei poteri attribuiti dalla legge ex art. 6 del D.lgs. 231/2001 che prevede autonomi poteri di iniziativa da conciliare necessariamente con l'iter procedurale della comminazione di una sanzione disciplinare.
La strada verso un sistema disciplinare efficace ed idoneo è ricca di difficoltà applicative: occorrerà preliminarmente allontanarsi dalla prassi che

tende a ripiegare su schemi di natura giuslavorista e colmare la lacuna attraverso interventi mirati che si discostino e non attingano dal diritto del lavoro in ragione della diversa ratio degli istituti disciplinari. Intervenire sui poteri di iniziativa dell'Organismo di Vigilanza e rimodulare il ruolo dei soggetti in posizione apicale, potrebbero essere i primi passi per delineare un procedimento disciplinare che sia quanto più idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel Modello Organizzativo 231.

1 Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 approvate il 7 marzo 2002 (aggiornate al marzo 2014), Parte Generale, pag. 50.

2 Trib. Milano, 20 settembre 2004 in Foro.it,2005; Trib. Bari, 18 aprile 2005 in www.rivista231.it.

3 Ordinanza Gip Trib. Napoli, 26 giugno 2007, in www.rivista231.it.

4 Tribunale Milano Ord., 20/09/2004, in FONTI, Corriere del Merito, 2005, 1, 85.

5 D. Piva, Il sistema disciplinare nel D.lgs. 231/2001: questo sconosciuto in Responsabilità amministrativa delle società e degli enti (La), 2013, n. 2, PLENUM, p. 90.

6 D. Piva., Il sistema disciplinare nel D.lgs. 231/2001: questo sconosciuto in Responsabilità amministrativa delle società e degli enti (La), 2013, n. 2, PLENUM, p. 92

7 Corte Costituzionale, sent. n. 220 del 1995

8 Cass. Civile n. 27911/2020; tra le altre Cass. Civile n. 3896/2019; 8910/2007.

9 T. Menduto, *D.Lgs. 231/2001: i modelli organizzativi e il sistema disciplinare in Punto Sicuro,* www.puntosicuro.it

10 Salonia – Petrucci- Taddeo, *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e sistema disciplinare in Dir. Prat. Lav. Inserto5/2005, XI.*

11 Esposito- Gaeta - Zoppoli, *Diritto del lavoro e sindacale, Giappichelli Editore, 2019, pag. 323.*

12 V. Drosi, *La disciplina del whistleblowing nei settori pubblico e privato* in in Giurisprudenza Penale Web, 2020, 9 – ISSN 2499-846X.

13 d. piva, Il sistema disicplinare nle D.Lgs. 231/2001: questo sconosciuto in Responsabilità amministrativa delle società e degli enti (La), 2013, n. 2, PLENUM, p. 99-100.

14 Trib. Milano, 8 agosto 2012, n. 9258.

10 Responsabilità degli enti e reati colposi: verso il tramonto dell' "interesse o vantaggio"?

di Roberta De Paolis

Abstract

La crisi epidemiologica che ha investito l'Europa pone le imprese dinanzi ad una più pregnante esigenza di verificare l'adeguatezza dei propri presidi in materia di salute e sicurezza sul lavoro. D'altro canto, la rinnovata attenzione dedicata al tema degli infortuni sul lavoro impone al giurista un'approfondita riflessione sugli stessi meccanismi di attribuzione all'ente della responsabilità prevista dal D.Lgs. 231/2001.

Le difficoltà circa la compatibilità tra il binomio "*interesse o vantaggio*" con la struttura delle fattispecie colpose rischiano di deviare dallo spirito per cui il D.Lgs. 231/2001 è stato introdotto: consegnare la sfida della prevenzione nelle mani delle stesse società chiamandole ad essere protagoniste e non mere spettatrici della *compliance* aziendale.

In questo frangente, il contributo mira ad immaginare un criterio alternativo di imputazione della responsabilità da reato che possa aderire omogeneamente alle fattispecie colpose e valorizzare il modello della *colpa specifica* di organizzazione di cui l'ente è chiamato a rispondere. La necessità di adottare un nuovo approccio nell'apprezzamento del tema della gestione del rischio in situazioni e strutture complesse verrà approfondita sviluppando tre piani tra loro variamente interconnessi: in prima istanza si procederà ad una analisi critica dell'"esistente", dopodiché si tenterà di filtrare il sistema domestico attraverso le lenti dell'esperienza francese e britannica, in ultimo si concluderà suggerendo un meccanismo imputativo che, superando le difficoltà riscontrate nelle soluzioni interpretative sinora suggerite da dottrina e giurisprudenza, possa rispondere in modo sistematicamente coerente alla necessità di fondare la responsabilità penale degli enti nell'ambito dei reati colposi.

The epidemiological crisis that hit Europe has called corporations to further assess the adequacy of their controls concerning health and security within the workplace. Such a renewed attention to the workplace safety requires a deep reflection on the mechanisms of charging responsibility to corporation as provided by Legislative Decree 231/2001. Indeed, the weaknesses regarding the difficult compatibility of the binomial "interest or advantage" with the culpable offences committed in violation of accident-prevention laws and laws regarding hygiene and health in the workplace risk to deviate from the spirit that originally inspired the Decree 231/2001: namely the objective of making companies protagonists of a compliance-based system of crime prevention.

Thereby, this paper aims to imagine an alternative criterion of indicting corporation which, on the one hand, could better adhere to culpable offences and, on the other hand, could enhance a responsibility paradigm specifically founded on the corporative organizational fault. The need to portray a new approach in the field of corporate risk management within complex situations will be deeply analyzed through the development of three interconnected levels: in the first instance, it will be carried out a critical analysis of the current domestic system, secondly, the Italian system will be filtered through the comparative lenses - by dealing with the French and British reforms on the matter - and, finally, it will be suggest an alternative paradigm for the Italian corporate responsibility system on culpable offences' field. More specifically, it will be conceived a mechanism able to both overcome the criticalities addressed so far by the interpretations given by doctrine and case law and to respond consistently to the corporative responsibility originally shaped by the legislator of the Decree 231/2001.

Sommario

1. Premessa. – **2.** Il criterio dell'interesse e del vantaggio: analisi critica dell'"esistente". – **3.** Parziali considerazioni conclusive. – **4.** La lente della comparazione. – **5.** Il modello *pour compte* dell'ordinamento francese. – **6.** Il *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act*. – **7.** Conclusioni.

1. Premessa.

L'emergenza sanitaria dovuta alla pandemia Covid-19 ha posto le imprese italiane dinanzi alla rinnovata necessità di verificare l'adeguatezza dei propri presidi in materia di salute e sicurezza sul lavoro, soprattutto alla luce dell'urgenza di fronteggiare un rischio biologico talmente inedito come quello causato dal virus. Difatti, laddove le misure volte a proteggere l'integrità psicofisica dei dipendenti non fossero idonee, la malattia ovvero il decesso dei lavoratori potrebbero integrare i reati di lesioni personali colpose (art. 590 c.p.) e di omicidio colposo (art. 589 c.p.), con la conseguenza di radicare, ai sensi dell'art. 25 *septies* del D. lgs. 231/2001, la responsabilità della società se da tali eventi si possa inferire un interesse o vantaggio per quest'ultima. Peraltro, il rischio per le persone giuridiche è tutt'altro che marginale, atteso che, al di là del danno reputazionale, è prevista una sanzione amministrativa pecuniaria che nel massimo può raggiungere la soglia di 1.549.000 Euro, oltre che a misure interdittive applicabili anche in via cautelare. Risulta dunque evidente come il contesto attuale, in tutta la sua straordinarietà, lasci riemergere con rinnovato vigore un "tema caldo" in ambito di responsabilità da reato degli enti - ossia il problematico meccanismo imputativo in caso di criminalità di natura colposa –da rendere oramai tanto inevitabile quanto imperativa un'approfondita riflessione volta a scorgere soluzioni capaci di tutelare le esigenze di salute dei lavoratori senza tuttavia pregiudicare l'obiettivo di garantire una certa continuità aziendale.

2. Il criterio dell'interesse e del vantaggio: analisi critica dell'"esistente".

Già all'indomani dell'entrata in vigore del D.lgs. 231/2001 il criterio della commissione dell'illecito nell'interesse o vantaggio dell'ente (art. 5) ha suscitato ampie discussioni circa la sua natura[1], tornando ad animare i dibattiti di dottrina e giurisprudenza in seguito all'ingresso dei delitti colposi di evento all'interno del catalogo dei reati presupposto. Più precisamente, il legislatore italiano ha dato attuazione alla legge delega 29 settembre 2000, n. 300[2], estendendo l'ambito applicativo della responsabilità da reato degli enti alla materia degli infortuni sul lavoro grazie all'introduzione dell'art. 25 *septies*[3], con la conseguenza di sollevare non pochi problemi interpretativi in ordine alla difficile compatibilità tra la non volontà dell'evento lesivo e la formula imperniata sul finalismo della condotta[4]. In altre parole, appare improbabile immaginare di poter commettere una lesione colposa o addirittura un omicidio nell'interesse della persona giuridica per assicurarle un vantaggio, perché, dal più cinico dei punti di vista[5], essi comporterebbero per l'ente perdite finanziarie non trascurabili in termini di spese processuali, risarcimento del danno, sanzioni pecuniarie, aumento dei premi assicurativi, oltre che un irrimediabile danno all'immagine. Inoltre, pur volendo ammettere la possibilità che le norme contravvenzionali a tutela della sicurezza e salute sul lavoro vengano violate con l'effettivo obiettivo di favorire l'ente, se ciò potrebbe dirsi immaginabile con riguardo alle condotte dei soggetti apicali – tendenzialmente più sensibili alle possibilità di risparmio dei costi destinati ad implementare sistemi efficaci di prevenzione – non è affatto pacifico ipotizzare la medesima recettività in capo ai sottoposti[6]. Tutto considerato, in un primo momento, si è dunque convenuto sull'irriducibilità concettuale tra il binomio "interesse-vantaggio" dell'ente e la natura colposa dei reati di omicidio e lesioni, impossibilità ontologica[7] tale da rendere inevitabile l'approdo ad una *interpretatio abrogans* dell'art. 5. Tuttavia, per evitare di giungere ad una conclusione che non solo avrebbe vanificato l'intervento originario del legislatore, ma soprattutto l'evidente volontà di quest'ultimo di mantenere l'impianto dell'art. 5 alla luce delle correzioni successive[8], la dottrina e la giurisprudenza hanno proposto varie opzioni ermeneutiche che "conservassero" la norma[9].

Di seguito si procederà ad una breve rassegna delle soluzioni individuate le quali, in prima approssimazione, confluiscono o nel filone maggioritario ovvero nell'alveo delle interpretazioni adeguatrici minori[10].

Da un primo punto di vista, viene in considerazione l'idea - dapprima avanzata dalla Relazione al d.lgs. 231 e poi condivisa dalla giurisprudenza - per cui la coppia "interesse-vantaggio" farebbe riferimento a due concetti differenti e tra loro alternativi: se l'interessa indica una finalità del reato verso un'utilità, la cui connotazione soggettiva va valutata

ex ante, il vantaggio postula invece un'acquisizione concreta la cui oggettività può essere apprezzata solamente *ex post*. A fronte di un simile assetto concettuale, l'orientamento in discorso propone di considerare solamente il criterio del vantaggio[11], tanto più laddove sembrerebbe che il legislatore l'abbia inserito proprio in vista della futura introduzione dei reati colposi, per i quali esso assumerebbe un ruolo caratteristico[12]. In buona sostanza, l'interprete dovrebbe verificare se l'ente abbia guadagnato un effettivo beneficio, in termini di risparmio di costi o di tempi nel processo produttivo, in seguito alla violazione della regola cautelare dalla quale è derivato l'evento lesivo[13]. Una simile impostazione ha riscontrato criticità per almeno tre fattori: sembrerebbe, per un verso, che il criterio dell'interesse venga interpretato alla stregua del dolo specifico, così aderendo esclusivamente alla sfera soggettiva dell'agente e non, come vorrebbe il dato normativo, all'ente[14]; per altro verso, tale orientamento renderebbe inapplicabile ai reati colposi l'ultimo comma dell'art. 5 (*L'ente non risponde se le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi*)[15]; infine, una simile concezione permetterebbe di attribuire la responsabilità dell'ente anche nelle ipotesi in cui il vantaggio fosse un mero effetto fortuito della condotta[16].

Secondo una diversa impostazione, il binomio interesse-vantaggio esprimerebbe un'endiadi, vale a dire un significato unitario riconducibile al requisito "stabile e pregnante" di interesse[17]. Pertanto, anche l'interesse deve trovare una spiegazione in termini oggettivi, cioè in riconoscibile connessione alla condotta dell'autore del reato[18]: in altre parole, l'interesse dovrebbe rinvenirsi non tanto nell'atteggiamento finalistico dell'autore individuale, nemmeno negli eventi lesivi (poiché necessariamente non voluti), quanto piuttosto con riferimento alla condotta tenuta dalla persona fisica nello svolgimento dei suoi compiti all'interno dell'ente[19]. Ad avviso dei suoi sostenitori, una simile interpretazione non solo è confermata dalla circostanza per cui i reati colposi concentrano il disvalore nella violazione della norma cautelare da cui deriva l'evento lesivo[20], ma altresì dal caso di specie, ove è impensabile, come già accennato in precedente, che eventi quali la morte, la malattia professionale, lesioni gravi o gravissime possano essere realizzati perseguendo l'interesse o il vantaggio dell'ente. Peraltro, la stessa espressione utilizzata dal legislatore ("hanno agito") rifletterebbe l'intenzione di riferire il criterio d'imputazione alla condotta dell'autore, coerentemente al fatto che la disciplina dettata possiede carattere generale e non può pertanto assumere connotazione prettamente psicologica[21]. Nonostante tale impostazione abbia registrato ampio accoglimento in giurisprudenza[22], non se ne possono sottacere le valutazioni critiche a cui è stata sottoposta. Taluni hanno evidenziato che riferire l'interesse alla condotta – ossia all'attività d'impresa svolta- piuttosto che al reato, finisce per degradare l'evento a condizione obiettiva di punibilità[23]; ignorando peraltro che la condotta colposa antidoverosa sarebbe già punita con una contravvenzione, mentre l'articolo 25-*septies* letto in combinato con l'art. 5 comma 1 si riferisce testualmente ai reati colposi d'evento[24]. Nondimeno, a conferma del rischio di ricadere in un'ascrizione tendenzialmente oggettiva dell'evento, vi è il fatto che nell'alveo di qualsiasi attività d'impresa è sempre agevolmente riscontrabile un qualche *interesse*[25]. In ultimo, tale ricostruzione teorica rischia di alterare in modo arbitrario l'unitarietà della nozione di interesse a seconda che si tratti di reati dolosi ovvero colposi di evento: in un caso, esso verrebbe riferito al reato nella sua interezza, nell'altro, invece, esclusivamente all'attività di impresa nell'ambito della quale il reato è stato commesso[26]. Da questo ultimo punto di vista, vi è da evidenziare che dalla lettura di alcune norme del D.lgs. 231/2001[27] si rileva chiaramente la volontà del legislatore di distinguere concettualmente l'interesse dal vantaggio, ancorché quest'ultimo *giuoca un ruolo sostanzialmente comprimario* all'interesse[28].

Sul piano delle interpretazioni adeguatrici minori emergono invece le letture che fanno leva sulla distinzione tra interesse *immediato* e interesse *mediato* ovvero quelle che si concentrano sul discrimine tra colpa *cosciente* e colpa *incosciente*. Dal primo punto di vista, è bene chiarire che per interesse *immediato* si intende quella finalizzazione della condotta direttamente rivolta a favorire l'ente (ipotesi di facile individuazione nei delitti dolosi), mentre per interesse *mediato* ci si riferisce ad un reato compiuto *in occasione* dello svolgimento di un'attività lecita, ancorché finalizzata anch'essa a perseguire il medesimo interesse[29]. Pertanto, alla luce di una simile concezione, nei reati colposi risulta apprezzabile l'interesse esclusivamente nella sua forma mediata, laddove è solo l'attività d'impresa entro cui viene commesso l'illecito ad essere immediatamente rivolta all'interesse dell'ente[30]. Una simile opzione ermeneutica è talmente affine alla concezione oggettiva dell'interesse - quale atteggiamento non meramente psicologico ma di oggettiva finalizzazione della condotta - da non ravvisarne alcuna effettiva differenza.

La seconda delle impostazioni, radicandosi viceversa sull'interesse in senso soggettivo, finirebbe per sottrarre qualsiasi rilevanza a condotte sprovviste

di atteggiamento finalistico, ossia quelle connotate da colpa incosciente dell'agente il quale ignora di violare le norme cautelari[31]. In buona sostanza, a detta di tale orientamento, è solo nei casi di colpa cosciente che si rinverrebbe quell'interesse strutturalmente compatibile con la condotta che integra l'illecito colposo[32], nella misura in cui l'agente, ancorché consapevole di violare norme cautelari e della possibilità che si realizzi l'evento come conseguenza della sua condotta, ne esclude l'esito dannoso sottovalutando la pericolosità della situazione.

Tuttavia, la riflessione che fa della *coscienza* dell'agente l'elemento di discrimine per determinare la responsabilità dell'ente sconta un doppio vizio radicale: non solo l'accertamento dell'interesse verrebbe riferito esclusivamente al soggetto persona fisica che ha posto in essere la condotta materiale, ma finirebbe altresì per ridurre eccessivamente il campo di applicazione dell'articolo 25-*septies*, attesa l'automatica esclusione della responsabilità nei casi in cui la violazione della regola cautelare, benché tenuta nell'interesse dell'ente, risulti comunque inconsapevole. A titolo esemplificativo, secondo quest'ultima impostazione l'ente non sarebbe ritenuto responsabile nel caso in cui un datore di lavoro, affiancato da consulenti selezionati in modo tale da ridurre i costi, non adotti le misure necessarie a causa di un'inadeguata individuazione delle fonti di rischio attuata in sede di redazione del piano di valutazione[33]. Peraltro, in ipotesi di questo tipo, parrebbe più convincente supporre che la scelta consapevole di un sistema meno costoso sia più prossimo al dolo eventuale piuttosto che alla colpa con previsione.[34] Infine, vi è da notare che la distinzione tra colpa cosciente e colpa incosciente non ha trovato riscontro sul piano della prassi giudiziaria, laddove nella maggior parte dei casi la contestazione dell'elemento psicologico prescinde dal riferimento a coefficienti psicologici effettivi[35].

3. Parziali considerazioni conclusive.

La breve panoramica appena conclusa suggerisce che per non precipitare in una *interpretatio abrogans* ovvero in soluzioni di analogia *in malam partem*, l'unico espediente praticabile per conciliare l'interesse ed il vantaggio con la natura dei reati colposi sarebbe quello di riferire il binomio in oggetto alla sola condotta antidoverosa. Più nello specifico, si fa riferimento alla ricostruzione del criterio dell'interesse in senso oggettivo, nella misura in cui esso sembrerebbe arginare il rischio di una concreta inoperatività della nuova disposizione. Tuttavia, anche siffatta opzione, seppur preferibile rispetto al ventaglio di prospettive avanzate, si espone ad inconvenienti di non poco momento sul piano della sostenibilità sistematica: essa finisce per subordinare la responsabilità dell'ente alla mera violazione della norma cautelare, con la conseguenza di ritenere sempre sussistente il requisito dell'interesse poiché, di solito, l'inosservanza della norma di prevenzione viene commessa nell'ambito dello svolgimento dell'attività di impresa[36]. In altre parole, emergono quelle "slabbrature"[37] verso la responsabilità oggettiva che connotano l'opera della giurisprudenza in materia di responsabilità colposa all'interno delle imprese, la quale, a dispetto di un sistema di vera e propria ipertipizzazione della colpa[38], finisce con il recuperare profili di colpa generica ogniqualvolta non è possibile contestare la colpa specifica[39]. Parimenti, si registrano frizioni coi principi di legalità e colpevolezza in quanto l'applicazione del criterio dell'interesse in senso oggettivo porterebbe l'ente ad essere punito per la *condotta* antidoverosa e non, come previsto dall'art. 25 *septies*, per il delitto colposo di evento. Si assiste così alla vanificazione del rimprovero all'ente originariamente concepito dal legislatore, vale a dire quella colpa intesa come indifferenza (*no care*) per gli interessi potenzialmente pregiudicabili la quale, tanto nei reati presupposto di natura dolosa che in quelli di natura colposa, è capace di fagocitare il *fatto*[40].

Alla luce di ciò, si ripropone quell'irriducibile alternativa tra la disapplicazione dell'art. 25-*septies* e l'attribuzione a titolo di responsabilità oggettiva degli illeciti in esso previsti, sollevando la necessità di procedere ad una riformulazione del testo della norma con il fine di risolvere le difficoltà applicative sinora prospettate. In particolare, le strade suggerite si potrebbero compendiare in due principali filoni: da un lato, vi è chi ha proposto di riformulare il criterio dell'interesse in modo tale da contestare l'illecito all'ente solo laddove la condotta sia idonea a procurargli un beneficio[41]; per altro verso, se ne auspica un'eliminazione richiedendo unicamente che il reato sia commesso nell'esercizio dell'attività rischiosa caratteristica dell'ente[42]. Un'ulteriore opzione, sicuramente ricompresa nella tendenza di chi ne suggerisce l'eliminazione, è quella di adottare una clausola più ampia simile a quella prevista dal sistema francese, vale a dire quel meccanismo che ritiene l'ente penalmente responsabile del fatto illecito commesso dall'organo o rappresentante che agisce in nome o nell'interesse della società (*pour compte*). Tuttavia, il mero trapianto della soluzione francese abiliterebbe l'ingresso ad una formula onnivora capace di adattarsi con eccessiva elasticità alla particolare natura del reato o dell'interesse

perseguito, lasciando alla discrezionalità del giudice la corretta delimitazione del rimprovero dell'ente[43], con la conseguenza di ridimensionare fino ad annullare le possibilità di difesa da parte di quest'ultimo[44].

4. La lente della comparazione.

La difficile compatibilità tra il binomio interesse-vantaggio ed i reati colposi ha comportato un considerevole sforzo interpretativo al fine di non sconfessare la volontà del legislatore del 2001. Eppure, come ben si è potuto notare, ogni tentativo volto alla conservazione della norma cela delle pericolose derive che rischiano di pregiudicare il sistema della colpevolezza dell'ente così come originariamente concepito. In buona sostanza, sembra che qualsiasi soluzione penda irrimediabilmente tra l'*interpretatio abrogans* e l'attribuzione a titolo di responsabilità oggettiva degli illeciti previsti nell'art. 25-*septies*. Di seguito si tenterà dunque di filtrare le proposte sinora contemplate nell'ordinamento italiano attraverso la lente comparatistica, chiamando in causa le opzioni adottate in materia dall'ordinamento francese e da quello britannico. Difatti, se da una parte il criterio francese del "*pour compte*" potrebbe richiamare la nostrana combinazione dell'interesse e vantaggio, per altro verso è consueto il riferimento all'assonanza concettuale ed alla contiguità teorica[45] che sembrano vigere fra le soluzioni individuate nell'ordinamento inglese e quelle domestiche. In definitiva, il confronto offerto dallo strumento comparatistico, lungi dall'aprire ad un mero trapianto delle soluzioni straniere, schiude piuttosto ad una prospettiva che, sfuggendo al rischio di cadere verso forme mascherate di responsabilità oggettiva, sia maggiormente in linea con una colpa (specifica) di organizzazione, così come immaginata nello spirito originario del Decreto 231/2001.

5. Il modello *pour compte* dell'ordinamento francese.

La Francia rappresenta il Paese europeo precursore della responsabilità penale degli enti[46], ergendosi per lungo tempo a campione emblematico delle eterogenee problematiche potenzialmente ravvisabili una volta spezzato il tradizionale binomio tra individualità e colpevolezza. Con l'introduzione della *Loi Perben II*, l'ordinamento francese ha elevato il paradigma della cosiddetta "responsabilità conseguente per rappresentanza" quale autonomo e generale criterio d'imputazione della responsabilità penale delle persone giuridiche[47], costruendo così un sofisticato meccanismo di concorrenza di responsabilità: l'addebito mosso agli enti si fonda su di una presunzione di commissione del reato da parte della persona fisica individuata astrattamente dalla legge in base al collegamento teleologico del reato con la condotta, da cui deriva a sua volta la presunzione di colpevolezza. Inoltre, in seguito all'introduzione della legge 10 luglio 2000 n. 647[48], si è inciso sulla struttura del reato colposo prevedendo, per un verso, una commistione tra il profilo della casualità e quello della colpevolezza, per altro, l'esclusione della perseguibilità delle persone fisiche nei reati colposi non causalmente connotati. Più nello specifico, il sistema così sommariamente tratteggiato si modella su due fondamentali disposizioni – gli artt. 121-2, comma 1 e 3 e 121-3 comma 4 del codice penale – i quali stabiliscono rispettivamente il principio del cumulo delle responsabilità tra persone giuridiche e persone fisiche (1° «Le persone giuridiche, ad esclusione dello Stato, sono penalmente responsabili [...] dei reati commessi, per loro conto, dai loro organi o *rappresentanti». 3° «La responsabilità penale delle persone giuridiche non esclude quella delle persone fisiche autrici o complici dei medesimi fatti, fatto salvo il disposto del 4° comma dell'articolo 121-3»*) e l'elemento soggettivo richiesto ai fini del reato, descrivendo altresì un regime di imputazione peculiare per i reati colposi commessi da una persona fisica *(comma 4° «Nei casi previsti dal comma precedente [i.e. reati colposi], le persone fisiche che non hanno causato direttamente il danno, ma che hanno creato o contribuito a creare la situazione che ha permesso la realizzazione dello stesso o che non hanno preso le misure idonee a permettere di evitarlo, sono penalmente responsabili se è stabilito che esse hanno violato in modo manifestamente deliberato una specifica obbligazione di prudenza o di sicurezza prevista dalla legge o dal regolamento, ovvero che hanno commesso una colpa qualificata che abbia esposto altri ad un rischio di particolare gravità che esse non potevano ignorare»).* Da ciò che si può desumere dalla semplice lettura degli articoli in oggetto, la Francia ha stabilito un criterio di imputazione consistente nella commissione di un reato per conto della persona giuridica e nell'esistenza di un legame qualificato tra l'autore del fatto criminoso e l'ente, alla stregua di un rapporto di rappresentanza o di appartenenza ad un organo. In primo luogo, la norma contempla i soggetti apicali in quanto considerati i soli capaci di esprimere l'azione politica e le scelte organizzative della *personne morale*, includendo così non solo gli organi individuabili dalle norme di diritto civile e

commerciale, ma altresì tutti quei soggetti in grado di manifestare la volontà della persona giuridica nei rapporti con i terzi. Il secondo elemento necessario affinché si possa attribuire la responsabilità penale all'ente consiste invece nella commissione da parte della persona fisica di un reato per conto (*pour compte*) della persona giuridica. Una formula talmente flessibile è stata variamente interpretata dalla dottrina attraverso una lettura restrittiva - che impone la produzione di un effettivo beneficio all'ente in conseguenza al reato[49] - ovvero per il tramite di una interpretazione estensiva che ritiene soddisfatto il criterio in discorso in tutti i casi in cui il reato sia stato realizzato nell'esercizio delle attività proprie dell'ente[50]. Più nello specifico, la concezione estensiva apre alla possibilità di chiamare l'ente a rispondere penalmente ogni qualvolta la sua organizzazione o struttura abbiano permesso o facilitato la commissione del fatto di reato: sembrerebbe che il requisito del *pour compte* implichi un mero nesso di pertinenza - alla stregua di un rapporto di "non estraneità"[51]- tra l'attività entro la quale è stato commesso il reato e l'organizzazione della persona giuridica, con la conseguenza di un eccessivo allentamento del legame oggettivo tra quest'ultima ed il fatto criminoso. In ultimo, per ritenere fondata la responsabilità dell'ente occorre verificare che sussistano gli elementi soggettivi in capo all'autore del reato, conformemente alla lettura del combinato disposto dell'art. 121-2 c.p e 121-3 c.p. In buona sostanza, dato che l'art. 121-2 c.p. non prevede un autonomo criterio soggettivo di imputazione, si dovrà far riferimento al dettato dell'art.121-3 c.p. il quale richiede la sussistenza dell'elemento psicologico (*Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre*) affinché un reato possa dirsi integrato e coinvolgere, successivamente, la persona giuridica. In definitiva, l'integrazione di un fatto tipico, antigiuridico e colpevole dell'organo o rappresentante commesso *pour compte* dell'ente giustificherebbe il rimprovero in capo alla persona giuridica stessa: per un verso, la rappresentanza agisce come elemento di congiunzione dei due soggetti presenti nel medesimo reato, per altro, la colpevolezza giustifica il passaggio di responsabilità dalla persona fisica a quella giuridica[52]. In altri termini, la persona fisica e la sua condotta penalmente rilevante fungerebbero da intermediari nella dinamica dell'imputazione alla persona giuridica[53]. È dunque alla luce di un simile quadro che si comprende perché la responsabilità delle *personnes morales* è stata definita *par ricochet*, nel senso che il rimprovero per il reato commesso dalla persona fisica *rimbalza* sulla persona giuridica senza che questo comporti una duplicazione di illeciti. Tuttavia, il tempo ha dimostrato come una simile impostazione fosse inadeguata alle modalità con cui si sono sviluppati i moderni operatori economici, i quali hanno progressivamente abbandonato i tradizionali schemi gerarchico-piramidali per privilegiare strutture plurisoggettive, decentralizzate e frammentate rispetto a compiti e funzioni. Difatti, una simile specializzazione e suddivisione degli incarichi tende a rendere sempre più sfumata la possibilità di identificare gli effettivi soggetti il cui contributo ha casualmente comportato la realizzazione dell'illecito, nonché di rintracciare il coefficiente di colpevolezza necessario affinché si possa configurare il meccanismo *par ricochet*. Tutto considerato, risulta chiaro che vincolare la responsabilità dell'ente all'identificazione ed alla colpevolezza dell'autore del fatto avrebbe rischiato di compromettere l'efficacia della disciplina, motivo per cui la giurisprudenza ha provveduto ad adottare un'interpretazione tale da allentare considerevolmente il paradigma della responsabilità da *rimbalzo*. Si è dunque consolidata l'idea per cui non fosse necessaria l'individuazione nominativa dell'autore del reato laddove, viceversa, si è ritenuto che è *comunque* possibile dedurre dalle circostanze che il fatto sia stato commesso da un organo o rappresentante dell'ente a causa della mancata osservanza di regole cautelari[54]. Inoltre, la giurisprudenza è altresì giunta ad ammettere l'imputazione diretta del reato alla persona giuridica ogni qualvolta risulti che l'ente abbia consentito la commissione del fatto con la propria organizzazione[55]. È proprio in seno a questi orientamenti giurisprudenziali che la responsabilità della persona giuridica ha progressivamente perso quella struttura unitaria originariamente prevista dal codice penale, lasciando così emergere un modello in cui l'ente risponde per una sua propria colpevolezza e non più per una colpevolezza *di rimbalzo* a quella della persona fisica[56]. D'altro canto, una deroga espressa al modello *par ricochet* è stata attuata tramite l'introduzione di un quarto comma all'art. 121-3 c. pen.[57], in forza del quale, nei casi di delitti colposi, la persona fisica risponde esclusivamente in seguito a condotte caratterizzate da colpa qualificata, avendo esposto terzi ad un rischio di particolare gravità che non poteva essere ignorato. Più nello specifico, se tra l'evento dannoso e la condotta colposa vi è un legame causale diretto, allora la persona fisica risponde per colpa semplice, viceversa, a fronte di un legame causale indiretto, solamente per colpa qualificata. La norma è stata originariamente pensata con lo scopo di eliminare quella

presunzione di responsabilità penale che sovente grava in capo ai dirigenti per reati di cui gli stessi talora ignorano l'esistenza[58], valorizzando la consapevolezza per cui altrettanto di frequente è l'ente il vero motore dell'azione delittuosa e beneficiario dei proventi da essa derivanti. In buona sostanza, nel richiedere che le persone fisiche non direttamente responsabili del danno rispondano di una colpa qualificata[59], l'art. 121-3 ha creato un'area di irrilevanza penale rispetto a tutte quelle condotte caratterizzate da colpa semplice, circostanza non estesa, viceversa, alle persone giuridiche. Così, in seguito all'opera interpretativa della giurisprudenza ed alla riforma legislativa del 2000, nell'ordinamento francese si è configurata una responsabilità diretta della persona giuridica che, oltre ad essere radicata in un'imprudenza o negligenza, si fonda sulla constatazione di un difetto di organizzazione globale dell'impresa, una colpa diffusa[60] - poiché non può essere attribuita ad una persona fisica in particolare – ed oggettiva, in quanto sul piano probatorio la constatazione del "difetto" colpevole si stabilisce *ipso facto* attraverso l'imprudenza[61]. In definitiva, si potrebbe concludere dicendo che l'ordinamento francese si focalizza su due specifiche modalità di attribuzione della responsabilità penale all'ente, entrambe connotate da un certo grado di oggettività per quanto riguarda la posizione della persona giuridica: sinteticamente, le persone giuridiche sono responsabili penalmente in ordine al reato commesso dai loro organi o rappresentanti ovvero in considerazione di una disfunzione complessiva della loro organizzazione rispetto alla quale l'accertamento della negligenza individuale si riduce a mero parametro indiziario. Quest'ultimo criterio di imputazione si è imposto come principio nei casi di violazione alle normative antinfortunistiche e nell'ambito dei reati inerenti la sicurezza sul lavoro laddove, soprattutto nei casi di omicidio e lesioni colpose, risulta particolarmente difficoltoso individuare il singolo responsabile a fronte della complessità dei fattori causali e dell'estrema frammentazione del potere decisionale. Peraltro, la giurisprudenza ha adottato una simile "presunzione di commissione"[62] anche nei casi di difettosità di un prodotto, vale a dire laddove la responsabilità dell'ente si paleserebbe per il tramite di un difetto colpevole nella progettazione del prodotto stesso[63]. In definitiva, i giudici francesi, rispetto alla verificazione di un evento pregiudizievole del lavoratore ovvero nelle ipotesi di incremento della precarietà del luogo di lavoro derivante dal mancato rispetto delle norme in materia di igiene e sicurezza, traggono dal fatto storico dell'infortunio la conseguenza automatica che esso derivi dalla disfunzione complessiva dell'ente, senza procedere ad indagare se esso sia causalmente connesso a tale colpa di organizzazione, né se dipenda da circostanze fortuite ed idonee ad interrompere il legame eziologico[64].

6. Il *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act.*

Nonostante l'appartenenza a due sistemi giuridici profondamente diversi, l'ordinamento italiano e quello del Regno Unito sembrano condividere, almeno in parte, lo stesso modo di concepire la responsabilità delle persone giuridiche, atteso che entrambi disciplinano e sanzionano quella condotta degli enti che si traduce nella commissione di specifici reati per effetto di un'inosservanza del proprio paradigma organizzativo. Più nello specifico, se in Italia un simile meccanismo è contemplato con riferimento a determinati reati-presupposto, al di là del Canale ciò avviene esclusivamente rispetto ad un unico evento-presupposto, coincidente con il danno più grave che può essere immaginato per una persona fisica – ossia la perdita della vita- quale riflesso della condotta dell'ente. Pertanto, viene in considerazione la disciplina introdotta nel 2007 dal Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act (CMCHA), il quale ha configurato un modello di responsabilità per cui, qualora le attività di gestione ed organizzazione dell'ente si traducano in una grave violazione del dovere di diligenza ad esso riconducibile, l'ente medesimo viene chiamato a rispondere dell'evento morte causalmente legato alla violazione. Con questa riforma il Regno Unito si è fornito di un criterio di imputazione autonomo fondato sul difetto organizzativo, aderendo così alla logica della colpa di organizzazione in forza della quale l'ente è rimproverabile sulla base di una propria colpevolezza. Con l'introduzione della fattispecie del *corporate killing* si è dunque segnata una nuova strada nel percorso evolutivo britannico della responsabilità degli enti, aprendo ad un paradigma ulteriore rispetto ai due tradizionali modelli della responsabilità vicaria e della teoria dell'identificazione. Difatti, l'Inghilterra ha scardinato il principio *societas delinquere non potest* attraverso l'utilizzo del principio *respondeat superior*[65] elaborato nell'ambito della *tort law*, secondo cui il superiore (in questo caso la persona giuridica) risponde degli atti dei propri sottoposti (i dipendenti dell'ente)[66]. Tuttavia, una simile responsabilità vicaria è stata concepita solo con riferimento ai reati connotati da responsabilità oggettiva (*strict liability*), per la maggior parte

definiti in sede legislativa (e per questo denominati *statutory offences*)[67]. Di conseguenza, a fronte della necessità di estendere la responsabilità delle persone giuridiche anche ai reati più gravi - ossia quelli in cui è necessaria la sussistenza della *mens rea* - le corti inglesi, convenendo sulla radicale inidoneità della responsabilità vicaria e sulla necessità di superare le resistenze teoriche legate al principio di colpevolezza, hanno configurato il meccanismo del cosiddetto *identification test*: l'ente risponderebbe solo se il reato è stato realizzato da chi possiede effettivamente un potere organizzativo e di rappresentanza, vale a dire *an agent who is really the very ego and centre of corporation*[68]. In buona sostanza, si tratta della rielaborazione dottrinale dell'*alter ego* (anch'essa originariamente appartenente alla *law of torts*[69]) in forza della quale, nella sua nuova declinazione, la *corporation* si identificherebbe pienamente nel comportamento dei suoi dirigenti, rispondendo cioè in modo immediato e diretto dello stato mentale (la *controlling mind*) dei suoi dirigenti (*senior officers*)[70]. In questo frangente, la svolta nell'elaborazione della dogmatica attinente al tema della responsabilità penale degli enti è avvenuta grazie a tre fondamentali sentenze[71], in seguito alle quali non solo sono stati definiti i contorni della responsabilità diretta delle persone giuridiche, ma si è soprattutto attuata una chiara distinzione tra il meccanismo della *vicarious liability* – destinata alle *strict liability offences*- ed il criterio dell'*identification*, necessario per le fattispecie che richiedono la *mens rea*[72]. Ciononostante, è solo con il paradigmatico caso *Tesco Supermarkets Ltd v. Nattrass*[73] che le Corti inglesi hanno fornito delle vere e proprie linee guida in merito alla dottrina dell'identificazione, sancendo il principio per cui la persona giuridica non può essere condannata per un reato commesso da soggetti posti in posizione di mera subordinazione, sprovvisti cioè del potere di rappresentare la *directing mind and will* dell'ente[74]. Nel caso di specie, la società Tesco venne rinviata a giudizio per il reato di frode commesso in violazione del *Trade Description Act 1968* a causa della condotta del commesso di uno dei supermercati della catena il quale, nel mettere in ordine gli scaffali, aveva lasciato dei pacchi di detersivo con prezzi al valore di mercato anziché a quello scontato, omettendo di informare il *manager* del negozio che, a sua volta, non aveva notato la differenza di prezzo. In particolare, la società era chiamata a rispondere di un reato rientrante nelle fattispecie cosiddette "ibride", ossia quelle peculiari forme di *statutary offences* nelle quali il pubblico ministero non deve provare l'elemento soggettivo ma all'imputato viene concessa la possibilità, per il tramite dell'inversione dell'onere della prova, di dimostrare di aver usato tutta la diligenza necessaria per scongiurare la produzione dell'evento dannoso[75]. Tuttavia, le argomentazioni dei difensori della società Tesco non si limitarono a dimostrare la sussistenza della diligenza richiesta, ma si spinsero sino a sostenere che, attesa l'impossibilità di identificare lo *store manager* con l'intera società, quest'ultima sarebbe stata automaticamente esclusa da qualsiasi profilo di responsabilità. I giudici appoggiarono un simile orientamento, segnando così un precedente di estrema rilevanza in materia di responsabilità penale delle *corporations*. Un approdo siffatto, nonostante la sua aderenza al principio di colpevolezza, rischiava nondimeno di rendere l'*identification theory* una forma di responsabilità (mascherata) "per fatto altrui" prossima alla responsabilità vicaria, da cui si differenziava solo con riferimento all'ampiezza del novero dei soggetti che possono impegnare la responsabilità penale dell'ente[76]. In altre parole, quest'ultimo paradigma rimaneva legato all'individuazione concreta delle persone fisiche, aprendo a rilevanti disfunzioni applicative[77]: soprattutto nei casi di enti di grande dimensione, l'identificazione dell'autore materiale del fatto di reato veniva irrimediabilmente ostacolata dall'articolata suddivisione dei compiti e delle competenze[78]. Un *deficit* siffatto emerse nei tribunali inglesi nel 1991 proprio in un caso di omicidio colposo, laddove la società P&O European Ferries[79] venne implicata in un'inchiesta da parte del Ministero dei trasporti in seguito al capovolgimento del battello Herald of Free Enterprise ed alla morte di 188 persone. Nonostante si accertò che al momento della partenza il responsabile della chiusura dei portelloni stava dormendo in cabina, i giudici conclusero che la responsabilità per l'accaduto si collocava invero su vari livelli entro i quali tutti coloro coinvolti nella gestione erano singolarmente responsabili di errori[80]. In altre parole, a detta dei giudici, l'elemento soggettivo dell'omicidio non poteva rilevare dall'aggregazione di molteplici carenze organizzative né la prova di un'azione connotata da grave negligenza poteva essere ricostruita unendo le azioni di diversi soggetti[81]. In conclusione, la società non venne condannata poiché non poteva essere rimproverabile né in ragione della *vicarious liability*, né in forza dell'*identification theory*. Fu proprio in seno alla consapevolezza delle carenze della dottrina dell'*identification* combinata ad una massiccia serie di decessi e infortuni sui luoghi di lavoro[82] che venne maturata l'idea per cui anche le società potessero essere responsabili di *manslaughter*. Di conseguenza, il legislatore britannico ha proceduto

a tipizzare la fattispecie di *corporate killing*[83] in virtù della quale si attribuisce la responsabilità di un delitto cosiddetto naturale – *mala in se* – ad un soggetto artificiale - la persona giuridica- in base a processi di imputazione scanditi da normative tecniche e regole precauzionali da cui emergeva una nuova forma di colpevolezza, l'*organisation fault.* In altri termini, con il *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act* del 2007 fece ingresso nell'ordinamento britannico una nuova fattispecie capace di determinare la responsabilità di una persona giuridica su di una *base più ampia, fornendo un mezzo più efficace per individuarne la colpevolezza per gravi mancanze gestionali in tutta l'organizzazione*[84].

I tratti essenziali del nuovo reato di *corporate manslaughter* si rinvengono nella Sec. 1(1)[85] e (3)[86], dal cui combinato disposto si desume che una persona giuridica è responsabile del reato di omicidio colposo se, sussistendo in capo ad essa specifici doveri di diligenza nei confronti della vittima, questi vengono violati dal modo in cui le attività sono gestite od organizzate dai soggetti apicali. In altri termini, affinché possa muoversi un rimprovero all'ente, è necessario appurare che questo avesse un dovere di diligenza nei confronti della persona deceduta, che le attività sono stata gestite o organizzate in modo tale da causare l'evento morte e la violazione grave del relativo dovere di diligenza (*gross breach*). Infine, è altresì da verificare se le modalità in cui sono state esercitate le suddette attività riguardano il *senior management* e se queste costituiscano un elemento sostanziale nella violazione. Dal primo punto di vista, per dovere di diligenza (*duty care*) si intende *an obbligation that an organisations had to take reasonable steps to protect a person safety*[87] individuabile tramite uno schema elaborato nel 1990[88] che sancisce la necessità di soddisfare tre requisiti: la prevedibilità del danno (*foreseeability of harm*), la relazione di prossimità tra il soggetto gravato e quello tutelato (*neighbour test*) e la verifica circa giustizia, equità e ragionevolezza del dovere in questione. Alla stregua di simili indicazioni, il CMCHA ha individuato le categorie di soggetti nei confronti dei quali le persone giuridiche hanno doveri di diligenza: in primo luogo vengono in considerazione i dipendenti[89] e tutti coloro che lavorano o prestano servizi presso l'ente[90], dopodiché tutti i soggetti che svolgono attività tali da non poter non immaginare una connessione sostanziale con la *corporation*[91], infine le persone poste in stato di custodia[92]. A questa serie di obblighi di diligenza si aggiungono delle specifiche esenzioni, le quali garantiscono l'esclusione totale (*comprehensive expemtions*)[93] dell'applicazione della disciplina ovvero solo parziale, cioè con riferimento a specifiche fattispecie[94] (*partial exemptions*)[95]. Una volta verificata l'esistenza di un *duty of care* in capo all'ente, occorre dunque accertare che vi sia stata una *gross breach*, ossia una violazione grave del dovere di diligenza che ricorre ogniqualvolta tale dovere viene adempiuto in una misura che si colloca al di sotto di ciò che può ragionevolmente attendersi dall'ente in circostanze analoghe[96]. Difatti, non tutte le violazioni del dovere di diligenza sono sufficienti a fondare la rimproverabilità dell'ente[97], ma solo quelle che denotano che l'ente sia stato inadempiente nel conformarsi alla legislazione sulla salute e sulla sicurezza relativa alla violazione, trattandosi di un serio inadempimento dovuto ad un'insufficiente valutazione del rischio di morte[98]. Più nello specifico, affinché la fattispecie complessa di *corporate killing* si perfezioni, è necessario non solo che vi sia un nesso di causalità tra il modo in cui le attività sono gestite e organizzate dal *senior management* e la morte di un uomo, ma soprattutto che siffatte modalità rappresentino un elemento sostanziale nella violazione. Per quanto riguarda il nesso di causalità, è bene chiarire che non è necessario che le attività del soggetto apicale rappresentino l'unica causa del decesso, bastando invero che questa contribuisca, ancorché eventualmente, alla realizzazione dell'evento lesivo; d'altro canto, con riferimento alla prova della "sostanzialità" delle attività, viene in considerazione il cosiddetto test del *senior manager failure*, vale a dire quella valutazione circa il ruolo o la funzione del soggetto persona fisica. In questo frangente, è bene notare che il CMCH ha attuato un'inversione di marcia rispetto all'arresto giurisprudenziale del caso P&O, nella misura in cui ha contemplato la possibilità di radicare la responsabilità dell'ente nell'inosservanza collettiva di più *managers* che agiscono congiuntamente[99]; in altre parole, l'indicazione formale del singolo apicale non si traduce nella necessità di individuare il singolo *manager*, poiché il CMCHA rende possibile l'aggregazione delle azioni e delle responsabilità degli individui fino a quel momento osteggiata dalla giurisprudenza[100]. È proprio alla luce di questi ultimi elementi che emergono le principali criticità del modello britannico: se per un lato è stata registrata una certa prossimità tra il concetto di *management failure* e la *directing mind and will* della teoria dell'identificazione, d'altro canto, la disciplina così predisposta si presta a numerose elusioni attraverso l'affidamento della gestione e organizzazione delle attività attinenti alla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro a soggetti *non-senior manager*[101]. In definitiva, nonostante il

Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act sia considerato nel panorama comparatistico tra le più raffinate tecniche di elaborazione della responsabilità penale della persona giuridica, si deve rilevare come tale opzione non sia riuscita ad emanciparsi del tutto da una concezione individualistico-organicistica, cadendo nella contraddizione di non poco conto per cui, *ancorché non sia necessario l'accertamento della responsabilità penale individuale, la responsabilità dell'ente potrebbe essere confusa con la condotta dei singoli senior managers*[102]; né il principio di aggregazione è riuscito a superare una simile incoerenza, atteso che, in termini strettamente naturalistici, la "conoscenza aggregata" non ha alcun valore se i singoli, presi appunto singolarmente, ne siano sprovvisti[103]. In altre parole, financo l'espediente dell'aggregazione finisce per rovinare in un'insanabile contraddizione atteso che *molte "non conoscenze" o "non volontà" non fanno una conoscenza o una volontà reale*[104], men che meno una aggregata che, non esistendo nella realtà, non dovrebbe poter essere imputata all'ente[105]. In definitiva, anche l'esperienza inglese ha svelato le difficoltà di "tradurre in legge"[106] le teorie rivolte ad individuare una colpevolezza autenticamente propria dell'ente, soprattutto se riferibile a dinamiche criminali difficilmente ragguagliabili all'idea del profitto.

7. Conclusioni.

Una volta indagate le soluzioni adottate dall'ordinamento francese e da quello inglese, appare chiaro che se da una parte le une risultano inconciliabili con il tentativo nostrano di ricostruire un'autentica colpevolezza dell'ente, per altro verso anche la disciplina inglese, ancorché particolarmente affine a quelle italiana, presenta delle criticità difficilmente assimilabili all'intento originario di "selezionare" esclusivamente le reali carenze delle società nella gestione del rischio[107]. Tuttavia, è lo stesso legislatore britannico che recentemente ha voluto superare le strettoie derivanti dalle frequenti difficoltà nell'individuare la condotta su cui fondare la rimproverabilità dell'ente, tanto da introdurre un paradigma imputativo specificatamente focalizzato sul *deficit* organizzativo. In questi termini viene in considerazione la disposizione di parte speciale della sec. 21(1) del *Criminal and Courts Act 2015*[108] la quale, in campo sanitario, ha contemplato la responsabilità dell'ente in tutti quei casi in cui la violazione del *duty of care* derivi dalla condotta di un operatore sanitario ovvero – ed in ciò sta il valore aggiunto – di *qualsiasi* altro individuo assunto dall'ente sanitario[109]. In buona sostanza, l'ipotesi in considerazione, seppur modulata sul CMCHA 2007, risulta caratterizzata da una genuina tensione verso l'obiettivo di autonomizzazione della responsabilità dell'ente dalla persona fisica grazie alla mancata restrizione dell'ambito soggettivo di applicazione al solo *senior management*. Il legislatore britannico ha dunque attuato quella fusione tra "fatto" e "colpa" che è già pacificamente consolidata nell'ordinamento italiano, ossia quella concezione per cui l'organizzazione è sempre esistente – per l'appunto in via di puro fatto- per ogni ambito penalmente rilevante, assumendo valenza suscettibile di originare responsabilità solo se colposamente imprudente[110]. È forse in questi ultimi termini che è possibile scorgere un suggerimento virtuoso per restituire limpidezza alle sfocature ingenerate dal binomio dell'interesse e del vantaggio, non tanto nel senso di riformare la disciplina introdotta dal D.lgs. 231, quanto piuttosto nella direzione di "rivalorizzare" i principi che l'hanno ispirata, così da avanzare un'ipotesi coerente con lo spirito del legislatore e con la realizzazione di illeciti colposi.

Alla luce di un simile obiettivo, è bene richiamare il punto di partenza della disciplina domestica, vale a dire la circostanza per cui, tanto nei reati presupposto di natura dolosa quanto in quelli di natura colposa, il rimprovero mosso all'ente resta sempre quello di un'inadeguatezza organizzativa. Pertanto, in entrambi i casi, il fondamento della responsabilità dell'ente è da ricercare in quel modo di essere organizzato che risulta "colposo" nel senso interamente normativo, ossia radicato su di un giudizio di difformità rispetto a ciò che si poteva ragionevolmente attendere che l'ente facesse per prevenire la commissione di reati. In altre parole, la natura sostanzialmente colposa dell'addebito mosso all'ente è di carattere strettamente oggettivo, nella misura in cui risulta violato il dovere di diligenza che si incarna nella fattualità dell'organizzazione. Di conseguenza, ciò che muta, a seconda della natura del reato presupposto, non è tanto la lettura dell'interesse e del vantaggio, quanto piuttosto il concreto atteggiarsi della condotta dell'illecito commesso dall'autore persona fisica: se nei casi dolosi sarà necessaria una "convergenza funzionale" tra il fatto del reo e gli obiettivi della società[111], per le fattispecie colpose si dovrà valutare se la condotta dell'individuo discenda da un'inefficienza organizzativa di sistema. Così, lungi dal suggerire soluzioni che ripropongano gli ostacoli interpretativi sinora registrati in materia di responsabilità degli enti e reati colposi, sarà auspicabile presentare un'opzione che valorizzi proprio quel profilo caratterizzante della disciplina

così come originariamente concepita nel decreto 231/2001, ossia quella specifica attenzione al difetto organizzativo da cui originano tutti i profili di rimproverabilità attribuibili all'ente, sia a titolo doloso che a titolo colposo. È proprio alla luce di una simile ricostruzione che è dunque possibile immaginare un paradigma che riporti al centro l'importanza dei modelli organizzativi quali cifra qualificante della colpevolezza dell'ente, anche e soprattutto nell'ambito applicativo della responsabilità da reato degli enti alla materia degli infortuni sul lavoro, espressione tipica della "colpa di organizzazione"[112]. Coerentemente a quanto sinora brevemente tratteggiato, la soluzione che sembra preferibile sarebbe quella per cui, nell'ambito *de quo*, si richieda unicamente che 1) il reato sia commesso nell'esercizio dell'attività rischiosa caratteristica dell'ente 2) e cagionato dall'inosservanza delle regole precauzionali previste per quelle specifiche attività, 3) inosservanza risultante dell'assente e/o insufficiente implementazione dei modelli organizzativi della normativa di settore[113]. È dunque in una siffatta direzione che sembra potersi pienamente apprezzare quell'auspicato criterio capace di distinguere ed autonomizzare la responsabilità degli enti da quella dell'autore del reato, sfuggendo al rischio di cedere ad impostazioni inguaribilmente antropomorfiche frutto del continuo tentativo di rinvenire un surrogato della figura e attività della persona fisica[114]. In definitiva, una volta restituita centralità al concetto di organizzazione, sarà pacifico individuare nella formazione di idonei modelli di organizzazione - e nella loro indispensabile specifica declinazione nell'area antinfortunistica- l'unico comportamento esigibile dall'ente. Di conseguenza, a fronte di un'efficiente organizzazione e principi adeguati, non si potrà attribuire all'ente la responsabilità per il danno causato dalla violazione delle regole cautelari di dettaglio – ovverosia quelle affidate al decentramento funzionale – laddove difformi dai principi contenuti nel modello. Inoltre, una tale soluzione risulta essere coerente in una prospettiva di sistema, trovando conferme nei casi di commissione di reati dolosi da parte degli apicali: difatti, il decreto contempla un'esclusione della responsabilità dell'ente a fronte di un'*elusione fraudolenta del modello*, ossia in ragione di un aggiramento di regole adeguate che si traduce in un decorso straordinario, imprevedibile del comportamento di un soggetto di vertice[115]. In conclusione, in virtù del paradigma qui delineato, la responsabilità dell'ente – dunque, la sua colpevolezza – emergerebbe solo qualora il comportamento colposo della persona fisica converga con una struttura dell'impresa e con regole generali che la governano talmente inadeguate da lasciare effettivo margine alla condotta difforme del singolo[116]. Detto in altri termini, la colpa dell'ente si configurerebbe nel solo caso in cui *il comportamento, compiutamente colposo, della persona fisica, è consentaneo alla struttura d'impresa e alle regole generali che, sotto questo profilo, la governano*[117].

1 In particolare, il terreno su cui posavano le controversie ineriva la natura monistica o dualistica dei concetti di interesse e vantaggio. Dal primo punto di vista, taluni sostenevano che i concetti di interesse e vantaggio indicassero due criteri nettamente distinti, talaltri che costituissero invece un'endiadi. Rispettivamente, si faccia riferimento: A. Bernasconi, *Articolo 5. Responsabilità dell'ente*, in *La responsabilità degli enti: commento articolo per articolo al Decreto Legislativo 231 del 2001,* Cedam, 2008, p. 97 e sg.; S. Dovere, *Osservazioni in tema di attribuzione all'ente collettivo dei reati previsti dall'art. 25* septies *del D.lgs. n. 231/2001*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, p. 322 e sg.; C. E. Paliero, La *responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione,* in *Il nuovo diritto penale delle società*, Ipsoa, 2002, p. 49 e sg.; per la tesi opposta: D. Pulitanò, *La responsabilità 'da reato' degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 425.

2 Sul punto: C. Piergallini, *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1355 sg.

3 Per i primi commenti all'art. 9 della legge 3 agosto 2007, n. 123 che ha dato attuazione alla legge delega 29 settembre 2000, n. 300: R. Brichetti - L. Pistorelli, *Commento dell'art. 9 l. 3 agosto 2007, n. 123,* in *Guida dir.*, 2007, p. 40 sg.; Zanalda; *La responsabilità degli enti per gli infortuni sul lavoro prevista dalla legge delega 3 agosto 2007, n. 123*, in *Resp. Amm. Soc. enti*, 2007, p. 97 sg.; S. Dovere, *La responsabilità da reato dell'ente collettivo e la sicurezza sul lavoro: un'innovazione a rischio di ineffettività*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2008, p. 97 sg.

4 C. E. Paliero, *Per ambiente e lavoro il rebus della colpa*, in *Il Sole 24 ore*, 26 aprile 2007, p. 27.

5 G. Gentile, *L'illecito colposo dell'ente collettivo. Riflessioni alla luce del* corporate manslaughter, Giappichelli, 2009, p. 220-221.

6 T. Vitarelli, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 701.

7 C. Mancini, *L'introduzione dell'art. 25-septies: criticità e prospettive*, in *Resp. Amm. Soc. enti*, 2008, p. 53 sg.

8 G. De Santis, *Il regime della responsabilità penale in materia di sicurezza del lavoro dopo il "Correttivo" (D.lgs. n. 106/2009) al T.U.S (D.lgs. 81/2008)*, in *La resp. Amm.soc. e enti*, 2010, p. 130.

9 Parte della dottrina ha parlato di veri e propri *equilibri esegetici* giustificati dal principio di conservazione della norma. Cfr. P. Aldrovandi, *Responsabilità amministrativa degli enti per i delitti in violazione di norme antinfortunistiche*, in *Igiene e sicurezza lav.*,2007, p. 571.

10 T. Vitarelli, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p.705.

11 S. Dovere, *Osservazioni in tema di attribuzione all'ente collettivo dei reati previsti dall'art. 25* septies *del D.lgs. n. 231/2001*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, p. 334.

12 P. Aldrovandi, *La responsabilità amministrativa degli enti per i reati in materia di sicurezza e salute sui luoghi di lavoro,* in *Ind. Pen.*,2009, p. 504 sg.

13 In giurisprudenza, a titolo esemplificativo: Tribunale di Novara, GIP, ud. 1 ottobre 2010 – dep. 26 ottobre 2010, in *Corr. Mer.*, 2011, p. 403. La sentenza afferma che, con riferimento ai reati colposi, *il vantaggio costituisca il criterio naturalmente più idoneo a fungere da indice di collegamento tra ente e illecito.*

14 D. Pulitanò, *La responsabilità 'da reato' degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 425; A. Manna, *La cd. Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1114; G. De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, 2008, p. 160.

15 C. Pecorella, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *La responsabilità amministrativa degli enti*, Ipsoa, 2002, p. 83; G. De Vero, *I reati societari nella dinamica evolutiva della responsabilità* ex crimine *degli enti collettivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 728; G. Cocco, *L'illecito degli enti dipendente da reato e il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 95 sg.

16 Cfr. P. Ielo, *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, Relazione tenuta per il C.S.M. nel corso degli incontri di studio del 26 – 27 giugno 2008, § 2. Anche la Suprema Corte si è espressa al riguardo, chiarendo che il vantaggio fortuito non può in alcun modo essere ricollegato alla volontà dell'ente: Cass. pen., sezione VI, 23 giugno 2006, n. 32627, in *Ced* rv. 235636.

17 N. Selvaggi, *L'interesse dell'ente collettivo*, Jovene Editore, 2006, p. 112.

18 D. Pulitanò, *La responsabilità 'da reato' degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 425; A. Manna, *La cd. Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in *Cass. pen.,* 2003, p. 1114; G. Cocco, *L'illecito degli enti dipendente da reato e il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 95.

19 F. Giunta, *La punizione degli enti collettivi: una novità attesa*, in *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di 'giustizia punitiva'*, Giappichelli, 2004, p. 40; G. Amato, *Osservazioni sulla rilevanza del vantaggio per l'ente e sulla "quantificazione" di tale vantaggio nella responsabilità amministrativa da reato colposo*, in *La resp. amm. soc. e enti*, 2013, p. 186, il quale chiarisce che è necessario correlare i criteri ex. art. 5 *alla condotta colpa, per lo più omissiva, costitutiva del reato colposo, ossia alla violazione della normativa cautelare, non certo all'evento morte o lesioni derivatone, che non può essere letto – certo non ex post, ma neppure ex ante- come una situazione vantaggiosa per l'ente.*

20 N. D'Angelo, *Responsabilità penale degli enti e delle persone giuridiche*, Maggioli Editore, 2008, p. 214.

21 G. De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, 2008, p. 160.

22 *Ex multis:* Cass. pen., Sez. Un., 24 aprile 2014 (18 settembre 2014) n. 38343, in *Ced.* Rv., 261116. In particolare, al § 63, si afferma che *(...) i risultati assurdi, incompatibili con la volontà di un legislatore razionale, cui condurrebbe l'interpretazione letterale della norma accredita senza difficoltà l'unica alternativa, possibile lettura: i concetti di interesse e vantaggio, nei reati colposi d'evento, vanno di necessità riferiti alla condotta e non all'esito antigiuridico. Tale soluzione non determina alcuna difficoltà di carattere logico: è ben possibile che una condotta caratterizzata dalla violazione della disciplina cautelare e quindi colposa sia posta in essere nell'interesse dell'ente o determini comunque il conseguimento di un vantaggio.*

23 T. Vitarelli, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 704.

24 G. Gentile, *L'illecito colposo dell'ente collettivo. Riflessioni alla luce del* corporate manslaughter, Giappichelli, 2009, p. 220 sg. il quale richiama L. Eusebi, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1068.

25 G. De Simone, *La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto penale-amministrativo interno dopo il D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in *St. iuris*, 2002, p. 291.

26 F. D'Arcangelo, *La responsabilità da reato degli enti per gli infortuni sul lavoro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 83.

27 Si faccia riferimento all'art. 5 *comma 2* che menziona solamente l'interesse mentre l'art. 12, comma 1, lett. a) prevede un'ipotesi di riduzione della sanzione pecuniaria quando la persona fisica ha agito nel *prevalente interesse personale* e l'ente ha conseguito un *vantaggio minimo.*

28 G. De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, 2008, p. 158 sg.

29 G. De Simone, *La responsabilità da reato degli enti nel sistema sanzionatorio italiano: alcuni aspetti problematici*, in *Riv.*

trim. dir. proc. pen. ec., 2004, p. 673.

30 F. D'Arcangelo, *La responsabilità da reato degli enti per gli infortuni sul lavoro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 84.

31 La distinzione fra colpa cosciente e colpa incosciente deriva dal combinato disposto dall'art. 43, comma 1, e dall'art. 61, comma 3. La prima coincide con l'ipotesi in cui l'evento, pur non essendo voluto, è tuttavia previsto dall'agente come conseguenza dell'inosservanza della regola cautelare; nel caso della colpa incosciente, invece, l'evento non è né voluto né previsto dall'agente. Per tutti, cfr. T. Padovani, *Diritto penale*, Milano, 2012, p. 217. Inoltre, nel caso di colpa cosciente, a detta di taluno, potrebbe supplire il criterio del vantaggio, rischiando tuttavia di esporsi alle stesse identiche obiezioni mosse con riguardo all'orientamento che distingue i concetti di interesse e vantaggio. Così: R. Brichetti - L. Pistorelli, *Commento dell'art. 9 l. 3 agosto 2007, n. 123,* in *Guida dir.,* 2007, p. 41.

32 C. Santoriello, *Violazione delle norme antifortunistiche e reati commessi nell'interesse o a vantaggio della società*, in *Respo. Amm. Soc. ed enti*, 2008, p. 173.

33 L'esempio è di: S. Dovere, *Osservazioni in tema di attribuzione all'ente collettivo dei reati previsti dall'art. 25* septies *del D.lgs. n. 231/2001*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, p. 328; G. De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, 2008, p. 279, nt. 46: l'A. sottolinea la superfluità e l'inadeguatezza della distinzione tra colpa cosciente e colpa incosciente, nella misura in cui, nel primo caso, la ' finalità' perseguita dovrebbe essere collegata alla condotta, mentre nei casi di colpa incosciente dovrebbe valere solo il requisito del vantaggio.

34 T. Vitarelli, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 706.

35 M. Romano, *Sub. Art. 43 c.p.* , in *Commentario sistematico del codice penale*, Giuffré, 2004; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Giappichelli, 2007, p 376 sg.; Fiandaca - Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2007, p. 559 sg.

36 Così: G. Forti, *Uno sguardo ai piani nobili del D.lgs. 231/2001*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1249: *Pertanto, così com'è residuale, al limite dell'irrilevanza statistica, l'ipotesi che il sinistro si sia verificato per una condotta del lavoratore che rompe il nesso con la violazione cautelare del preposto o del datore di lavoro, così si annuncia marginale l'ipotesi che questa medesima violazione non dia luogo a responsabilità dell'ente.*

37 T. Vitarelli, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 707.

38 A. Alessandri , *Reati colposi e modelli di organizzazione e gestione*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2009, p. 347 sg.

39 C. Piergallini, *Relazione* tenuta al Convegno annuale PRIN 2006, *Principio di legalità e orizzonti della modernità*, Milano Bicocca, 11 aprile 2008.

40 A. Alessandri , *Reati colposi e modelli di organizzazione e gestione*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2009, p. 351.

41 Questa soluzione è stata proposta nel 2000 dalla Commissione Lattanzi e poi dalla Commissione Greco, di cui il testo integrale è riportato da M. Arena, *La responsabilità degli enti collettivi per omicidio e lesioni colpose*, Le Fonti, 2009, p. 84. Contrariamente, M. Cardia, *La disciplina sulla sicurezza nel luogo di lavoro nella prospettiva del D.lgs. 231/2001*, in *La resp. Amm. Soc. e enti*, 2008, 121: secondo l'A. questa soluzione *finisce per identificare* in *'maniera oggettiva' la colpa da reato nelle colpe in organizzazione: l'interesse ed il vantaggio per le società rischia di essere ravvisato in re ipsa e cioè nella mancata o non adeguata predisposizione di un Modello, rivelatosi inidoneo, con un giudizio ex post, ad evitare la commissione dei reati.*

42 G. De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, 2008, p. 279 sg.

43 L'interesse è stato identificato sia con un vantaggio patrimoniale, anche nella differente nozione di risparmio di spesa, sia nell'aver commesso il fatto in occasione dell'attività destinata ad assicurare l'organizzazione e il funzionamento dell'ente. Cfr., ad esempio, *Tribunal de Grande Instance de Paris*, 3 novembre 1995: la società, non mettendo in sicurezza le impalcature che avevano causato l'infortunio, ha avuto *sinon profit réalisé du moins économies effectuées.* Per la spiegazione del meccanismo di imputazione previsto nel sistema francese v. A. Coeuret- E. Fortis, *Droit pénal du travail*, Parigi, 2012.

44 V. S. Giavazzi, *La responsabilità penale delle persone giuridiche: dieci anni di esperienza francese,* in *Riv. trim. dir. pen. ec.,* 2005, p. 593 e sg., la quale richiama alcune interpretazione della giurisprudenza d'Oltralpe.

45 P. De Gioia - Carabellese- I. A. Savini, *La "231" nel Regno Unito: riflessioni comparatistiche in merito al cd. omicidio societario (Corporate Manslaughter) e al Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007*, in *La Resp. Amm. Soc. enti.*, 2011, p. 111.

46 Il nuovo codice penale francese è stato approvato con le quattro leggi del 23 luglio del 1992 e pubblicato nel Journal Officiel de la République française, 23 luglio 1992. Il V libro del codice penale, dedicato agli altri crimini e delitti, è invece entrato in vigore con la pubblicazione della c.d. Loi d'adaptation (legge n° 1336 del 16 dicembre 1992) il 23 dicembre dello stesso anno, comprendente numerose disposizioni d'adattamento della legislazione speciale rispetto alle modifiche apportate dal nuovo codice, inter alia, la previsione esplicita in ogni fattispecie della possibilità di estensione della perseguibilità anche alle persone giuridiche. La stessa Loi ha peraltro procrastinato l'entrata in vigore dell'intero codice al 1 marzo 1994.

47 Difatti, il previgente principio c.d. di specialità della responsabilità penale era stato fatto oggetto di severe critiche da parte della dottrina: cfr., ex multis, G. Giudicelli - Delage (a cura di), *Droit des affaires*, Paris, 2000, p. 74 e sg.; J.-I. MARÉCHAL, *Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales*, in *La semaine juridique*, 2009, p. 46 sg.

48 Cfr. legge 10 luglio 2000, n° 647, pubblicata in *Journal officiel de la République française*, 11 luglio 2000, p. 10484 sg.

49 In questo senso, la giurisprudenza: Cass. crim., 7 luglio 1998, n. 97-81273, in *bull. Crim.*, 1998,0. 216; Cass. crim., 28 gennaio 2009, n. 07-81675, in *www.legifrance.gouv.fr*; Cass. crim., 8 settembre 2004, n. 04-80234, in in *www.legifrance.gouv.fr*.

50 C. De Maglie, *L'etica ed il mercato*, Giuffré, p. 208. La giurisprudenza: Cass. crim., 13 aprile 2010, n. 09-86429, in www.legifrance.gouv.fr

51 S. Giavazzi, *Brevi riflessioni sulla responsabilità penale delle persone giuridiche in Francia*, in *Resp. Amm. Soc. enti*, 2007, p. 86.

52 Desportes, *Rapport sous Cassa&on Criminel*, 2 dic. 1997, in *JurisClassis Pénal*, 1998, n. 22640; G. Delage, *Brèves propositions pour une effectivité de la responsabilité pénale des personnes morales*, in *Droit pénal*, 2005, p. 12 e sg. Contrariamente: P. Conte, *La responsabilité pénale des personnes morales au regard de la philosophie du droit pénal*, in *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal – Actes du colloque du 18 octobre 2001*, Paris, 2002, p. 109 e sg.

53 Quest'ultima è la teoria della cd. Responsabilità "conseguente", sostenuta, *ex plurimis*, da H. Donnedieu de Vabres, *Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales*, in *Revue internationale de droit pénal*, 1950, p. 339 e sg. ; A. Brunet, *Infractions matérielles et responsabilité pénale de l'entreprise*, in *LPA*, 1996, p. 28.

54 Cass. crim., 9 marzo 2010, n. 09-80543, in *Bull. crim.*, 2010, p. 49; Cass. crim., 25 giugno 2008, n. 07-80261 in *Bull. crim.*, 2008, p. 167; Cass. crim., 20 giugno 2006, n. 05-85255, in *Bull. crim.*, 2006, p. 188; Cass. crim., 1 dicembre 1998, n. 97-80560, in *Bull. crim.*, 1998, p. 325.

55 Cass. crim., 9 febbraio 2010, n. 09-81574, in www.legifrance.gouv.fr; Cass. crim., 9 marzo 2010, n. 80543, in www.legifrance.gouv.fr.

56 Cfr. J. C. Saint Pau, *La responsabilité des personnes morales: réalité et fiction*, in *Le risque pénal dans l'entreprise*, Litec, 2003, p. 71 sg.

57 Legge 10 luglio 2000, 647. art. 121-3, Code pénal, gli articoli del Codice penale francese sono interamente consultabili *on line* sul sito legifrance.gouv.fr: *Dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont crée la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer.*

58 B. Benoist, *Pour une rationalisation de la responsabilité pénale des personnes morales. Réactions de la CCIP à la loi "Perben II" et propositions pour une dispositif coherent*, in *Rapport de la Commission du droit de l'enterprise de la Chambre de commerce et indusrie de Paris*, 2005, p. 6.

59 C. Ruet, *La responsabilité pénale pour faute d'imprudence après la loi n°2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à preciser la définition des délits non-intentionels*, in *Droit pénal*, 2001, p. 4 e sg.: il termine "caractérisée" ha carattere indeterminato e includerebbe il concetto di gravità coniugandolo con l'idea di adeguatezza rispetto ai parametri della colpa di cui all'articolo 121-3 c.p. Questo sintagma costituirebbe il risultato del compromesso emerso tra i due rami del parlamento francese: alla nozione formulata dall'Assemblea nazionale – la quale faceva riferimento alla gravità della colpa e all'impossibilità dell'ignoranza del rischio- venne preferita, su invito della commissione governativa incaricata della redazione della legge, una formulazione che includesse gli stessi parametri come elementi descrittivi e non costitutivi della fattispecie, scongiurando così il rischio di una commistione con il concetto di "faute inexcusable", proprio della giurisprudenza. In definitiva, esso indicherebbe *un manquement à une norme de comportement appréciée en fonction des circonstances.*

60 Sulla nozione di *faute diffuse* J. C. Saint Pau, *La faute diffuse de la personne morale*, in *Oss. Crim.*, 2004, p. 167.

61 P. Conte – P. Maistre Du Chambon, *Droit pénal général*, Armand Colin, 2004, n. 385.

62 A. Varvaressos, *La responsabilità penale dell'impresa nell'ordinamento francese per violazione delle disposizioni a tutela dell'integrità fisica del lavoratore. Giurisprudenza e sistema di un principio instabile*, in *Dir. pen. con.*, 2013, p. 34.

63 *Ex multis*: Cass. Crim., 29 settembre 2009, n. 09-80254, in *www.legifrance.gouv.fr*;

64 Cfr. M. Véron, *Question prioritaire de consititutionnalité: identification de la personne physique ayant agi pour le compte de la personne morale*, in *Droit pénal*, 2010, p. 35 sg.

65 Principio di origine medievale nato per regolare la responsabilità del padrone (*master*) per gli illeciti del servo (*servant*), trasferito in ambito di *civil law* allo scopo di radicale la responsabilità del *master*: dapprima solo laddove esso avesse ordinato la commissione dell'illecito, dopodiché attribuendo rilevanza anche all'ordine implicito (*implied command*) e, successivamente, fondando la responsabilità sulla semplice relazione intercorrente tra *employer* ed *employee*, purché quest'ultimo avesse commesso l'illecito nell'ambito della attività lavorativa (*within the scope of employment*). Cfr. A. PINTO – M. EVANS, *Corporate criminal liability*, Sweet & Maxwell, London, 2003, p. 18.

66 Cfr. *Pearks, Gunston & Tee ltd v. Ward* [1902] 2 KB 1, 11, per il giudice Channel : *by the general principles of nature of mens rea, and, therefore, in ordinary cases a corporation cannot be guilty of a criminal offence, nor the master can be made criminally liable for an offence committed by his servant. But there are exceptions to this rule* [...] *where* [...] *the Legislature has*

thought it so important to prevent [*a*] *particular act from being committed that it absolutely forbids it to be done and if it is done, the offender is liable to a penalty whether he had any mens rea or not and whether or not he intended to commit a breach of the law. Where the act is of this character, then the master is* [...] *responsible and is liable to a penalty. There is no reason why he should not be, because the very object of the Legislature was to forbid the thing absolutely. It seems to me that exactly the same principle applies in the case of a corporation.*

67 Cfr. C. Nana, *Revisiting the Question of Imputation in Corporate Criminal Law*, Cambridge Scholars Publishing, 2010, p. 8.

68 A. Pinto – M. Evans, *Corporate criminal liability*, Sweet & Maxwell, London, 2003, p. 48. Riprende le argomentazioni di Pinto e Evans: R. Lottini, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, Giuffrè, 2005, p. 48-49.

69 R. Lottini, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, Giuffrè, 2005, p. 50.

70 E. Mujih, *Reform of the law of corporate killing: a toughening or softening of the law?*, in *Company Lawyer*, 2008, p.78: *the minds of those who control the company are the minds of the company itself.*

71 Si tratta di tre casi del 1944: *Kent and Sussex* (la società viene condannata per avere falsificato l'attestazione necessaria per ottenere un buono per il carburante, violando, dunque, il *Motor Fuel Rationating Order*, che sanziona le frodi ai danni del servizio di razionamento del carburante ed il *Defence General Regulation* del 1939, che punisce le false dichiarazioni contenute nei documenti.); *R. v. ICR Haulage* (viene in considerazione il reato di *conspiracy to defraud*, integrato da colui che, in concorso con il direttore, abbia truffato un acquirente facendogli pagare un corrispettivo per un quantitativo di merce superiore a quello consegnato.); *Moore v. Breler* (Nel caso di specie, due *managers* vendevano beni appartenenti alla società, ma, per lucrare sul ricavo derivante dalla vendita, procedevano a falsificare i relativi documenti che confluivano nella contabilità generale della società e ne compromettevano l'autenticità.

72 C. De Maglie, *L'etica e il mercato, la responsabilità penale delle società*, Giuffrè, 2002, p. 148-149.

73 [1972] AC 153. V. *http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1968/29/pdfs/ukpga_19680029_en.pdf.*

74 Al riguardo uno dei giudici, Lord Reid, limitò l'ambito delle persone a *[T]he board of directors, the managing director and perhaps other superior officers of a company carrying out the functions of management and speak and act as the company. The subordinates do not.* V. P. De Gioia - Carabellese - I. A. Savini, *La "231" nel Regno Unito: riflessioni comparatistiche in merito al cd. omicidio societario (Corporate Manslaughter) e al Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007*, in *La Resp. Amm. Soc. enti.*, 2011, p. 118.

75 Cfr. C. Wells, *Corporate Criminal Liability in England and Wales: past, present and future*, in *Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence, and Risk*, Spinger, 2011, p. 117.

76 V. Drosi, *Uno sguardo oltre il nostro ordinamento: il Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007*, in *Dir. pen. Uomo*, 2020, p. 12.

77 Cfr. J. Gobert - M. Punch, *Rethinking Corporate Crime*, in *Cambridge University Press*, 2003, p. 61 sg.

78 Sul punto, le istruzioni del Crown Prosecution Service relative ai reati commessi da persone giuridiche: *evidential difficulties may arise where the company concerned has a diffuse structure, because of the need to link the offence to a controlling officer*, par. "*Further Evidential Considerations*" consultabile su: https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/corporate-prosecutions.

79 *R. v. P & O European Ferries (Dover) Ltd*, [1991], 93 Cr App R. 72 Central Crim Ct.

80 *Sheen Report*, par. 14.1, riportato in Lawcom N. 237, cit., p. 115. Sul punto: C. Wells, *Corporation and criminal responsibility*, Oxford Press, Oxford, 2001, p. 111.

81 *Herald of Free Enterprise case R v HM Coroner for East Kent ex parte Spooner* [1989] 88 Cr App R 10.

82 Nel solo biennio 1996-1998 si sono verificati 510 decessi e 47803 infortuni. Dato riportato da C. Wells, *Corporate Criminal Liability in England and Wales: past, present and future*, in *Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence, and Risk*, Spinger, 2011, p. 125.

83 Ossia, l'ipotesi di omicidio colposo nello svolgimento di un'attività di impresa, causato da una condotta del *management* non conforme agli *standard* ragionevoli di precauzione.

84 Così, *Ministry of Justice*, *A Guide to the Corporate Manslaughter and Homicide Act* 2007, p. 3.

85 *An organisation to which this section applies is guilty of an offence if the way in which its activities are managed or organised - a) causes a person's death; and b) amounts to a gross breach of a relevant duty of care owed by the organisation to the deceased.*

86 *An organization is guilty of an offence under this section if the way in which the activities are managed or organised by its senior management is a substantial element in the breach referred to in subsection (1):* Un ente quindi è responsabile di un reato, ai sensi del presente articolo, se il modo in cui le attività sono gestite ovvero organizzate dal suo top management è un elemento sostanziale nella violazione di cui al comma 1 dello stesso articolo.

87 *Ministry of Justice*, *A Guide to the Corporate Manslaughter and Homicide Act* 2007, p.8.

88 Si tratta del caso *Caparo Industries plc v. Dickman.*

89 La *sec.* 25 definisce quali soggetti debbano considerarsi *employee*: soggetti titolari di un contratto di lavoro subordinato o di apprendistato, sia concluso espressamente, in modo scritto o orale, che tacitamente. Letteralmente, "*employee" means*

an individual who work under a contract of employment or apprenticeship (whether express or implied and, if express, whether orally or in writing) [...].

90 Letteralmente, ai sensi della *sec.* 2 (1) (a): *other persons working for the organization or performing services for it*, cioè quei soggetti indicate da: Ministry of Justice, *Corporate manslaughter and Homicide Act 2007*, *Explanatory Notes sec.* 25(2), par. 22. Reperibile su: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/2/notes/division/3/1/12/7?view=plain.

91 Ad esempio, secondo l'*Explanatory Notes*, cit., in questa categoria i doveri di una compagnia di trasporti verso i propri passeggeri; quelli sulla corretta conservazione dei cibi gravanti sui fornitori di alimenti; e quelli attinenti ad una prestazione medica o sanitaria. Letteralmente: [...] *supplying goods or services. This will include duties owed by organisations to their customers and will cover, for example, duties owed by transport providers to their passengers and by retailers for the safety of their products. It will also cover the suppy services by the public sector, for example, nhs bodies providing medical treatment* [...]

92 In questo senso, il reato si configurerebbe, se la morte si verifica a causa delle inadeguate misure antincendio, o in conseguenza di una condotta consistente nel non avere mantenuto le celle in condizioni adeguate, o per la scarsa situazione igienica, o per uno scorretto trattamento sanitario. Così Lord Goldsmith: *the offence will apply where deaths have arisen as a result of failure to have adequate fire precaution or to maintain cells in adequate conditions, of poor hygiene in workshops, or of failure in medical treatment. Those do not fall outside the Bill*: D. Ormerod – R. Taylor, *The Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007*, in *Criminal Law Review*, 2008, p. 598.

93 Ad esempio, viene qui in considerazione l'esclusione prevista dalla *sec.* 3 (1), cioè una decisione di *public policy* presa da una *public authority*, cioè da parte di un soggetto che svolge funzioni di natura pubblica (a eccezione degli organi giudiziari, parlamentari e soggetti che svolgono funzioni connesse a quella legislativa). Letteralmente: *any duty of care owed by a public authority in respect of a decision as to matters of public policy (including in particular the allocation of public resources or the weighing of competing public interests) is not a relevant duty of care*.

94 Ad esempio, viene qui in considerazione l'esclusione prevista dalla *sec.* 3 (2) , cioè *any duty of care owed in respect of things done in the exercise of exclusively public function is not a "relevant duty of care" unless it falls within section* 2(1) (a), (b), (d)»; vale a dire che un ente è titolare di un dovere di diligenza anche nelle attività strettamente pubblicistiche, ma solo nelle ipotesi in cui i doveri di diligenza di cui trattasi siano quelli inerenti *all'employer,* o *occupier of permises.* Sotto quest'ultimo profilo: Ministry of Justice, *Corporate manslaughter and Homicide Act 2007*, *Explanatory Notes sec.* 25(2), par 28.

95 A. Davies, *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act: Special Report Authoritative guidance on what the Act will mean for business*, Workplace, Lawgroup, 2008, p. 47.

96 La grave violazione del dovere di diligenza è definitita dalla *sec.* 1 (4) (b) come: *a breach of duty of care by an organisation is a "gross" breach if the conduct alleged to amount to a breach of that duty falls far below can reasonably be expected of the organisation in the circumstances*.

97 Cfr. House Of Common: Home Affair and Work and Pensions Committees, *Draft Corporate Manslaughter Bill*: *First joint Report of Session 2005-06*, p. 46: *the new offence is targeted at the most serious management failing that warrant the application of a serious criminal offence. The offence is to be served for cases of gross negligence, where this sort of criminal sanction is appropriate*.

98 In merito, la *Section 8(2)* del *CMCHA 2007* prescrive: *The jury must consider whether the evidence shows that the organization failed to comply with any health and safety legislation that relates to the alleged breach, and if so - (a) How serious that failure was; (b) How much of a risk of death it posed.*

99 Cfr. N. Cavanagh, *Corporate Criminal Liability. An assessment of the Model of Fault*, in *The Journal of Criminal Law*, 2011, volume 75, n. 5 p. 415; D. Ormerod – R. taylor, *The Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007*, in *Criminal Law Review*, 2008, p. 420.

100 Ministry of Justice, *Corporate manslaughter and Homicide Act 2007*, *Explanatory Notes*, par. 15: *this is not linked to a particular level of management but considers how an activity was managed within the organization as a whole.*

101 M. Welham, *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide: A Manager's Guide to Legal Compliance,* Tottel, 2007, p. 148.

102 V. Torre, *Riflessioni sul diritto britannico in tema di responsabilità penale degli enti: il* corporate killing, in *Rim. trim. dir. pen. econ.*, 2009, p. 280.

103 Cfr. *Law Commission, Criminal Liability in Regulatory context: A Consultation Paper, No. 195,* 2010, p. 107. Consultabile su *https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage- 11jsxou24uy7q/uploads/2015/06/cp195_Criminal_ Liability_consultation.pdf.*

104 V. Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo e ente collettivo*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 421.

105 V. Drosi, *Uno sguardo oltre il nostro ordinamento: il Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007*, in *Dir. pen. Uomo*, 2020, p. 38.

106 V. Drosi, *Uno sguardo oltre il nostro ordinamento: il Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007*, in *Dir. pen. Uomo*, 2020, p. 40.

107 House Of Common: Home Affair and Work and Pensions Committees, *Draft Corporate Manslaughter Bill*: *First joint Report of Session 2005-06*, par. 169, p. 202. Letteralmente: *We believe that a test should be devised that captures the essence of corporate culpability. In doing this, we believe that the offence should not be based on the culpability of any individual at whatever level in the organisation but should be based on the concept of a "management failure", related to either an absence of correct process or an unacceptably low level of monitoring or application of a management process.*

108 *A care provider commits an offence if— (a)an individual who has the care of another individual by virtue of being part of the care provider's arrangements ill-treats or wilfully neglects that individual, (b)the care provider's activities are managed or organised in a way which amounts to a gross breach of a relevant duty of care owed by the care provider to the individual who is ill-treated or neglected, and (c)in the absence of the breach, the ill-treatment or wilful neglect would not have occurred or would have been less likely to occur.*

109 Così *Criminal Justice and Courts Act 2015 Explanatory Notes*, par. 232 consultabile su: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/2/notes/division/3/1/12 : *an organisation has conducted its affairs in a way that amounts to a gross breach of a duty of care owed towards someone who has been a victim of ill-treatment or wilful neglect by the care provider's employee or another individual engaged by it.*

110 Sul punto: A. Alessandri, *Reati colposi e modelli di organizzazione e gestione*, in *An. Giur. Ec.*, 2009, p. 352.

111 A. Alessandri, *Reati colposi e modelli di organizzazione e gestione*, in *An. Giur. Ec.*, 2009, p. 352.

112 Cfr. F. Giunta, *Attività bancaria e responsabilità* ex crimine *degli enti collettivi*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, 11: *Si tratta di una colpa che risiede e si esaurisce nella struttura dell'ente, rendendola criminogena, ossia delineando un'area di rischio illecito dell'impresa. Ed è quanto basta per addossare all'ente la responsabilità dei reati che si inscrivono in detta area di rischio.*

113 G. De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, 2008, p. 279 sg.; P. Ielo, *Responsabilità delle persone giuridiche: il bilancio di un'esperienza*, in *www.giustizia.catania.it*; T. Vitarelli, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 708.

114 Così, A. Alessandri, *Reati colposi e modelli di organizzazione e gestione*, in *An. Giur. Ec.*, 2009, p. 341.

115 Così, art. 6: Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente: *1. Se il reato è stato commesso dalle persone indicate nell'articolo 5, comma 1, lettera a), l'ente non risponde se prova che: a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b). (…)*

116 A. Alessandri, *Reati colposi e modelli di organizzazione e gestione*, in *An. Giur. Ec.*, 2009, p. 352: negli illeciti colposi si tratterà di valutare se la colpa del singolo discenda dalla mancanza di un'*adeguata organizzazione prevenzionistica*, se cioè l'organizzazione dell'ente, predisposta dal vertice dell'ente, abbia lasciato varchi oggettivi, utilizzati poi dal singolo in modo colposo.

117 A. Alessandri, *Reati colposi e modelli di organizzazione e gestione*, in *An. Giur. Ec.*, 2009, p. 352.

11 Il modello "generale" di organizzazione e gestione delineato dal d. lgs. n. 231/2001 e quello "specifico" di cui all'art. 30 del d. lgs. n. 81/2008, valutato in correlazione al sistema di prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali.

di Pierpaolo Rivello

Abstract

Il contributo mira ad esaminare come il modello delineato dall'art. 30 del d. lgs. n. 81/2008 in tema di sicurezza del lavoro si connoti, in senso "specializzante", rispetto allo schema di base rappresentato dal modello organizzativo e gestionale di cui al d. lgs. n. 231/2001, in quanto si inserisce nell'ordito della disciplina della responsabilità amministrativa degli enti, caratterizzandosi peraltro per la sua valenza endosistematica, essendo collocato all'interno di un contesto esclusivamente finalizzato alla tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro.

Viene al contempo esaminato come l'obbligo di vigilanza gravante sul datore di lavoro, in caso di delega di funzioni, ai sensi dell'art. 16, comma 3, del T.U.S., risulti adempiuto mediante l'adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'art. 30, comma 4.

Rilevato come il modello di organizzazione e gestione previsto dall'art. 30 del d. lgs. n. 81/2008 appaia ispirato ad un'ottica rispondente ai criteri delineati dal d.lgs. n. 231/2001 e non possa essere mantenuto in una dimensione "statica", ma debba invece svilupparsi in un'ottica "dinamica", diretta a permettere, tra l'altro, la costante verifica della sua efficacia e l'adeguamento ai mutamenti che possono intervenire col decorso del tempo, l'articolo cerca di affrontare la problematica inerente all'interrogativo se l'art. 30 del d.lgs. n. 81/2008 si sia semplicemente limitato a riproporre le indicazioni ricavabili da una corretta applicazione della disciplina in tema di responsabilità degli enti o non abbia invece introdotto, nello specifico settore della tutela della sicurezza sui luoghi di lavoro, alcuni elementi di novità.

La disamina mira ad approfondire le considerazioni tendenti a correlare il MOG al complessivo Sistema di prevenzione dei rischi in ambito lavorativo (SPRL), pur senza dimenticare che, mentre ad esempio il documento di valutazione dei rischi (DVR) si concentra sui rischi connessi al ciclo produttivo, nel modello di organizzazione e gestione il *focus* si appunta, a monte, sul processo decisionale volto alla prevenzione, e su coloro che, all'interno dell'ente, sono esposti al rischio di commettere reati di omicidio colposo o di lesioni colpose gravi o gravissime in violazione delle norme sulla tutela della salute e della sicurezza sul lavoro.

Viene comunque evidenziato come, al di là della diversità teleologica, siano innegabili e profondi gli elementi di corrispondenza tra i due assetti.

This Article aims to examine how the Model outlined by art. 30 of the Legislative Decree no. 81/2008 on the subject of workplace safety is characterized with respect to the basic scheme representend by the model referred to Legislative Decree no. 231/2001, relating to the administrative liability of companies, but it is also connoted by its endosystematic value, being placed within a context exclusively aimed at protecting health and safety in the workplace.

Recognized as the model provided by art. 30 is inspired by a perspective that meets the criteria outlined by Legislative Decree no. 231/2001 and cannot by maintained in a static dimension, but must instead develop in a dynamic perspective, aimed at allowing constant verification of the effectiveness and the adaptation to changes that may occur with the course of the time, the Article seeks to address the problem whether with art. 30 the indications that can be obtained from a correct application of the rules on corporate liability have simply been re – proposed or, on the contrary, if specific new elements have been introduced, in the specific sector of the protection of safety in the workplace.

The essay aims to deepen the connection between the OM 231 and the overall system of risk prevention in the workplace, without forgetting that, while for example the risk assessment document focuses on the risk associated with the production cycle, in the OM 231 the focus is placed, upstream, on the decision – making process aimed at prevention and on those who, within the company, are exposed to the risk of committing

manslaughter or serious or very serious injuries in violation of the rules relating to protection of health and safety at work.
It is however outlighted how, beyond the teleological diversity, the analogies between the two structures are undeniable and relevant.

Sommario

1. La correlazione individuabile tra il modello "specifico" delineato dall'art. 30 del d. lgs. n. 81/2008 in tema di sicurezza del lavoro e il modello organizzativo e gestionale di cui al d. lgs. n. 231/2001. – **2.** Responsabilità dell'ente e responsabilità individuali. – **3.** L'obbligo di vigilanza gravante sul datore di lavoro, in caso di delega di funzioni, ai sensi dell'art. 16, comma 3, del T.U.S., ed il suo adempimento mediante l'adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'art. 30, comma 4, del d. lgs. n. 81/2008. - **4.** I rapporti tra il MOG e il complesso delle previsioni concernenti il Sistema di prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali. – **5.** Il procedimento diretto alla prevenzione dei rischi nel DVR e nel MOG ex art. 30 del d. lgs. n. 81/2008. – **6.** Il concetto di rischio nei modelli sulla sicurezza del lavoro.

1. La correlazione individuabile tra il modello "specifico" delineato dall'art. 30 del d. lgs. n. 81/2008 in tema di sicurezza del lavoro e il modello organizzativo e gestionale di cui al d. lgs. n. 231/2001.

Cercheremo in primo luogo di esaminare come i criteri che connotano l'art. 30 del d. lgs. n. 81 del 2008 si rapportino alle generali previsioni delineate dal d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, volte a configurare il modello di organizzazione e di gestione idoneo ad assumere efficacia esimente della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni.
Già da una prima analisi sembrerebbe emergere la sussistenza di alcuni aspetti identitari che travalicano la comune matrice ideale incentrata sulla volontà di tratteggiare, nel contesto della *corporate liability*, i parametri sulla cui base possa ritenersi che la predisposizione e la concreta attuazione di protocolli preventivi risultino idonee ad escludere la responsabilità amministrativa dell'ente.
Parrebbe individuabile, con riferimento al citato art. 30, una connotazione in chiave "specializzante" rispetto allo schema delineato dal d. lgs. n. 231/2001, nell'ambito di un rapporto che si inserisce nell'ordito complessivo della disciplina della responsabilità amministrativa degli enti, inquadrandosi fra i modelli diretti ad evitare la commissione dei reati presupposto.
In tal caso siamo infatti in presenza di uno strumento programmatico-organizzativo che si caratterizza per la sua valenza endosistematica, rientrando in un contesto esclusivamente finalizzato alla tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, in un'ottica volta a scongiurare la verificazione dei delitti colposi di evento di cui agli artt. 589 (*Omicidio colposo*) e 590 (*Lesioni personali colpose*), a cui fa riferimento l'art. 25 *septies* del d. lgs. n. 231/2001, inserito dall'art. 9 della l. 3 agosto 2007, n. 123 e successivamente integralmente sostituito dall'art. 30 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81[1].
E' significativa in tal senso la definizione dello schema di organizzazione, gestione e controllo contenuta all'art. 2, comma 1, lett. *dd*) del d. lgs. n. 81/2008, che fa riferimento ad un «modello organizzativo e gestionale per la definizione e l'attuazione di una politica aziendale per la salute e sicurezza, ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. *a*), del d.l. 8 giugno 2001, n. 231, idoneo a prevenire i reati di cui agli artt. 589 e 590, comma 3, del codice penale, commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela della salute sul lavoro».
Premesso che proprio con l'introduzione dei "delitti presupposti" di cui all'art. 25 *septies* «si è giunti a toccare il cuore delle problematiche empirico – criminologiche sottostanti all'accoglimento del principio *societas delinquere non potest*», in quanto detti reati rappresentano «una delle manifestazioni più pericolose ed aggressive della criminalità delle imprese» [2], va evidenziato come il legislatore, con l'art. 30, abbia inteso integrare la disciplina generale del modello organizzativo e gestionale, di cui agli artt. 6 e 7 del d. lgs. n. 231/2001, con dei contenuti ulteriori calibrati, in maniera specifica, al rischio inerente alla verificazione dei reati di omicidio colposo o di lesioni personali colpose, derivante dalla violazioni delle norme sulla salute e sicurezza sul lavoro [3].
Appare possibile sostenere che l'art. 30 sia intervenuto in chiave "sinergica" rispetto al disposto del d. lgs. n. 231/2001, al fine di rafforzare in tal

modo la tutela dei beni della vita e dell'incolumità fisica dei lavoratori rispetto ai pericoli derivanti dall'attività aziendale.
Molti, come vedremo, sono gli elementi di sostegno a detta impostazione. Uno di questi è rappresentato dal riconoscimento della sussistenza di una comune "filosofia" di base, ispirata, tra l'altro, ad un'ottica aliena dal mantenere la verifica di "congruità" del modello entro un contesto a dimensione "statica", e volta invece ad una considerazione in chiave "dinamica", diretta ad esigere la costante verifica della sua efficacia e il conseguente doveroso adeguamento ai mutamenti che possono intervenire col trascorrere del tempo.
Si è parlato di un rapporto di "complementarietà", osservandosi come, rispetto allo schema di cui all'art. 6 del d. lgs. n. 231/2001, tendente a delineare il modello di organizzazione idoneo ad evitare la commissione dei "reati presupposti", inseriti nella parte speciale del predetto testo normativo, l'art. 30 del d. lgs. n. 81/2008 non operi delle deroghe ma tenda invece a indicare quali siano le connotazioni necessarie affinché un modello possa proficuamente perseguire lo scopo consistente nell'evitare la perpetrazione dei reati colposi a cui fa riferimento il sovra citato art. 25 *septies* [4].
In quest'ottica, è stato ravvisato un nesso di "continenza", rilevandosi come il modello *ex* art. 30 del d. lgs. n. 81/2008 si inserisca nel contesto delineato dal d. lgs. n. 231/2001 configurandosi per la sua peculiare connotazione, rivolta alla tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro [5].
Sia il MOG delineato in via generale dal d. lgs. n. 231/2001sia quello specificamente previsto dall'art. 30 del d. lgs. n. 81/2008 appaiono connotati dalla facoltatività della loro adozione.
Non deve indurre a diverse considerazioni il dettato del primo comma dell'art. 30, in base al quale il modello di organizzazione e di gestione idoneo ad avere efficacia esimente «deve essere adottato ed efficacemente attuato».
E' stato infatti osservato che «essendo carente una espressa disciplina sanzionatoria in caso di omessa predisposizione del modello» deve escludersi la cogenza della sua applicazione, anche per quanto concerne la sicurezza sul lavoro [6].
Partendo da queste premesse, occorre peraltro analizzare, in maniera più approfondita, se davvero l'art. 30 del d.lgs. n. 81/2008 si sia semplicemente limitato a riproporre le indicazioni ricavabili da una corretta applicazione della disciplina in tema di responsabilità degli enti, adattandole al comparto della sicurezza sui luoghi di lavoro, o non abbia invece introdotto, in questo specifico settore, ulteriori e più significativi elementi di novità.
Alcune considerazioni afferenti i contenuti della norma in oggetto sembrerebbero avallare questa seconda opzione, permettendo in tal modo di superare le critiche di quanti sostengono la sostanziale "inutilità" dell'art. 30, ed affermano che questa disposizione, ribadendo e reiterando prescrizioni già contenute nel d. lgs. n. 231/2001, rischia in tal modo di apparire "fuorviante" [7], in quanto non permette di far comprendere all'interprete quali siano le indicazioni ulteriori rispetto a quelle risultanti degli artt. 6 e 7 della "normativa 231".
Per evidenziare la validità dell'opposta opzione, diretta a confutare tale supposta criticità e ad evidenziare gli elementi di specificità contenuti nell'art. 30, può risultare opportuno menzionare al riguardo il secondo comma dell'articolo in esame, volto ad imporre *ad substantiam* la predisposizione e la conservazione della documentazione atta a comprovare l'adempimento delle prescrizioni in tema di controlli previste dal legislatore [8]; è infatti stato stabilito che «il Modello organizzativo e gestionale di cui al comma 1 deve prevedere idonei sistemi di registrazione dell'avvenuta effettuazione delle attività di cui al comma 1».
Pertanto l'attività di *risk assessment*, che in genere, al di fuori dell'ambito specifico della sicurezza del lavoro, viene riportata nel MOG mediante la mera indicazione del risultato del livello di rischio – reato emerso (che può essere: elevato, medio, basso o nullo), esige invece un'apposita formalizzazione nella materia antinfortunistica.
La dottrina ha sottolineato come tale esigenze appaia legata alla particolare delicatezza di questo settore, rilevando che il dovere di conservazione della documentazione «potrebbe mostrare una reale funzionalità di contrasto rispetto a possibili manipolazioni di dati preordinate a sottovalutare i rischi» [9].
Occorre poi ricordare il contenuto del quinto comma dell'art. 30, in base al quale «In sede di prima applicazione, i modelli di organizzazione aziendale definiti conformemente alle Linee guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL) del 28 settembre 2001 o al *British Standard* OHSAS 18001: 2007 [10] si presumono conformi ai requisiti di cui al presente articolo per le parti corrispondenti».
Questo dettato, volto a delineare un criterio di conformità, sia pur limitato alle sole «parti corrispondenti», evidenzia, come avremo modo di sottolineare, la necessità di tener conto del reale impatto e dell'effettiva valenza derivante dall'inserimento di previsioni ispirate ad una matrice aziendalistica in un contesto che deve rapportarsi ad una visione modellata dai dettami

penalistici.
Il rinvio alle Linee guida ed agli Standard della ISO, concernenti le aree di "*Occupational Health and Safety*" (*Salute e sicurezza sul lavoro*) impone peraltro un ulteriore approfondimento.
Occorre cioè accertare se «per le parti corrispondenti» debba o meno essere automaticamente riconosciuta, in sede di giudizio, l'efficacia esimente del modello.
In realtà il quesito è agevolmente risolubile, sulla base di una serie di considerazioni, tra loro collimanti.
La presunzione così delineata dal legislatore non può infatti operare come presunzione *iuris et de iure*, ma come semplice presunzione *iuris tantum* [11]. Se si sostenesse il contrario si fornirebbe all'ente uno scudo protettivo "fisso" destinato a protrarsi nel tempo, in contrasto con l'esigenza, che connota il regime della sicurezza del lavoro, di un adeguamento costante dei modelli organizzativi alle esigenze concrete ed all'evoluzione delle singole realtà aziendali, alla luce delle peculiarità organizzative di ogni impresa.
Si porrebbe in radicale antitesi rispetto alla *ratio* dell'intera normativa in esame un'impostazione che precludesse al giudice la possibilità di valutare la reale attuazione di un determinato modello e la sua perdurante corrispondenza ai mutamenti tecnologici e imprenditoriali, e dunque il suo adattamento "dinamico" rispetto a tali cambiamenti [12].
Del resto la Cassazione ha giustamente escluso la possibilità di una totale sovrapposizione tra i MOG ed i modelli ISO, che, se da un lato rispecchiano le *best practises* in materia di gestione della salute e della sicurezza sul lavoro, d'altro canto risultano però carenti di elementi che devono invece essere necessariamente contenuti nei MOG, tra cui la previsione di un adeguato sistema sanzionatorio [13].
Altro aspetto significativo e del tutto peculiare è rappresentato dal contenuto del comma 5-*bis* dell'art. 30, volto ad agevolare l'adozione del modello con riferimento alle realtà aziendali le cui dimensioni non particolarmente elevate imporrebbero talora scelte "riduttive", in considerazione degli innegabili oneri finanziari derivanti dalla predisposizione del MOG [14].
E' stato così attribuito alla Commissione consultiva permanente il compito di elaborare delle «procedure semplificate per la adozione e la efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione della sicurezza nelle piccole e medie imprese» [15].
Appare peraltro possibile sviluppare un'ulteriore considerazione, volta a rilevare come il legislatore, prendendo forse atto della scarsa determinatezza dei criteri fissati dal c.d. "Modello 231", che finisce con l'attribuire al sindacato giudiziale un ambito di intervento dai confini sostanzialmente confusi, proprio a causa di tale carente puntualizzazione [16], abbia cercato, al fine di contenere nella materia della sicurezza del lavoro l'altrimenti inevitabile discrezionalità di questo vaglio ad opera della magistratura, di prevedere «parametri di organizzazione più specificamente calibrati sul rischio di verificazione dei reati indicati nell'art. 25 - *septies*» [17].
Al riguardo, peraltro, le criticità di fondo non possono certo ritenersi superate.
Sebbene in questa materia il legislatore abbia scelto di riversare sull'ente l'onere di dar vita sostanzialmente ad un processo di *lawmaking*, e dunque a quella che è stata definita come "autonormazione" da parte dell'ente [18], in chiave di adempimento degli obblighi prevenzionali, individuando, in base alle specificità dei singoli assetti e della continua evoluzione delle tecniche e dei saperi scientifici afferenti al settore della sicurezza, i modelli più idonei al fine di scongiurare la verificazione di determinati eventi lesivi, rimane comunque sempre incerto l'esito della valutazione concernente la loro efficacia e idoneità.
E' stata sottolineata la sussistenza di una situazione paradossale derivante dal fatto che «il processo di giuridificazione della norma privata», e dunque il controllo da parte del giudice circa l'efficacia del modello «si attiva solo nel momento in cui si è verificato un evento lesivo, ovvero quando quella disciplina si sia dimostrata inefficace», aggiungendosi come «spesso il giudice accerti attraverso un giudizio retrospettivo – ovvero con il "senno del poi" – l'inefficacia della disciplina aziendale e di conseguenza la sua impossibilità a fungere da elemento di valutazione e di limitazione della responsabilità colposa» [19].
Appariva del resto impossibile ipotizzare, a priori e con riferimento alla quasi infinita gamma di differenti situazioni aziendali, uno standard "assoluto", un "tetto" di garanzia, un assetto ideale idoneo comunque a raggiungere il *benchmark* di idoneità nella prospettiva di riduzione del rischio entro parametri atti ad escludere la penale responsabilità dell'ente [20].

2. Responsabilità dell'ente e responsabilità individuali.

Non sembra inutile soffermare l'attenzione, seppur brevemente, sui diversi piani volti a distinguere e connotare la responsabilità della *societas*, a titolo autonomo.
E' stata prevista, in chiave esimente, la predisposizione di modelli organizzativi e gestionali atti a comprovare l'avvenuto rispetto del dovere di

adeguata organizzazione.
Può dunque essere differenziata la posizione dell'ente, che non deve rispondere in ordine agli stessi addebiti ed alle medesime responsabilità gravanti, a titolo personale, sui vari garanti della sicurezza operanti nell'ambito dell'organizzazione aziendale, a partire dal datore di lavoro, dai dirigenti, per poi proseguire con le ulteriori figure tipizzate al riguardo dalla legge, tra cui i preposti.
Per quanto concerne l'ambito di potenziale sovrapposizione dei piani, all'ente è addebitabile, nel suo complesso «la c.d. colpa di organizzazione, categoria schiettamente normativa e necessariamente calibrata sulla "neutralità psicologica" di un soggetto privo di umana fisicità» [21], i singoli individui, persone fisiche, risponderanno per aver personalmente cagionato o contribuito a cagionare l'evento delittuoso consistente nella morte o nelle lesioni personali di uno o più lavoratori.
Occorre ricordare che la commissione di un reato, da parte di una persona fisica, nell'interesse o vantaggio dell'ente, costituisce il presupposto indefettibile per la responsabilità della *societas*; in tal caso, mentre non è indispensabile a questo riguardo che detto soggetto sia stato individuato, è peraltro comunque sempre necessario accertare l'avvenuta concretizzazione del reato presupposto, nei suoi elementi oggettivi (non rilevando invece l'eventuale condizione di non imputabilità di colui che ha posto in essere questo reato).
Al fine di sciogliere il nodo della distinzione fra la responsabilità ascrivibile ai singoli individui e la responsabilità dell'ente collettivo bisogna inoltre rimarcare che la realizzazione di uno dei reati presupposti non è di per sé sufficiente a far ritenere configurata la responsabilità dell'ente, occorrendo che il fatto di reato sia espressione di un *deficit* di organizzazione, e sia quindi "rimproverabile" all'ente [22].
Sebbene sia stato talora sottolineato che «la colpa da organizzazione del settore antinfortunistico coincide con la stessa colpa antinfortunistica del datore di lavoro persona fisica» [23], va precisato che appare difficile ravvisare una totale identità di prospettive, in quanto, a prescindere da ogni ulteriore considerazione, anche laddove sussista la colpa individuale per il reato presupposto l'ente potrà veder esclusa la propria responsabilità per "colpa di organizzazione", laddove abbia adottato ed efficacemente attuato un modello astrattamente idoneo a scongiurare la commissione dei "reati presupposti".
Non è questa la sede per affrontare un tema di straordinaria delicatezza quale è quello della scaturigine della responsabilità *ex crimine* degli enti, essendo sufficiente limitarci a rilevare l'insufficienza di un acritico richiamo alla tesi tradizionale dell'immedesimazione organica, occorrendo condividere la considerazione volta ad evidenziare come l'impostazione che si basa unicamente su questa tesi per giustificare la responsabilità degli enti collettivi possa apparire «fallace e inadeguata sia sul piano empirico-criminologico che sul piano dommatico-costituzionale» [24], dovendosi invece tendere a ravvisare sotto questo aspetto una reale "personalizzazione" e "soggettivizzazione" dell'addebito rivolto alla *societas*, onde poter in tal modo sceverare in maniera assai più netta «il "fatto proprio" e la "colpevolezza" corporative da quelle individuali» [25].
Il fondamento criminologico del *corporate crime*, distinto rispetto alla responsabilità delle singole persone fisiche, il criterio ascrittivo dell'addebito elevabile in via autonoma all'ente è individuabile nell'esigibilità, dal punto di vista soggettivo, di un adeguato assetto organizzativo, atto alla "riduzione" del rischio, occorrendo al riguardo aver ben presente che «il giudizio sull'idoneità di un modello organizzativo non passa per la capacità dello stesso di impedire e precludere in termini assoluti la commissione di illeciti nell'ambito dell'attività aziendale e ciò per la semplice ragione che non esiste alcuna misura preventiva che sia in grado di garantire il raggiungimento di un tale risultato» [26].
L'ente non risponde per la mera violazione colposa della regola cautelare da parte del singolo, ma per non aver posto e mantenuto «le pre-condizioni organizzative dell'osservanza individuale» [27]; l'adozione di un adeguato protocollo preventivo e la diuturna vigilanza in ordine alla sua efficace attuazione valgono ad escludere la responsabilità della *societas* [28], anche nell'ipotesi in cui sia invece ravvisabile la commissione, da parte di un singolo individuo, di un reato rientrante fra quelli delineati dal d. lgs. n. 231/2001.
L'avvenuta perpetrazione dei "reati presupposti" non dove infatti condurre alla sbrigativa conclusione volta a ritenere, in tal caso, quasi automatico un giudizio di inidoneità del modello organizzativo precedentemente attuato, giacché «la circostanza che siano stati commessi reati nell'interesse o a vantaggio della società non è affatto indice dell'inidoneità della *compliance* aziendale, né tanto meno può sostenersi che il reato è conseguenza di una "colpa di organizzazione"» [29].
Per potersi avvalere dell'efficacia esimente, dello "scudo" offerto dal legislatore l'ente deve però essere in grado di dimostrare di aver adottato ed efficacemente attuato dei modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire uno di tali illeciti;

specularmente, la colpa di organizzazione è ravvisabile qualora possa essere mosso alla *societas* un rimprovero di inottemperanza nell'adozione delle opportune cautele al riguardo.
E' ben noto come, per quanto concerne l'attribuzione all'ente collettivo della responsabilità in ordine ai reati previsti dall'art. 25 – *septies* del d. lgs. n. 231/2001, consistenti nella verificazione delle fattispecie delineate dagli artt. 589 e 590 c.p., relative alla morte o alle lesioni gravi di uno o più lavoratori, fossero state esternate inizialmente numerose perplessità concernenti la presunta incompatibilità rispetto a questi delitti dei criteri attributivi di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 231/2001, in base ai quali il fatto deve essere stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente, essendo stato osservato che nella quasi totalità dei casi la concretizzazione di simili drammatici eventi si traduce invece in un danno gravissimo per l'ente, comportando un nocumento di enorme portata, anche dal punto di vista dell' "immagine" [30].
Tali dubbi sono stati peraltro generalmente superati dalla giurisprudenza che, anche al fine di non rendere evanescente l'operatività di una simile previsione, ha accolto una soluzione esegetica diretta a focalizzare l'attenzione sulla condotta inosservante delle regole cautelari [31]. Laddove la condotta che ha provocato l'evento fosse finalizzata ad evitare costi all'ente o ad aumentare la produzione saremmo in presenza di fatti commessi nell' "interesse" dell'ente; qualora invece essa, pur non risultando inquadrabile entro i parametri dell' "interesse", abbia comunque determinato un arricchimento aziendale, anche in termini di riduzione di spesa, potrebbe dirsi configurato il secondo requisito delineato dal legislatore quale presupposto per l'insorgenza della responsabilità.
Conseguentemente, l'interesse ed il vantaggio coinciderebbero «con il "risparmio" di spesa sui costi della sicurezza e il "guadagno" sui tempi operativi per la realizzazione dell'attività produttiva» [32].

3. L'obbligo di vigilanza gravante sul datore di lavoro, in caso di delega di funzioni, ai sensi dell'art. 16, comma 3, del T.U.S., ed il suo adempimento mediante l'adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'art. 30, comma 4, del d. lgs. n. 81/2008.

In base al primo comma dell'art. 16 del d. dlg. n. 81/2008 la delega di funzioni da parte del datore di lavoro, laddove non risulti espressamente esclusa, è ammessa purché: *a*) essa risulti da atto scritto recante data certa; *b*) il delegato possegga i requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate; *c*) essa attribuisca al delegato tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate; *d*) essa attribuisca al delegato l'autonomia di spesa necessaria allo svolgimento delle funzioni delegate; *e*) la delega sia accettata dal delegato per iscritto [33].
Appare corretto affermare che nell'ambito aziendale la delega di funzioni rappresenta l'atto organizzativo, interno all'impresa, con cui il delegante, e dunque il datore di lavoro, in presenza di determinati requisiti, rispettivamente di carattere soggettivo ed oggettivo, trasferisce al soggetto delegato dei doveri che altrimenti graverebbero su di lui, in via originaria, ed il cui omesso o negligente adempimento può dar luogo ad ipotesi di responsabilità anche di natura penale.
E' stato osservato che «nel caso della delega l'atto negoziale ha un'efficacia propriamente generatrice o 'costitutiva' di un nuovo centro di imputazione penale, giacché al "delegato" in senso stretto vengono conferite – entro limiti che possono variare, sia sul piano normativo – astratto che concreto – quote di responsabilità funzionale di pertinenza *ab origine* del dante causa (in quanto titolare della particolare qualifica soggettiva richiesta dalla legge» [34].
Venendo ora a quanto di specifico interesse ai fini della nostra disamina, dobbiamo rilevare che ai sensi dell'art. 16, terzo comma, il legislatore, dopo aver chiarito che «la delega di funzioni non esclude l'obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite», evidenzia come l'obbligo di vigilanza che grava sul datore di lavoro delegante, secondo il dettato del predetto T.U.S., si intenda assolto « in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'articolo 30, comma 4» [35].
In altri termini, qualora si concretizzi detto requisito il delegante vedrà esclusa la sussistenza di eventuali ipotesi di *culpa in vigilando*.
La tematica relativa al Modello di cui all'art. 30 del d. lgs. n. 81/2008 si salda dunque strettamente a quella afferente alla delega di funzioni ed alle modalità con cui essa può essere comprovata.
In tal modo, laddove l'organo dirigente dell'ente abbia adottato ed efficacemente attuato il modello di organizzazione e gestione di cui all'art. 6 del d. lgs. n. 231/2001 e all'art. 30 del d. lgs. n. 81/2008 «si configurerà, oltre alla esenzione da responsabilità per l'ente, legata alla commissione di uno dei reati presupposto previsti dall'art. 25 – *septies*, d. lgs. n. 231/2001, anche l'esenzione da responsabilità penale per il datore di lavoro che abbia delegato

alcune delle proprie funzioni prevenzionistiche ed abbia predisposto ed attuato il modello di verifica e controllo di cui all'art. 30, comma 3. Viceversa, nel caso in cui l'organo dirigente dell'ente non abbia predisposto ed attuato un idoneo modello organizzativo, limitandosi, tuttavia, ad attuare un adeguato sistema di verifica e controllo, sarà esclusa l'efficacia esimente ai fini della responsabilità dell'ente, ma il datore di lavoro, delegante, non sarà chiamato a rispondere penalmente in quanto avrà assolto correttamente all'obbligo di vigilanza di cui all'art. 16, comma 3» [36].

E' innegabile che, in virtù del predetto art. 16, comma 3, T.U.S. «i due piani della responsabilità "amministrativa" dell'ente per omicidio colposo o lesioni colpose gravi e gravissime (art. 25-*septies* d. lgs. n. 231/2001) e della responsabilità penale individuale vengono fortemente intrecciati tra loro»[37].

Nella dizione originaria dell'art. 16 del T.U.S. veniva affermato che detto obbligo di vigilanza si esplicava «anche» attraverso i sistemi di verifica e controllo di cui all'articolo 30, comma 4, del d. lgs. n. 81/2008, e ciò poteva indurre l'interprete a ritenere che in tal caso, per comprovare l'osservanza dell'obbligo di vigilanza, il delegante, oltre all'adozione dei sistemi di verifica e di controllo, dovesse dimostrare di aver posto in essere delle ulteriori iniziative, il cui contenuto peraltro non appariva affatto chiaro.

La modifica ha fatto venir meno i dubbi esegetici al riguardo, eliminando l'inciso «anche» e chiarendo in maniera inconfutabile, mediante il dettato «si intende assolto», come la prova dell'adozione e della concreta implementazione del sistema di verifica e controllo permetta di far ritenere assolto l'obbligo di vigilanza gravante sul delegante, in virtù di un'espressa presunzione legale in tal senso.

Va ricordato che, come si evince chiaramente dal dettato del predetto art. 16 del T.U.S., la semplice adozione del modello non vale ad escludere la responsabilità, occorrendo che a tale elemento si assommi comunque il controllo successivo sulla persistente osservanza del modello.

Infatti, ai sensi del richiamato quarto comma dell'art. 30, il legislatore impone la previsione di un idoneo sistema di controllo non solo sull'attuazione del medesimo modello ma anche «sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate».

Deve infine ritenersi, per quanto concerne la valenza della presunzione legale, che essa non possa essere considerata una presunzione *iuris et de iure*, ma una presunzione relativa, *iuris tantum*. Altrimenti, dovremmo giungere all'inammissibile conclusione in base alla quale ogni qual volta sia stato adottato ed efficacemente attuato un idoneo modello organizzativo non potrebbe più essere ritenuto violato il dovere di sorveglianza gravante sul delegante anche qualora costui, messo a conoscenza della sussistenza di colpevoli violazioni poste in essere dal delegato, abbia mantenuto al riguardo un comportamento di colpevole inerzia.

4. I rapporti tra il MOG e il complesso delle previsioni concernenti il Sistema di prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali.

Il modello previsto dall'art. 30 del d. lgs. n. 81 del 2008 si inserisce con una connotazione sostanzialmente omogenea all'interno del complessivo Sistema di prevenzione dei rischi in ambito lavorativo (SPRL).

Non può peraltro essere sottaciuto il fatto che, mentre ad esempio il documento di valutazione dei rischi (DVR) si concentra sui rischi connessi al ciclo produttivo, estendendo in tal modo l'analisi anche ai lavoratori, nel modello di organizzazione e gestione il *focus* si appunta, a monte, sul processo decisionale volto alla prevenzione, e si indirizza a coloro i quali, all'interno dell'ente, sono esposti al rischio di commettere reati di omicidio colposo o di lesioni colpose gravi o gravissime in violazione delle norme sulla tutela della salute e della sicurezza sul lavoro.

Purtuttavia, il rilievo volto ad evidenziare che un MOG è finalizzato ad eliminare o ridurre il rischio – reato, ed è strumentale all'esenzione della responsabilità dell'ente, mentre il Sistema di prevenzione dei rischi in ambito lavorativo nella sua globalità appare orientato a eliminare o ridurre i rischi da lavoro, non deve indurre a privilegiare un'ottica che focalizzi l'attenzione solo su questa diversità teleologica, trascurando la sussistenza dei profondi, innegabili elementi di corrispondenza tra i due assetti.

Sarebbe errato sostenere che la visione di fondo ispiratrice del MOG, e anche di quello delineato dall'art. 30 del d. lgs. n. 81/2008 in materia di sicurezza del lavoro, tenda a "superare" l'impostazione che connota la restante parte del Testo unico in materia di tutela della salute e della sicurezza del lavoro, evidenziando la necessità di una visione di insieme incentrata su una disamina complessiva delle fonti di rischio, rispetto ad interventi limitati alla predisposizione di singole regole cautelari d'indole tecnica.

Da tempo infatti, e quanto meno dalla metà degli anni novanta, é emerso in maniera nitida come le tematiche della sicurezza del lavoro esigano un approccio basato non solo sulla risoluzione

di singole problematiche specificamente legate all'utilizzo di determinati macchinari o al contatto con materiali potenzialmente pericolosi per la salute dei lavoratori, ma anche su un'efficace organizzazione e controllo, in quanto proprio nella "colpa di organizzazione" possono annidarsi rischi aventi una valenza altamente drammatica [38].

E' stata pertanto lucidamente sottolineata la chiara assonanza sussistente tra i modelli organizzativi e gestionali, diretti a prevenire la commissione di specifiche figure di reato, delineati dal d. lgs. n. 231/2001, in un'ottica a cui si ispira anche l'art. 30 del d. lgs. n. 81/2008, con una funzione esimente della responsabilità dell'ente, ed il generale sistema di prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali, quantomeno a partire dalla sua evoluzione conseguente al d. lgs. n. 626/1994 [39].

Una parte consistente della dottrina peraltro è andata assai più in là, giungendo a ravvisare una totale sovrapposizione dei rispettivi piani di intervento.

Si è così affermato, in particolare, che dovrebbe essere riconosciuta la «necessità di inglobare all'interno del modello le regole e le misure preventive contenute nel testo unico sulla sicurezza sul lavoro» [40], individuandosi una piena coincidenza tra il MOG e le soluzioni accolte dal T.U.S. in ordine alla complessiva valutazione del rischio e alla predisposizione di idonee misure di prevenzione [41].

Riteniamo invece che la riconosciuta assonanza di approccio non valga ad escludere totalmente la sussistenza di alcune potenziali frizioni, derivanti dalla confluenza di previsioni che finiscono per evidenziare talune diversità, derivanti dalla sussistenza di un'intersecazione non sempre priva di disomogeneità tra visioni incentrate su un'ottica prevalentemente giuslavoristica ed aziendalistica ed altre necessariamente focalizzate sul richiamo alle connotazioni penalistiche, derivanti dallo specifico riferimento ai "reati presupposti" di cui all'art. 25 *septies* del d.lgs. n. 231/2001[42].

Appare condivisibile la tesi di chi sostiene la «irriducibilità *ad unum*, sia pure nell'ambito di un rapporto di stretta correlazione, tra sistema di prevenzione aziendale e modello organizzativo in funzione antinfortunistica *ex* d. lgs. n. 231/2001» [43].

Del resto, anche dal punto di vista sistematico, mentre i documenti antinfortunistici sono redatti ai sensi degli artt. 26 e 28 del d. lgs. n. 81/2008, il modello di organizzazione e gestione, elaborato sull'impianto delle previsioni contenute nel d. lgs. n. 231/2001, è invece disciplinato dall'art. 30 del predetto d. lgs. 81/2008.

Occorre poi rilevare come, mentre il modello di cui all'art. 30 del d. lgs. n. 81/2008 appaia ispirato, in maniera unidirezionale, al canone di auto-regolamentazione della sicurezza [44], fondato sul principio dell'analisi del rischio, e dunque sul dovere di predisporre una corretta e compiuta valutazione di tutti i potenziali fattori idonei a mettere in pericolo la vita e l'incolumità personale dei lavoratori, dal restante complesso del Testo unico in materia di tutela della salute e della sicurezza del lavoro pare invece emergere un insieme volto a coniugare il criterio di auto-regolamentazione della sicurezza con quello di etero-regolamentazione, in cui è il legislatore a prescrivere, in maniera diretta, le regole finalizzate all'eliminazione o riduzione del rischio [45].

Troviamo infatti una ricca serie di indicazioni concernenti la specifica adozione delle cautele che devono essere adottate in determinati contesti e rispetto a determinate lavorazioni, concernenti i fattori, insiti nel processo produttivo, potenzialmente atti a comportare infortuni o malattie professionali; è dunque ivi contenuta la predisposizione di una serie di specifiche regole cautelari modali, la cui inosservanza farebbe insorgere una responsabilità a titolo omissivo.

Si pensi, in particolare, ai fattori di rischio per la sicurezza e la salute dei lavoratori, delineati dai titoli dal II all'XI del d. lgs. n. 81/2008.

Viene in tal caso in esame la specifica sfera esecutiva del lavoro, in relazione alla quale il sistema di prevenzione giuslavoristico da tempo aveva delineato, nell'ambito di una logica cautelare, l'obbligo di adozione di specifiche procedure operative.

Ricordiamo al riguardo, a titolo di esempio, come l'art. 80 del d. lgs. n. 81/2008, ai commi 3 e 3 *bis*, si occupi dell'uso e manutenzione degli impianti elettrici; l'art. 116, comma 2 puntualizzi i sistemi di accesso e posizionamento mediante funi; l'art. 169 delinei le procedure per la movimentazione manuale dei carichi; l'art. 272, lett. *g*) descriva come debbano essere prelevati, manipolati e trattati i campioni di origine umana ed animale al fine di prevenire i rischi derivanti da agenti biologici.

Con riferimento alle tematiche inerenti alla sicurezza sul lavoro, il legislatore «chiaramente impone al datore di lavoro di adottare tutte le prescrizioni di natura precauzionale individuate dalla normativa di settore e non consente all'imprenditore di giustificare eventuali inottemperanze asserendo di non essere in grado di sostenere i relativi costi» [46].

Mentre per quanto concerne l'obbligatoria adozione di determinate misure precauzionali appare agevole la verifica concernente l'adeguamento a tale dovere, nel caso dell'adozione dei modelli organizzativi e

gestionali diretti ad evitare la commissione dei "reati presupposti" la normativa introdotta si limita a delineare l'obiettivo consistente nella prevenzione degli illeciti commessi nell'interesse o a vantaggio dell'ente, affidando ai vertici dell'impresa la scelta degli strumenti idonei, in chiave di predisposizione e programmazione, per giungere a detto risultato, e rimettendo poi di fatto al giudice, qualora venga riscontrata la perpetrazione, nell'ambito dell'attività aziendale, di uno dei delitti di cui all'art. 25 - *septies* d. lgs. n. 231/2001, la valutazione circa l'adeguatezza degli assetti organizzativi adottati dall'ente [47].

5. Il procedimento diretto alla prevenzione dei rischi nel DVR e nel MOG ex art. 30 del d. lgs. n. 81/2008.

La giurisprudenza, analizzando la *ratio* del documento di valutazione dei rischi (DVR) ha sottolineato che il sistema di sicurezza aziendale si configura come un procedimento di programmazione della prevenzione globale dei rischi, rilevando come la tutela penale dell'integrità psicofisica dei lavoratori nell'attuale disegno normativo sia indissolubilmente legata alla scelta di fondo da parte del legislatore di attribuire un rilievo preminente alla prevenzione dei rischi connessi all'attività lavorativa, basata sulla programmazione globale del sistema di sicurezza aziendale, alla luce di un processo partecipato caratterizzato dal coinvolgimento di tutti i potenziali interessati.

Si può osservare come qualunque approccio, in chiave sistematica, alla tematica della prevenzione dei rischi debba ispirarsi al modello noto come "ciclo di Deming" [48], definito anche come diagramma circolare PDCA, che rappresenta l'acronimo di *Plan* (pianificare); *Do* (realizzare), *Check* (verificare); *Act* (mantenere).

Al di là delle formule, occorre necessariamente provvedere dapprima ad un'attività di *risk assessment*, concernente l'iniziale individuazione e valutazione dei rischi, alla quale deve poi far seguito un'operazione di *risk management* [49]; i moduli così realizzati vanno inoltre costantemente rivisti ed eventualmente modificati alla luce dei mutamenti che possono interessare l'ambito aziendale di riferimento.

Sia per il DVR che per il MOG può valere la considerazione in base alla quale formulazioni in termini vaghi e generici appaiono sintomatiche di un adempimento degli obblighi prevenzionali in chiave meramente burocratica, formale ed "estetica", e dunque del tutto inidonea ad individuare ed esplicitare le regole cautelari che dovrebbero invece essere adottate in relazione ad una specifica realtà aziendale, e dunque ad attribuire un'efficacia esimente [50].

Altro elemento di assonanza è dato dalla considerazione in base alla quale il MOG di cui all'art. 30 del d. lgs. n. 81 del 2008, così come l'intero sistema di prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali «perseguono, in diverso modo, il medesimo *telos* finale: assicurare l'incolumità fisica e la salute dei lavoratori, prevenendo eventi pregiudizievoli» [51].

Indubbi, come già avevamo rilevato in precedenza, sono peraltro anche gli aspetti di non coincidenza. Appare più corretto parlare di non coincidenza, anziché di divergenza, in quanto i rispettivi criteri appaiono ispirati a schemi scaturenti, almeno parzialmente, da radici ideali comuni; oltretutto, analizzando il primo comma dell'art. 30 [52], emerge come sia innegabile «l'assonanza con gli adempimenti precauzionali imposti attraverso l'art. 28 dello stesso d. lgs. n. 81/2008 (norma rivolta a disciplinare l'obbligo del datore di lavoro, persona fisica, di valutare i rischi della propria impresa» [53].

I rispettivi "orizzonti" non sono tuttavia del tutto identici, e proprio partendo da tale premessa deve giungersi alla conclusione secondo cui «il documento di valutazione dei rischi e il modello di organizzazione sono due documenti autonomi e distinti» [54].

In primo luogo, il MOG mira a delineare un programma organizzativo e gestionale la cui adozione e concreta applicazione possa valere ad escludere la responsabilità dell'ente derivante dalla mancata prevenzione dei reati colposi di cui agli artt. 589 e 590 c.p., posti in essere con violazione delle norme in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, e dunque inevitabilmente focalizza la sua attenzione su queste due specifiche fattispecie di reato, laddove il sistema di prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali nel suo complesso ha un ambito di riferimento assai più vasto, esteso alla "salute" dei lavoratori, e cioè allo «stato di completo benessere fisico, mentale e sociale», ai sensi dell'art. 2, lett. *o*) del T.U.S.

Si pensi, a titolo di esempio, alla situazione di potenziale *stress* del lavoratore, e alle considerazioni incentrate sulla necessità della tutela del benessere psicologico degli addetti alle varie lavorazioni, che esulano, almeno di regola, dal campo di intervento del MOG.

Mentre i modelli organizzativi delineati dal d. lgs. n. 231 del 2001 appaiono esclusivamente «orientati a eliminare o ridurre il rischio-reato, ossia il rischio che coloro che agiscono all'interno dell'organizzazione commettano reati nell'interesse o a vantaggio della stessa» [55], invece il DVR tende

ad eliminare o ridurre tutti i rischi derivanti dalla prestazione lavorativa.
Vi è infatti «uno scarto sotto il profilo strutturale, organizzativo e finalistico» tra il MOG *ex* art. 30 d. lgs. n. 81/2008 ed il DVR [56].
Come è stato lucidamente osservato, sebbene la valutazione del "rischio-reato" sia «tutt'altro che indifferente alla disamina dei rischi infortunistici compiuta con il DVR, dovendo anzi, per forza di cose, tener conto di tale ricognizione», purtuttavia «l'oggetto del *risk assessment*, nei due *framework* in esame, non è perfettamente sovrapponibile, cosicché variano, a valle, anche le concrete misure organizzativo – preventive che compongono la rispettiva trama contenutistica e, per l'effetto, l'area del "rischio consentito" pertinente al garante individuale e a quello collettivo» [57].
Inoltre, ovviamente, diversi sono i destinatari; da un lato abbiamo l'ente, dall'altro i soggetti fisici ai quali, in virtù delle loro funzioni, di fatto o di diritto, l'ordinamento attribuisce il ruolo di garanti in tema di sicurezza sul lavoro.
Si può osservare come nel DVR l'analisi risulti incentrata sui rischi connessi al ciclo produttivo e come tale documento sia in tal modo conseguentemente rivolto ed indirizzato anche ai lavoratori, in modo da informarli in ordine alla sussistenza dei pericoli che incombono in relazione a determinati aspetti dell'ambito aziendale, e che risultano particolarmente significativi in alcuni ambiti lavorativi. Invece nel MOG l'attenzione si sposta sul processo decisionale finalizzato alla prevenzione, in un'ottica di tutela il cui obiettivo immediato e diretto non è rappresentato dai lavoratori esposti all'eventualità di divenire vittime di infortuni ma dai soggetti potenzialmente esposti al rischio di commettere i reati colposi di cui agli artt. 589 e 590 c.p., che vengono in tal modo indotti ad adottare degli idonei protocolli organizzativi e gestionali atti a scongiurare detto pericolo [58].
In quest'ottica, va sottolineato come, ai sensi del terzo comma dell'art. 30 del d. lgs. n. 81/2008, il modello organizzativo debba individuare, per quanto richiesto dalla natura e dalle dimensioni della singola realtà aziendale, un'articolazione di funzioni atta ad assicurare le competenze tecniche ed i poteri necessari per la verifica, la valutazione e la gestione del rischio, tanto che si è parlato al riguardo di un obbligo di esplicitazione del c.d. "funzionigramma" [59].
Personalmente, non siamo particolarmente interessati a concentrare l'analisi su questioni che rischiano di apparire meramente terminologiche; conseguentemente, non ci sembra risolutivo soffermare l'attenzione sul quesito se davvero si debba parlare, con riferimento al MOG, di un sistema organizzativo – gestionale di "secondo grado" o di "secondo livello", rispetto ad una tutela "di primo grado" offerta dalle singole previsioni in tema di sicurezza sul lavoro, incentrate su modalità di controllo aventi una valenza tecnico-operativa [60], e se dunque, come talora viene affermato, appaia opportuno esprimersi, in relazione al MOG, in termini di "meta-controllo", vertente sull'attuazione e sulla funzionalità dell'intero modello organizzativo, sia nell' "immediato", sia nel successivo decorso temporale, dovendo, sotto quest'ultimo aspetto, fare riferimento alla specifica previsione di cui al quarto comma del citato art. 30, volta a menzionare come un idoneo sistema di controllo sull'attuazione del modello non possa prescindere dalla verifica in ordine al «mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate».
Occorre invece evidenziare e ribadire come talora sia differente l'angolo di prospettiva delle rispettive disposizioni.

6. Il concetto di rischio nei modelli sulla sicurezza del lavoro.

L'analisi del rischio e la sua gestione assumono un rilievo assolutamente preminente in materia.
Una valutazione in chiave predittiva sull'efficacia di determinate misure assume, con riferimento all'ambito della sicurezza del lavoro, una connotazione sotto più di un aspetto peculiare.
Una congrua ed esaustiva valutazione del rischio, funzionale rispetto a un obiettivo di prevenzione, deve necessariamente abbracciare tutte le composite realtà dell'ente coinvolto, e va condotta secondo il parametro della "massima sicurezza tecnologicamente possibile", da intendersi come criterio di giudizio, anche alla luce della costante evoluzione della scienza e della tecnica, dell'attività sviluppata in chiave di tutela della sicurezza, in una visione «coerente con i valori sottesi alla Costituzione e, in particolare, all'art. 41 Cost., che, nel sancire la libertà di iniziativa economica, impone che la stessa non può svolgersi in modo da recare danno alla sicurezza» [61].
Come è stato efficacemente rilevato, la *ratio* stessa dell'ascrivibilità alla *societas* di una forma di responsabilità è rinvenibile nella consapevolezza del tragico contributo agevolativo talora offerto dall'ente al reato posto in essere da una o più persone fisiche, e che si sostanzia nell'«omesso apprestamento di misure preventive ragionevoli, proporzionate e sistematicamente calibrate sul rischio - reato» [62].
La configurazione di detto rischio [63] è purtroppo incombente nella vita aziendale e la formulazione

di un addebito in capo al soggetto metaindividuale è dovuta alla volontà da parte del legislatore di indurre l'ente, sotto la pressione delle paventate sanzioni, ad approntare tutte le misure volte a scongiurarlo.

L'ente proprio alla luce di tale schema normativo risulta orientato alla predisposizione di un modello organizzativo che, alla luce di parametri di diligenza oggettiva, possa essere ritenuto idoneo, in virtù di una corretta mappatura delle potenziali fonti di pericolo, a scongiurare tale accadimento,

All'opposto, la mancata adeguata adozione di tale assetto, volto a giocare un ruolo decisivo nella materia della prevenzione, rappresenta il fondamento empirico – criminologico del *corporate crime* [64], in un'ottica legata ad un'istanza di «responsabilizzazione penale delle persone giuridiche» [65].

Ed in questa visione si inserisce la considerazione volta ad evidenziare come l'elaborazione del c.d. "diritto penale del rischio", nel settore dell'economia, dell'impresa, della salute e del lavoro, esprima con efficacia la necessità di un approccio, anche in chiave sanzionatoria, anticipato rispetto a quelle che sono le coordinate dal tradizionale "diritto penale dell'evento", essendo esso incentrato sulla mancata adozione o predisposizione di adeguati strumenti di controllo [66].

La nozione di "rischio" è stata specificata, con riferimento alla tematica della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, dall'art. 2, lett. *s*) del d. lgs. n. 81/2008, in base al quale deve ritenersi tale la «probabilità di raggiungimento del livello potenziale di danno nelle condizioni di impiego o di esposizione ad un determinato fattore o agente oppure alla loro combinazione ».

Ovviamente, per un'efficace attività tendente alla riduzione di detto rischio occorre non limitare l'attenzione al momento iniziale di predisposizione dei modelli, dovendo invece esservi una piena consapevolezza circa la necessità della "costanza" della verifica sull'efficacia della loro attuazione e della loro perdurante validità, con controlli che non possono svolgersi in maniera meramente saltuaria ed "intermittente".

Bisogna ricordare che ai sensi del quarto comma, seconda parte, dell'art. 30 del d. lgs. n. 81/2008 è stata imposto il riesame e l'eventuale modifica del modello organizzativo «quando siano scoperte violazioni significative delle norme relative alla prevenzione degli infortuni e all'igiene del lavoro, ovvero in occasione di mutamenti nell'organizzazione e nell'attività in relazione al progresso scientifico e tecnologico».

Appaiono pienamente allineate a detta esigenza, nell'ottica di ogni Modello elaborato ai sensi del d. lgs. 231/2001, le considerazioni volte ad evidenziare la necessità di una continua "ricalibratura" degli assetti precedentemente delineati, onde permettere che essi si adattino compiutamente ai mutamenti gestionali o tecnici che possono interessare la vita di una determinata azienda o impresa, nonché al progredire della scienza e della tecnica nei relativi settori, in una visione necessariamente "dinamica" e non "statica", caratterizzata da periodici aggiornamenti e adeguamenti [67].

1 V. sul punto, tra gli altri, O. Di Giovine, *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti,* in *Cass. pen.,* 2009, p. 1343 ss.; S. Dovere, *Osservazioni in tema di attribuzione all'ente collettivo dei reati previsti dall'art. 25-septies del d. lgs. 231 del 2001,* in *Riv. trim. dir. pen. ec.,* 2008, p. 316 ss.; P. Ielo, *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti,* in *Resp. amm. soc. enti,* 2008, n. 2, p. 67 ss.; G. Marra, *Modelli di organizzazione e di gestione,* in L. Zoppoli – P. Pascucci – G. Natullo (a cura di), *Le nuove regole per la salute e sicurezza dei lavoratori,* II Ed., Ipsoa, Gruppo Wolters Kluwer, II Ed., 2010, p. 581 ss.; M. Pelissero, *L'estensione della responsabilità degli enti ai reati colposi. Una riflessione sui rapporti tra parte generale e parte speciale del d. lgs. 231/2001,* in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile,* Editoriale Scientifica, 2013, p. 1203 ss.; T. Vitarelli, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2012, p. 1249 ss.

2 Per queste affermazioni v. R. Guerrini, *Le modifiche al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231,* in F. B. Giunta – D. Micheletti (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro,* Parte II, *La responsabilità degli enti per i reati in materia di sicurezza,* Giuffrè, 2010, p. 134. Peraltro F. Curi, *L'imprenditore persona giuridica: il 'sistema 231' nel combinato disposto con il Testo Unico salute e sicurezza sul lavoro,* in D. Castronuovo-F. Curi-S. Tordini Cagli-V. Torre-V. Valentini (a cura di), *Sicurezza sul lavoro. Profili penali,* Giappichelli, 2019, p. 141, ha lamentato il fatto che il legislatore non abbia «provveduto a completare opportunamente il quadro inserendo, sempre con funzione di reato presupposto, né la fattispecie di cui all'art. 451 c.p. ("Omissione colposa di cautele o difese contro disastri o infortuni sul lavoro"), né l'art. 437 c.p. ("Rimozione od omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro"); né, per finire, l'art. 434 c.p. ("Crollo di costruzioni o altri disastri dolosi")». Per analoghi rilievi negativi su questo aspetto v. S. Tordini Cagli, *Sicurezza del lavoro e* societas delinquere potest. *Alcune considerazioni critiche sulla mancata inclusione delle fattispecie contro la pubblica incolumità tra i reati "presupposto",*

in D. Fondaroli – C. Zoli (a cura di), Giappichelli, 2014, p. 181 ss.

3 V. in tal senso V. Mongillo, *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza tra responsabilità penale individuale e responsabilità da reato dell'ente: alla ricerca di una plausibile differenziazione,* in A. M. Stile – A. Fiorella – V. Mongillo (a cura di), *Infortuni sul lavoro e dovere di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla «colpa dell'ente»*, Jovene, 2014, p. 23 e 24; per ulteriori considerazioni al riguardo cfr. F. D'Arcangelo, *La responsabilità da reato degli enti per infortuni sul lavoro,* in *Resp. amm. soc. enti,* 2008, n. 2, p. 90 ss.; A. Rossi – F. Gerino, *Art. 25 septies d. lgs. 231/2001, art. 30 d. lgs. 81/2008 e Modello di organizzazione, gestione e controllo: ambiti applicativi e rapporti,* ivi, 2009, p. 12 ss.

4 T. Guerini, *Il ruolo del modello di organizzazione, gestione e controllo nella prevenzione del rischio da reato colposo,* in *Resp. amm. soc. enti,* 2012, n. 4, p. 83 ss.

5 A. Delogu, *L'asseverazione dei modelli di organizzazione e di gestione della sicurezza sul lavoro di cui all'art. 30 del d. lgs. n. 81/2008: analisi e prospettive,* in *Dir. sic. lav.,* 2018, n. 1, p. 31; P. Serra, *I modelli di organizzazione nel settore della sicurezza sul lavoro* (parte II), in *Giur. mer.,* 2013, p. 2515 ss.

6 F. Curi, *L'imprenditore persona giuridica,* cit., p. 171 e 172.

7 V. in tal senso R. Lottini, *Le principali questioni in materia di Modelli di organizzazione, gestione e controllo ex d. lgs. n. 231 del 2001,* in *Giur. merito,* 2013, n. 10, p. 2255 ss.

8 V. sul punto P. Ghini – L. Fruscione, *L'importanza del sistema documentale quale prova della "sufficiente" vigilanza,* in *Resp. amm. soc. enti,* 2012, I, p. 270 ss.

9 M. N. Masullo, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente,* Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 286.

10 OHSAS rappresenta l'acronimo di *Occupational Health and Safety Assessment.* Con la pubblicazione della ISO 45001 "*Occupational Health and Safety Management Systems – Requirements with Guidance for Use*" nel marzo del 2018, la BS OHSAS 18001 è stata ritirata e sostituita dalla BS ISO 45001. V. al riguardo R. Guariniello, *Il T.U. Sicurezza sul lavoro commentato con la giurisprudenza,* Wolters Kluwer, 2018, p. 690. Si é comunque in presenza di norme tecniche, non obbligatorie, il cui rispetto può essere certificato da specifici organismi accreditati. Per quanto concerne la definizione di "norma tecnica", essa è offerta dall'art. 2, comma 1, lett. *u*) del d. lgs. n. 81/2008, in base al quale rientra in tale definizione una «specifica tecnica, approvata e pubblicata da un'organizzazione internazionale, da un organismo europeo o da un organismo nazionale di normalizzazione, la cui osservanza non sia obbligatoria».

11 P. Ielo, *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati,* cit., p. 69.

12 N. Pisani, *Profili penalistici del testo unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro,* in *Dir. pen. proc.,* 2008, p. 835.

13 Cass. pen., sez. VI, 13 settembre 2017, n. 41768, in *Guida dir.,* 2017, f. 44, p. 76, con nota di L. Ferrajoli, *Modello "Deloitte" incompatibile con il MOG della PA.*

14 Cfr. A. Monea, *Il MOG semplificato per le piccole realtà organizzative,* in *Cooperative e enti non profit,* 2015, n.7, p. 33 ss.

15 Peraltro, come osservato da F. Curi, *L'imprenditore persona giuridica: il 'sistema 231',* cit., p. 178 e 179, «le procedure asseritamente "semplificate", prevedono comunque un percorso articolato e molto burocratizzato di gestione dei modelli di organizzazione aziendale».

16 G. Fidelbo, *L'accertamento del modello organizzativo in sede giudiziale,* in A.M. Stile – V. Mongillo – G. Stile (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi. A dieci anni dal d. lgs. n. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma,* Jovene, 2013, p. 173 ss.; V. Mongillo, *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione* ex *d. lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione,* in *Resp. amm. soc. enti,* 2011, n. 3, p. 69 ss.

17 V. Mongillo, *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza,* cit, p. 24.

18 Cfr. V. Torre, *La valutazione del rischio e il ruolo delle fonti private,* in D. Castronuovo - F. Curi - S. Tordini Cagli - V. Torre - V. Valentini (a cura di), *Sicurezza sul lavoro. Profili penali,* cit., p. 46 ss.

19 V. Torre, *La valutazione del rischio e il ruolo delle fonti private,* cit., p. 50; su questa problematica v. anche le approfondite analisi di A. Gargani, *Delitti colposi commessi con violazione delle norme sulla tutela della sicurezza sul lavoro: responsabile "per definizione" la persona giuridica ?,* in M. Bertolino – L. Eusebi – G. Forti (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano,* vol. IV, Jovene, 2011, p. 1939 ss.; nonché A. Mereu, *La responsabilità da reato degli enti collettivi e i criteri di attribuzione della responsabilità tra teoria e prassi,* in *Ind. pen.,* 2006, p. 27 ss.

20 C. Santoriello, *La valutazione di idoneità del modello organizzativo e l'individuazione del livello di rischio accettabile per l'impresa,* in A. Parrotta (a cura di), *La gestione del rischio e i sistemi di prevenzione del reato,* Pacini Giuridica, 2019, p. 147.

21 Cfr. V. Mongillo, *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza,* cit, p. 35.

22 V. al riguardo, volendo, P. Rivello, *Il MOG quale esimente,* in *Resp. amm. soc. enti,* 2018, n. 2, p. 197 ss.

23 F. Giunta, *I modelli di organizzazione e gestione nel settore antinfortunistico,* in *Resp. amm. soc. enti,* 2013, n. 4, p. 15.

24 Cfr. V. Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo,* Giappichelli, 2018, p. 127.

25 V. Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo,* cit., p. 135.

26 C. Santoriello, *La valutazione di idoneità del modello organizzativo e l'individuazione del livello di rischio accettabile per l'impresa,* cit., p. 145.

27 Cfr. V. Mongillo, *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza,* cit, p. 41.

28 A. Racca, *Dalla responsabilità in astratto alla tutela concreta. Riflessioni in materia di strumenti preventivi e gestione del rischio da reato negli enti,* in A. Parrotta (a cura di), *La gestione del rischio e i sistemi di prevenzione del reato,* cit., p. 111; P. Sfameni, *La responsabilità delle persone giuridiche,* in A. Alessandri (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società. D. Lgs. 11 aprile 2002, n. 61,* Ipsoa, 2002, p. 65.

29 C. Santoriello, *La valutazione di idoneità del modello organizzativo*, cit., p. 147.

30 Per una complessiva disamina al riguardo v., in particolare, D. Potetti, *Interesse e vantaggio nella responsabilità degli enti (art. 5 del d. lgs. n. 231 del 2001), con particolare considerazione per l'infortunistica del lavoro,* in *Cass. pen.,* 2013, p. 2036 ss.; M. Riverditi, *"Interesse o vantaggio" dell'ente e reati (colposi) in materia di sicurezza sul lavoro: cronistoria e prospettive di una difficile convivenza,* in *Arch. Pen.,* 2011, n. 2, p. 391 ss.

31 V. sul punto N. Selvaggi, *Reato colposo e interesse dell'ente. Le Sezioni Unite tra "vecchie" e "nuove" questioni,* in *Le Società,* 2015, n. 3, p. 357 ss.

32 F. Curi, *L'imprenditore persona giuridica: il 'sistema 231' nel combinato disposto con il Testo Unico salute e sicurezza sul lavoro,* cit., p. 155.

33 Per quanto concerne la delega di funzioni v., in particolare, G. Amato, *Le novità normative in tema di «delega di funzioni»,* in *Cass. pen.,* 2009, p. 2096 ss.; R. Brunelli, *La delega di funzioni e l'esercizio di fatto di poteri direttivi,* in L. Zoppoli – G. Natullo – P. Pascucci (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori,* II Ed., Ipsoa, 2010, p. 276 ss.; C. Brusco, *La delega di funzioni alla luce del d. lgs. n. 81 del 20008 sulla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro,* in *Giur. merito,* 2008, p. 2767 ss.; E. Crivellin, *La delega di funzioni tra dottrina, giurisprudenza e interventi legislativi,* in *Dir. pen. proc.,*2009, p. 506 ss.; F. D'Alessandro, *La delega di funzioni nell'ambito della tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, alla luce del decreto correttivo n. 106/2009,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2010, p. 1115 ss., A. De Vita, *La delega di funzioni nel sistema penale. Il paradigma della sicurezza sul lavoro,* Giannini Editore, 2008; A. Levi, *Delega di funzioni e sicurezza nei cantieri,* in *Dir. prat. lav.,* 2008, p. 2282 ss.; V. Mongillo, *La delega di funzioni in materia di sicurezza del lavoro alla luce del d. lgs. n. 81/2008 e del decreto 'correttivo' (Working Paper),* in *Dir. pen. cont.,* 2012, n. 2, p. 76 ss.; A. Nisco, *La delega di funzioni nel testo unico sulla sicurezza del lavoro,* in F. Curi (a cura di), *Sicurezza nel lavoro. Colpa di organizzazione e impresa,* Bononia University press, 2009, p. 101 ss.; T. Padovani, *La delega di funzioni, tra vecchio e nuovo sistema di prevenzione antinfortunistica,* in *Cass. pen.,* 2011, p. 1581 ss.; A. Parrotta, *La prevenzione del rischio tramite il sistema di deleghe di funzioni e vigilanza: gli adeguati assetti organizzativi e normativi,* in Id. (a cura di), *La gestione del rischio e i sistemi di prevenzione del reato,* cit., p. 87 ss.; N. Pisani, *Posizioni di garanzia e colpa d'organizzazione nel diritto penale del lavoro,* in *Riv. trim. dir. pen. econ.,* 2009, p. 123 ss.; A. Scarcella, *La delega di funzioni, prima e dopo il T.U.S. 81/08. Continuità evolutiva e novità legislative nell'analisi comparativa,* in R. Bartoli (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa,* Firenze University Press, 2010, p. 311 ss.; M. Telesca, *Tutela dell'ambiente e delega di funzioni: irrilevante il requisito della dimensione dell'impresa secondo un condivisibile arresto della giurisprudenza di legittimità,* in *Dir. giur. agr. alim. amb.,* 2016, n. 1, p. 4 ss.; S. Tordini Cagli, *La delega di funzioni,* in D. Castronuovo – F. Curi – S. Tordini Cagli – V. Torre – V. Valentini (a cura di), *Sicurezza sul lavoro. Profili penali,* Giappichelli, 2019, p. 121 ss.; T. Vitarelli, *La disciplina della delega di funzioni,* in F. Giunta – D. Micheletti (a cura di), *il nuovo diritto penale della sicurezza sui luoghi di lavoro,* Giuffrè, 2010, p. 37 ss.

34 V. Mongillo, *La delega di funzioni in materia di sicurezza del lavoro*, loc. cit.

35 Come osservato da S. Tordini Cagli, *La delega di funzioni,* cit., p. 134, l'art. 16, comma 3, del T.U.S. «ha stabilito un legame strettissimo tra il corretto assolvimento dell'obbligo di vigilanza gravante sul delegante e la predisposizione di una struttura organizzativa idonea ad assicurare la tutela della sicurezza».

36 Cfr. S. Tordini Cagli, *La delega di funzioni,* cit., p. 135.

37 Cfr. V. Mongillo, *La delega di funzioni in materia di sicurezza del lavoro*, loc. cit.

38 Cfr. V. Mongillo, *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza,* cit, p. 22.

39 D. Pulitanò, *La responsabilità «da reato» degli enti: i criteri d'imputazione,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2002, p. 434 ss.; in tal senso v. anche V. Mongillo, *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza,* cit., p. 23. Detto A. (*ivi*, p. 39 e 40) così aggiunge: «La non sovrapponibilità, ma al contempo stretta interazione e sinergia, tra il modello organizzativo strumentale all'esenzione della responsabilità dell'ente e il sistema antinfortunistico disciplinato nel d. lgs. n. 81/2008, si evince chiaramente dal dettato legislativo. La prima esigenza che il MOG deve appagare per essere giudicato idoneo a realizzare il suo fine istituzionale – prevenzione del rischio di commissione dei reati menzionati nell'art. 25 – *septies* d. lgs. n. 231/2001 da parte di membri dell'ente – è proprio l'assicurazione di "un sistema aziendale per l'adempimento di tutti gli obblighi giuridici relativi: *a*) al rispetto degli standard tecnico – strutturali di legge relativi a attrezzature, impianti, luoghi di lavoro, agenti chimici, fisici e biologici; *b*) alle attività di valutazione dei rischi e di predisposizione delle misure di prevenzione e protezione conseguenti; *c*) alle attività di natura organizzativa, quali emergenze, primo soccorso, gestione degli appalti, riunioni periodiche di sicurezza, consultazioni dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza; *d*) alle attività di sorveglianza sanitaria; *e*) alle attività di informazione e formazione dei lavoratori; *f*) alle attività di vigilanza con riferimento al

rispetto delle procedure e delle istruzioni di lavoro in sicurezza da parte dei lavoratori; *g*) alla acquisizione di documentazioni e certificazioni obbligatorie di legge; *h*) alle periodiche verifiche dell'applicazione e dell'efficacia delle procedure adottate" (art. 30, comma 1, T.U.S.). Il *corpus* di adempimenti - tecnici, procedurali e organizzativi – evocati dalla disposizione riassume l'ordito del sistema di prevenzione imposto dal testo unico e dalla residua normativa di settore ai diversi destinatari dell' "obbligo di sicurezza"».

40 M.N. Masullo, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente,* Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 289 ss.

41 R. Lottini, *Le principali questioni in materia di Modelli di organizzazione, gestione e controllo* ex *d. lgs. n. 231 del 2001,* in *Giur. merito,* 2013, n. 10, p. 2255 ss.; Id., *I modelli di organizzazione e gestione,* in G. Giunta – D. Micheletti, *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro,* Giuffrè, 2010, p. 174 ss.

42 G. Marra, *Modelli di organizzazione e di gestione,* cit., p. 588.

43 Cfr. V. Mongillo, *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza,* cit, p. 39 e 40, nt. 84; sul punto v., in tal senso, P. Aldrovandi, *La responsabilità amministrativa degli enti per i reati in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro alla luce del d. lgs. 9 aprile 2008, n. 81,* in *Ind. pen.,* 2009, p. 505 ss.; F. D'Arcangelo, *La responsabilità da reato degli enti per gli infortuni sul lavoro,* in *Resp. amm. soc. enti,* 2008, n. 2, è. 91 ss.; D. Falcinelli, *Il realismo del re nella programmazione del rischio d'impresa. L'araba fenice della precauzione esigibile,* in *Arch. pen.,* 2011, p. 15 ss.; C. Mancini, *L'introduzione dell'art. 25-septies: criticità e prospettive,* ivi, 2008, n. 2, p. 56 ss.; M. Pelissero, *L'estensione della responsabilità degli enti ai reati colposi. Una riflessione sui rapporti tra parte generale e parte speciale del d. lgs. 231/2001,* cit., p. 1215 ss.

44 In ordine a detta terminologia cfr. D. Castronuovo, *Le fonti della disciplina penale della sicurezza del lavoro: un sistema a più livelli,* in D. Castronuovo - F. Curi - S. Tordini Cagli - V. Torre - V. Valentini (a cura di), *Sicurezza sul lavoro. Profili penali,* cit., p. 20; Id., Giuffrè, 2009, p. 308 ss.

45 D. Castronuovo, *Le fonti della disciplina penale della sicurezza del lavoro,* loc. cit.

46 C. Santoriello, *La valutazione di idoneità del modello organizzativo e l'individuazione del livello di rischio accettabile per l'impresa,* cit., p. 146.

47 C. Santoriello, *La valutazione di idoneità del modello organizzativo,* cit., p. 146 e 147.

48 Questa dizione permette di richiamare la figura di William Edward Deming, statistico e teorico della "qualità" dei prodotti.

49 Al riguardo v. S. Cerrato, *Impresa e rischi. Profili giuridici del* risk management, Giappichelli, 2019, p. 3 ss.

50 V. in tal senso, per tutti, A. Rossi – G. Gerino, *Art. 25 septies d. lgs. 231/2001, art. 30 d. lgs. 81/2008 e modello di organizzazione, gestione e controllo: ambiti applicativi e rapporti,* in *Resp. amm. soc. enti,* 2009, n. 2, p. 7 ss.

51 Cfr. V. Mongillo, *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza,* cit, p. 37.

52 In base a detta norma il modello di organizzazione e di gestione deve assicurare «un sistema aziendale per l'adempimento di tutti gli obblighi relativi:

Al rispetto degli standard tecnico – strutturali di legge relativi a attrezzature, impianti, luoghi di lavoro, agenti chimici, fisici e biologici;

Alle attività di valutazione dei rischi e di predisposizione delle misure di prevenzione e protezione conseguenti;

Alle attività di natura organizzativa, quali emergenze, primo soccorso, gestioni degli appalti, riunioni periodiche di sicurezza, consultazioni dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza;

Alle attività di sorveglianza sanitaria;

Alle attività di informazione e formazione dei lavoratori;

Alle attività di vigilanza con riferimento al rispetto delle procedure e delle istruzioni di lavoro in sicurezza da parte dei lavoratori;

Alla acquisizione di documentazioni e certificazioni obbligatorie di legge,

Alle periodiche verifiche dell'applicazione e dell'efficacia delle procedure adottate».

53 F. Curi, *L'imprenditore persona giuridica: il 'sistema 231' nel combinato disposto con il Testo Unico salute e sicurezza sul lavoro,* cit., p. 173.

54 F. Curi, *L'imprenditore persona giuridica,* loc. cit.

55 D. Castronuovo, *La responsabilità degli enti collettivi per omicidio e lesioni alla luce del d.lgs. n. 81 del 2008,* in F. Basenghi – L.E. Golzio – A. Zini (a cura di), *La prevenzione dei rischi e la tutela della salute in azienda. Il testo unico e il decreto correttivo 106/2009,* Ipsoa, Wolters Kluwer, II Ed., 2009, p. 181.

56 A. Delogu, *L'asseverazione dei modelli di organizzazione e di gestione della sicurezza sul lavoro di cui all'art. 30 del d. lgs. n. 81/2008*, cit., p. 32.

57 Per tali considerazioni v. V. Mongillo, *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza,* cit, p. 39.

58 Cfr. P. Rivello, *Il MOG quale esimente,* loc. cit.

59 A. Delogu, *L'asseverazione dei modelli di organizzazione e di gestione della sicurezza sul lavoro*, cit., p. 33.

60 V. in tal senso V. Nefri, *Modelli di organizzazione e di gestione in materia di sicurezza sul lavoro* ex *art. 30, d. lgs. 81/08,*

in *Riv. crit. lav.,* 2009, p. 47 ss.

61 V. Torre, *La valutazione del rischio e il ruolo delle fonti private,* in D. Castronuovo – F. Curi – S. Tordini Cagli – V. Torre – V. Valentini (a cura di), *Sicurezza sul lavoro. Profili penali,* cit., p. 60.

62 Cfr. V. Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo,* cit., p. 135.

63 Per un'approfondita analisi in ordine al concetto di rischio rapportato a queste tematiche v. per tutti C. Santoriello, *La valutazione di idoneità del modello organizzativo e l'individuazione del livello di rischio,* cit., p. 145 ss.

64 Cfr. V. Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo,* cit., p. 158.

65 Cfr. V. Mongillo, *La responsabilità penale,* cit., p. 167.

66 V. sul punto S. A. Cerrato, *Introduzione* a A. Parrotta (a cura di), *La gestione del rischio e i sistemi di prevenzione del reato,* cit., p. 13.

67 C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "Modello organizzativa"* ex *d. lgs. n. 231/2001,* in *Cass. pen.,* 2013, p. 842 ss.

12 Il rapporto tra il modello di organizzazione e gestione e il sistema di gestione della salute e sicurezza sul luogo di lavoro: lo "strano" caso dell'art. 30, D. Lgs. 81/2008.

di Alessandro De Nicola e Valentina Mancuso

Abstract

L'elaborato affronta il tema del rapporto tra i modelli *ex* D. Lgs. 231/2001 e i sistemi di gestione in materia di salute e sicurezza sul lavoro, che risulta affatto peculiare anche alla luce della previsione di cui al quinto comma dell'art. 30, D. Lgs. 81/2008. Vengono esaminate le interpretazioni che della stessa hanno offerto la giurisprudenza e la dottrina.

Secondo alcuni la certificazione del sistema di salute e sicurezza è capace *ipso facto* di attribuire efficacia esimente al modello di organizzazione e gestione, sostanzialmente sancendo l'assenza di colpa in organizzazione o, quantomeno, determinando una presunzione in tal senso (sì da provocare un'inversione dell'onere della prova al riguardo).

Tra gli elementi di criticità che scaturiscono da siffatta interpretazione, tuttavia, si può annoverare la limitazione del margine di discrezionalità del giudicante – che, nel pronunciarsi sulla responsabilità dell'ente, si troverebbe vincolato a una mera ricognizione circa la sussistenza della certificazione – e la responsabilizzazione di soggetti privati, quali sono gli enti certificatori, titolari del potere di assegnare o meno alle società una "patente" di adeguatezza cui conseguirebbe un netto miglioramento della relativa posizione processuale in caso di procedimento.

Viene affrontato il tema dell'invecchiamento di tale previsione, considerato anche che il BS OHSAS sta venendo sostituito dallo *standard* UNI ISO 45001 e sta pertanto cominciando a porsi la questione su come vada considerato il richiamo al primo sistema, non appena sarà divenuto del tutto obsoleto (nel marzo 2021). Infine, si formula una proposta di riforma della norma in esame, nell'ottica di assicurare agli enti un ragionevole grado di certezza *ex ante* circa la correttezza del proprio operato, pur senza svilire il ruolo del giudicante nella valutazione della stessa.

This essay deals with the theme of the relationship between the compliance programs pursuant to Legislative Decree 231/2001 and the health and safety at work management system, which is quite peculiar also in the light of the provision of the fifth paragraph of article 30, Legislative Decree 81/2008. The interpretations offered by case law and doctrine are examined. It is discussed how, on one hand, according to some, the certification of the health and safety system is ipso facto capable of attributing an exemption effectiveness to the compliance programs adopted by the entities, basically confirming the absence of negligence in the organization (colpa di organizzazione) or, at least, determining a presumption (presunzione) in this sense (so as to cause an inversion of the burden of proof in this regard). The critical elements arising from that interpretation are considered: among these, the limitation of the discretionality of the judge - who, stating on the responsibility of the entity, would be bound to a mere recognition of the existence of the certification - and the responsibility of private parties, such as the certifying organizations, holders of the power to assign or not to the companies a "license" of adequacy which would result in a clear improvement of the relative procedural position in case of proceedings. The issue of the obsolescence of this provision is dealt with, also in consideration of the circumstance that BS OHSAS is being replaced by the UNI ISO 45001 standard and therefore the question is emerging as to how the reference to the first system should be considered, as soon as it becomes completely obsolete (in March 2021). Lastly, a proposal for reform of such provision is formulated, with the purpose to ensure that entities will obtain a reasonable grade of ex-ante certainty about the fairness of their behavior, without however weakening the role of the judge in the assessment of the entities' liability.

Sommario

1. Il rapporto tra l'art. 30 del D.Lgs. 81/2008 e il D.Lgs. 231/2001 - **2.** Discussioni sull'efficacia esimente del modello. Come la dottrina ha interpretato il quinto comma dell'art. 30 del D.Lgs. 81/2008 - **3.** L'accertamento giudiziale della responsabilità dell'ente. Il parere della giurisprudenza. - **4.** Sistemi di gestione della salute e sicurezza a confronto. La migrazione agli ISO 45001:2018 - **5.** Proposte di riforma del quinto comma dell'art. 30 del D.Lgs. 81/2008. Osservazioni conclusive.

1. Il rapporto tra l'art. 30 del D.Lgs. 81/2008 e il D.Lgs. 231/2001

Come noto, la "colpa di organizzazione"[1] costituisce l'elemento soggettivo a cui è ancorata la responsabilità amministrativa dell'ente e, nel caso di reato commesso dal soggetto apicale, al fine di ottenere l'esimente prevista dal D. Lgs. 231/2001 (il "Decreto"), l'ente deve aver preventivamente adottato un modello di organizzazione e gestione (il "Modello") che sia idoneo a prevenire i reati della fattispecie di quello verificatosi, la cui realizzazione è avvenuta per elusione fraudolenta dello stesso. Viceversa, nel caso di reato commesso da un soggetto sottoposto, è richiesta la dimostrazione, a carico dell'accusa, che la commissione del reato sia stata possibile in virtù dell'inosservanza degli obblighi di vigilanza, circostanza che si deve escludere, in ogni caso, laddove l'ente abbia adottato un Modello idoneo ed efficace[2]. A tale scopo, gli articoli 6 e 7 del Decreto prevedono i requisiti organizzativi e strutturali che devono essere osservati affinché possa essere riconosciuta l'idoneità del Modello ed esclusa la colpa di organizzazione. Invero, il primo e il secondo comma dell'articolo 6 prevedono che " *1. Se il reato è stato commesso dalle persone indicate nell'articolo 5, comma 1, lettera a), l'ente non risponde se prova che: a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b). 2. In relazione all'estensione dei poteri delegati e al rischio di commissione dei reati, i modelli di cui alla lettera a), del comma 1, devono rispondere alle seguenti esigenze: a) individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati; b) prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire; c) individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati; d) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli; e) introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello*". La citata disposizione è dedicata all'esame dei criteri di imputazione soggettiva della responsabilità dell'ente per i reati commessi dai soggetti in posizione apicale – ovverosia coloro che, all'interno dell'organizzazione aziendale o di un'unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale, rivestono funzioni di rappresentanza, direzione e amministrazione[3] – e si radica sul concetto di immedesimazione organica[4] che, sul piano processuale, comporta un'inversione dell'onere della prova a carico dell'ente[5].

Ne discende che è l'ente a dover dimostrare di aver adottato un Modello idoneo a prevenire la commissione di reati della specie di quello verificatosi, di aver nominato un Organismo di Vigilanza indipendente che ne vigili sull'adeguatezza e osservanza nonché l'elusione fraudolenta del Modello da parte del soggetto in posizione apicale, non dipesa dalla scarsa od omessa vigilanza da parte dell'Organismo di Vigilanza. Mentre, come si è già anticipato, nel caso di reato-presupposto commesso da soggetti sottoposti, l'onere della prova ricade sulla pubblica accusa che deve dimostrare la non idoneità del Modello adottato dall'ente e la violazione dello stesso da parte del sottoposto come conseguenza dell'omessa o insufficiente vigilanza da parte dei vertici aziendali. È evidente, quindi, come la condotta dell'ente sia assimilata a quella dei vertici aziendali, ovverosia dei soggetti che rappresentano l'ente e che godono di poteri decisionali e di spesa[6].

Invero, l'articolo 7 del Decreto prevede che "*1. Nel caso previsto dall'articolo 5, comma 1, lettera b) [*persone sottoposte a direzione o vigilanza delle funzioni apicali*], l'ente è responsabile se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza. 2. In ogni caso, è esclusa l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza se l'ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed*

efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi. 3. Il modello prevede, in relazione alla natura e alla dimensione dell'organizzazione nonché al tipo di attività svolta, misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio. 4. L'efficace attuazione del modello richiede: a) una verifica periodica e l'eventuale modifica dello stesso quando sono scoperte significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività; b) un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello".

Pertanto, è richiesto all'ente di individuare le attività nell'ambito delle quali possono essere commessi dei reati e di prevedere specifici protocolli "*diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire*", "*individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati*", prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organo deputato a vigilare sull'osservanza del Modello, introdurre un sistema di sanzioni da applicare nel caso di violazioni del Modello da parte dei suoi destinatari. Inoltre, il Modello deve essere adeguato alla natura e alla dimensione dell'impresa e al tipo di attività svolte[7].

In tale scenario, l'entrata in vigore del D.Lgs. 81/2008 (il "TUSL") ha generato alcune perplessità. Infatti, l'articolo 30 del TUSL introduce un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro basato su specifici requisiti tecnici, che un modello di gestione della salute e sicurezza deve possedere affinché possa considerarsi idoneo ai fini della concessione dell'esimente. In particolare, il modello previsto dall'articolo 30 del TUSL delinea le caratteristiche che un sistema aziendale deve riflettere per assicurare l'adempimento di *"tutti gli obblighi giuridici relativi: a) al rispetto degli standard tecnico-strutturali di legge relativi a attrezzature, impianti, luoghi di lavoro, agenti chimici, fisici e biologici; b) alle attività di valutazione dei rischi e di predisposizione delle misure di prevenzione e protezione conseguenti; c) alle attività di natura organizzativa, quali emergenze, primo soccorso, gestione degli appalti, riunioni periodiche di sicurezza, consultazioni dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza; d) alle attività di sorveglianza sanitaria; e) alle attività di informazione e formazione dei lavoratori; f) alle attività di vigilanza con riferimento al rispetto delle procedure e delle istruzioni di lavoro in sicurezza da parte dei lavoratori; g) alla acquisizione di documentazioni e certificazioni obbligatorie di legge; h) alle periodiche verifiche dell'applicazione e dell'efficacia delle procedure adottate"*. Inoltre, il comma quinto dell'articolo 30 prevede che "[i]*n sede di prima applicazione, i modelli di organizzazione aziendale definiti conformemente alle Linee Guida UNI-INAIL […] o al British Standard OHSAS 18001:2007 si presumono conformi ai requisiti di cui al presente articolo per le parti corrispondenti* […]". Sia le Linee Guida UNI-INAIL che i *BS OHSAS* hanno rappresentato per lungo tempo la disciplina tecnica più all'avanguardia nell'ambito dei sistemi di gestione della salute e sicurezza sul lavoro, la prima in ambito più domestico e la seconda assurgendo a *best practice* internazionale. In particolare, le Linee Guida UNI-INAIL prevedono indirizzi applicativi di supporto, mentre i *BS OHSAS standard* prevedono dei requisiti tecnici sui quali le imprese devono strutturare i loro sistemi di gestione della salute e sicurezza e, a fronte di un percorso di adeguamento e all'esito di un giudizio di idoneità, gli enti certificatori accreditati rilasciano la certificazione di conformità[8].

Il panorama normativo in materia di idoneità del Modello, al verificarsi dei reati previsti dall'articolo 25 *septies* del Decreto, si è dunque arricchito di ulteriori previsioni che, inevitabilmente, hanno causato l'insorgere di questioni interpretative, volte, *in primis*, a mettere in luce il rapporto tra i modelli delineati dal Decreto e dall'articolo 30 del TUSL[9] e, *in secundis*, a stabilire il valore delle certificazioni ai *BS OHSAS*, nonché il ruolo del Giudice nel processo di accertamento della responsabilità dell'ente in presenza delle dette certificazioni.

2. Discussioni sull'efficacia esimente del modello. Come la dottrina ha interpretato il quinto comma dell'art. 30 del D.Lgs. 81/2008.

Affinchè l'ente possa beneficiare dell'esimente della responsabilità per i reati commessi dai suoi esponenti, il Modello oltre ad essere idoneo deve anche essere efficacemente attuato[10]. Conseguentemente, il giudizio sull'idoneità del Modello ha per oggetto sia la sua predisposizione sia la sua attuazione ed "[e]*ntrambe le fasi passano attraverso un necessario momento di formalizzazione, poichè la predisposizione del modello deve sfociare nella redazione di protocolli, mentre la fase della sua attuazione è affidata ad un organismo di vigilanza.* […] *L'accertamento giudiziale verterà pertanto sia sul rispetto formale dei requisiti del Modello che sull'effettività e l'attuazione sostanziali dello stesso*"[11]. Mentre con

"efficacia" si intende "*il concreto funzionamento*" del Modello all'interno della realtà aziendale, con il termine "idoneità"[12] si fa invece riferimento alla redazione del medesimo secondo criteri tali da "*assicurare, in concreto, la prevenzione dei reati*"[13].
Sui requisiti di idoneità del Modello si è già trattato nel paragrafo che precede, in riferimento ai contenuti degli articoli 6 e 7 del Decreto, ma, più specificatamente, il Modello deve essere predisposto sulla base di un'attività di analisi dei rischi, consistente nell'individuazione delle attività aziendali e delle aree "a rischio" e delle possibili modalità attuative dei reati nelle suddette attività e aree, nonchè dei rischi potenziali[14]. Una volta individuati i rischi, il Modello idoneo deve prevedere dei protocolli, ovverosia un sistema di procedure e controlli interni che regolamentano le attività e le aree "a rischio", costruendo processi regolamentati e tracciabili[15], ispirati alla separazione dei ruoli e delle funzioni, al fine di consentire un'agevole attribuzione delle responsabilità[16]. Devono poi essere previste specifiche procedure relative alla gestione delle risorse finanziarie, volte ad impedire la realizzazione di reati, ispirate ai canoni della trasparenza, verificabilità e pertinenza all'attività aziendale[17].
Vi è poi la nomina dell'Organismo di Vigilanza, caratterizzato da autonomia e indipendenza, che cura l'aggiornamento del Modello e la sua adozione da parte dei destinatari. Al fine di consentire un corretto funzionamento dell'Organismo di Vigilanza, è necessario prevedere un sistema di flussi informativi da e verso tale organismo, che assicuri la condivisione delle informazioni tra quest'ultimo, gli organi societari e le funzioni aziendali interessate.
Il Modello deve prevedere anche un sistema disciplinare idoneo a sanzionarne la violazione da parte di apicali, dipendenti e collaboratori esterni alla società[18], nonchè un sistema di segnalazioni interne (*whistleblowing*)[19].
La giurisprudenza[20], peraltro, non ha elaborato una chiara definizione di "idoneità del Modello" al di fuori di un rimando ai requisiti previsti dal Decreto, ma le valutazioni dei Giudici, in molti casi, sono focalizzate su un accertamento concreto dell'idoneità del Modello, al fine di scoraggiare l'ipotesi che quest'ultimo possa ridursi per le società a un mero adempimento formale e burocratico o a un insieme di previsioni "sulla carta" (i cd. "*paper compliance policy*") che non trovano una reale attuazione nell'operatività dell'impresa[21].
Queste le premesse, il rapporto tra il modello dettato dalla disciplina della responsabilità amministrativa degli enti previsto dal Decreto e il modello delineato dai sistemi di gestione in materia di salute e sicurezza sul lavoro di cui all'articolo 30 del TUSL può ritenersi "*di identità e di continenza ad un tempo*"[22]. Dal punto di vista funzionale, infatti, entrambi i modelli sono volti a presidiare la medesima area di rischio, ma uno potrebbe configurarsi come parte speciale dell'altro, dedicata alla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro.
Infatti, l'articolo 30 del TUSL, fornendo una specificazione dei requisiti tecnici che un modello deve possedere per essere giudicato idoneo alla prevenzione dei reati di cui all'articolo 25 *septies* del Decreto[23], impone all'ente il compimento di tre attività: (i) l'individuazione e gestione delle aree di rischio e l'ideazione delle relative misure di prevenzione volte a mitigare ovvero contenere il rischio che si verifichi un infortunio; (ii) l'ideazione di un sistema di controlli sull'efficacia del modello; (iii) la predisposizione di un adeguato sistema disciplinare che sanzioni le violazioni delle previsioni del modello. L'intento sembrerebbe quindi quello di attribuire all'articolo 30 una funzione di coordinamento con la disciplina relativa ai requisiti di idoneità del Modello prevista dal Decreto[24].
Alla luce di quanto detto, è evidente come l'applicazione dell'articolo 30 del TUSL e, in particolare, del quinto comma, abbia lasciato spazio a diverse interpretazioni, creando due contrapposti fronti, sia in dottrina sia in giurisprudenza, sui profili applicativi. Infatti, l'interpretazione secondo cui la certificazione del sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro ai *BS OSHAS standard* (in via di sostituzione dalla norma ISO 45001:2018) attribuisca al Modello un'efficacia esimente *tout court*, può voler significare una determinazione *ex ante* delle condizioni di esonero della responsabilità degli enti al verificarsi degli infortuni, rispondendo a un'esigenza di certezza/prevedibilità applicativa in sede giudiziale dell'esimente dalla responsabilità amministrativa. Ciò deriverebbe dall'attribuzione di un valore di presunzione assoluta al comma quinto, ottenendo una clausola di esonero della responsabilità, operante automaticamente in presenza di una certificazione di conformità agli *standard* indicati.
D'altra parte, secondo altra interpretazione[25], nel silenzio della legge, la presunzione di conformità del Modello deve intendersi relativa nel senso di "*astratta idoneità preventiva del modello*", rispettando così il potere discrezionale del Giudice[26] e, al più, la certificazione potrebbe comportare un'inversione dell'onere della prova, che ricadrebbe in capo alla pubblica accusa[27], anche nel caso di reati commessi dai soggetti apicali[28], nonché un onere "maggiore" del Giudice nel motivare la non idoneità del Modello in presenza di una

certificazione[29].
Ne discende che, secondo quest'ultimo orientamento, il comma quinto dell'articolo 30 non può in sé esautorare il sindacato del giudice penale, riducendo l'accertamento giudiziale a una mera presa d'atto del possesso di una certificazione da parte dell'ente. Se così fosse, si finirebbe per conferire un notevole potere discrezionale agli enti privati che, attraverso il processo di ottenimento della certificazione, finirebbero con il determinare *ipso facto* l'idoneità del Modello[30].
Ciononostante, è indubbio che, in sede di accertamento della responsabilità dell'ente, il possesso di una certificazione costituisca un elemento a favore, utile a dimostrare, almeno "sulla carta", una situazione di *compliance* aziendale conforme alle *best practices* internazionali in materia di salute e sicurezza sul lavoro[31]. Infatti, "[i]*sistemi di certificazione,* […], *mirano a migliorare l'immagine e la visibilità delle imprese che li adottano, consolidando il consenso che esse riscuotono sul mercato presso investitori e clienti. Hanno dunque una funzione diversa dai modelli di organizzazione e gestione previsti dal decreto 231, i quali, invece, servono a prevenire i reati nell'ambito dell'attività dell'ente o comunque a metterlo al riparo da responsabilità per i casi in cui, nonostante l'adozione e l'efficace attuazione dei modelli, tali reati si siano comunque verificati.* […] *In ogni caso, implementare un sistema certificato di misure organizzative e preventive è segno di un'inclinazione dell'ente alla cultura del rispetto delle regole, che sicuramente può costituire la base per la costruzione di modelli tesi alla prevenzione di reati-presupposto*"[32].
In definitiva, se il giudizio positivo sull'idoneità del Modello si fonda, tra l'altro, sugli ulteriori requisiti[33] non contemplati dall'articolo 30[34] e poc'anzi descritti, il modello delineato dall'articolo 30 del TUSL non può che costituire una parte speciale, in relazione al rischio di commissione del reato di cui all'articolo 25 *septies* del Decreto, integrata nel più ampio Modello redatto ai sensi degli articoli 6 e 7 del Decreto. Infatti, l'articolo 6 del Decreto prescrive i requisiti che il Modello deve possedere per essere considerato idoneo ed efficace, mentre l'articolo 30 del TUSL prevede una specifica di alcuni requisiti tecnici conformi alle *best practices* internazionali, in ambito di salute e sicurezza sul lavoro[35]. L'ottenimento delle certificazioni di conformità del sistema di gestione della salute e sicurezza alle *best practices* internazionali richiede un controllo preliminare sulla situazione aziendale di conformità alla normativa da parte dell'ente certificatore, dal quale consegue il riconoscimento di idoneità e successive attività di monitoraggio[36].
Ciononostante, vi sono ulteriori valutazioni che devono essere svolte in merito all'efficacia del Modello, relative alla realtà aziendale e alle attività effettivamente svolte, che costituiscono ulteriori aree che il Giudice deve verificare, al fine di poter escludere la responsabilità dell'ente in relazione alla commissione di un reato presupposto[37]. Tutte circostanze che non sono rilevabili dal mero conseguimento di una certificazione, considerando anche il fatto che "*i requisiti di idoneità dei modelli ai fini dell'esclusione della responsabilità da reato dell'ente non sono del tutto corrispondenti a quelli richiesti per ottenere le certificazioni dei sistemi di gestione*"[38].
Ebbene, l'ente potrebbe essersi dotato di un Modello e di un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro aggiornati e conformi alle *best practices* internazionali, ottenendo la relativa certificazione, ma, nei fatti, non mettere in pratica tali misure che, per le dimensioni dell'impresa e per la tipologia di attività posta in essere, potrebbero non rilevarsi adeguate. Una simile analisi può essere soltanto frutto di un apprezzamento giudiziale che, prescindendo dalla certificazione di conformità, è volto a valutare la situazione concreta in cui opera l'ente e le sue caratteristiche[39]. Pertanto, "*l'adozione di un sistema certificato di gestione aziendale non mette l'ente al riparo da una valutazione di inidoneità del modello ai fini della responsabilità da reato*"[40].
In definitiva, l'ottenimento delle certificazioni, da un lato, è sintomo della diffusione della cultura della prevenzione all'interno dell'azienda e testimonia un intento politico-prevenzionale apprezzabile[41]; dall'altro, attribuire a tale circostanza la valenza di un giudizio positivo *tout court* sul Modello, vorrebbe dire ridurre significativamente il potere di valutazione del Giudice, in fase di accertamento della responsabilità dell'ente, nonché escludere da tale valutazione tutti gli ulteriori elementi previsti dal Modello e di cui si è trattato.
Vi è poi l'inciso "*in sede di prima applicazione*" che ha suscitato perplessità interpretative, non essendo chiaro se l'intenzione del legislatore fosse quella di contenere nel tempo l'applicazione di tali presunzioni di conformità[42]. Secondo alcuni, e tale interpretazione sembrerebbe essere la più letterale, per "*prima applicazione*" deve intendersi che la presunzione di conformità opera dal momento in cui la società ha adottato un sistema di gestione della salute e sicurezza, fino a che non si sono verificati eventi tali da richiedere una revisione e/o miglioramento di tale sistema[43]. Tuttavia, ad oggi, tale questione ermeneutica resta ancora aperta[44] e contribuisce ad alimentare la necessità di un intervento da parte del legislatore, volto a chiarire

tutti gli aspetti applicativi e interpretativi di cui si è trattato poc'anzi.

3. L'accertamento giudiziale della responsabilità dell'ente. Il parere della giurisprudenza.

Le aree grigie continuano, dunque, ad essere molte e, come si è visto per la dottrina, tali dubbi si riflettono anche nelle pronunce giurisprudenziali, sia di merito sia di legittimità.

Il "caso Impregilo"[45], noto ai più, offre un'occasione per svolgere riflessioni in merito all'adeguatezza del Modello[46]. Infatti, prescindendo dal caso di specie[47], gli Ermellini ribadiscono che la valutazione sull'idoneità del Modello non può essere astratta e meramente teorica, dovendosi basare su un ragionamento rigoroso applicato al caso concreto, volto ad accertare le norme comportamentali aziendali e i presìdi di controllo effettivamente posti in essere dall'ente in riferimento al reato-presupposto verificatosi. Si ribadisce l'importanza di verificare l'adeguatezza e la concreta attuazione del Modello, dovendo il giudizio di idoneità sostanziarsi sulle modalità con cui lo stesso viene concretamente attuato e richiedendo al ragionamento logico del Giudice una maggiore rigorosità nell'accertamento[48]. Sulla base di tali valutazioni, la Corte annulla la sentenza del Giudice dell'Appello[49] che, confermando quanto ritenuto dai Giudici di prime cure, aveva giudicato il Modello di Impregilo idoneo ed efficace e aveva ritenuto che la realizzazione del reato era stata resa possibile da un'elusione fraudolenta del Modello da parte degli apicali[50]. E' opportuno ricordare come la decisione della Suprema Corte sia stata ampiamente criticata da parte della dottrina ma più per i rimedi suggeriti rispetto alla *governance* societaria e all'interpretazione di cosa costituisse una elusione fraudolenta del modello[51].

La sentenza del 24 settembre 2014, della VI sezione penale del Tribunale di Milano[52], assume particolare rilevanza ai nostri fini, in quanto, il Giudice di prime cure, dopo aver escluso la responsabilità degli enti coinvolti nel procedimento "*perché il reato presupposto non sussiste*", si è soffermato ad approfondire il tema dell'adeguatezza dei modelli di organizzazione e gestione adottati dalle tre società imputate nel procedimento, nonostante avrebbe potuto limitarsi ad assolvere gli enti per la non sussistenza del reato-presupposto[53]. In particolare, il Giudice riteneva che il modello della committente, sebbene non ancora aggiornato alla Legge 123/2007 e quindi privo del richiamo espresso ai reati di cui all'articolo 25 *septies* del Decreto, dovesse considerarsi idoneo, in quanto, richiamava integralmente le procedure aziendali adottate dalla società in materia di salute e sicurezza sul lavoro, quali, ad esempio, le procedure aziendali in tema di appalti e di costruzione. Quindi, il fatto di non prevedere espressamente i reati di cui all'articolo 25 *septies* all'interno del modello poteva considerarsi un vizio meramente formale, in quanto nei fatti la società mostrava una particolare attenzione al tema della salute e sicurezza dei lavoratori. Inoltre, il Giudice proseguiva constatando che la Legge 123/2007 era da poco entrata in vigore e la società aveva già tempestivamente avviato i lavori di aggiornamento del modello, che erano quindi in corso al momento in cui accadevano i fatti. Analoga riflessione è stata fatta per il secondo ente implicato nella vicenda processuale, il quale però aveva adottato anche un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro conforme ai *BS OSHAS 18001:2007* (sebbene, anch'essa non avesse adottato ancora una versione del modello allineata alla Legge 123/2007). Invece, la terza società imputata all'epoca dei fatti non era dotata di un modello di organizzazione e gestione ed è stata assolta *sic et simpliciter* in virtù del fatto che il reato presupposto non sussistesse. Il giudice, nella fattispecie, ha ritenuto che le imprese non svolgessero le loro attività all'insegna di una politica criminale, volta a perseguire politiche di risparmio aziendali né vi erano sistematiche violazioni delle norme cautelari. Inoltre, le società si erano dotate di procedure aziendali e di strumenti tecnici che denotavano sensibilità sul tema, sebbene il modello non fosse da ultimo aggiornato[54]. In definitiva, secondo il Giudice, le due società dotate di modello avevano, nei fatti, dimostrato di essere diligenti in merito agli adempimenti relativi alla salute e sicurezza sul lavoro[55].

Segue questa linea di ragionamento il Tribunale di Pinerolo in una sentenza del 2012, emessa all'esito di un procedimento in cui il Giudice era chiamato ad accertare la sussistenza della responsabilità amministrativa dell'ente in seguito all'infortunio di un dipendente. Il Giudice, nel caso di specie, escludeva la responsabilità dell'ente, in quanto, *in primis*, non sussisteva il presupposto del vantaggio dell'ente nella commissione del reato, essendo stato dimostrato che la società aveva effettuato "*ingenti investimenti sia per la ristrutturazione del sito industriale sia per il rifacimento delle pavimentazioni industriali*". *In secundis*, la società si "*era poi dotata di un modello di organizzazione e gestione (cd. MOG) adottato prima dell'infortunio* [...]*, che sembra rispondere ai canoni di cui all'art.6 d.lgs. 231/2001, disciplianando adeguatamente il tema della sicurezza sul lavoro*"[56]. In altre parole, il comportamento tenuto (gli ingenti investimenti)

nella sostanza è una componente essenziale per la concessione dell'esimente alla società.
La sentenza della IV sezione penale del Tribunale di Catania, del 14 aprile 2016 (ud. 14 aprile 2016), n. 2133[57], è interessante, ai nostri fini, per le riflessioni svolte dal Giudice in riferimento all'elemento soggettivo del reato e per il ragionamento logico che ha portato a escludere, nel caso di specie, la sussistenza della colpa di organizzazione. Infatti, la sentenza contiene interessanti riflessioni in riferimento al valore da attribuire alle certificazioni di conformità e al ruolo del Giudicante nel processo di accertamento della responsabilità dell'ente. Inoltre, tale pronuncia ha il merito di aver dimostrato una particolare attenzione del Giudice nel voler accertare la sussistenza dell'elemento soggettivo, sebbene fosse già stata esclusa la sussistenza del reato-presupposto[58]. In particolare, nel caso di specie, l'ente imputato aveva adottato un modello di organizzazione e gestione, ma non aveva completato l'aggiornamento né alla Legge 123/2007 né al TUSL (che nel frattempo era entrato in vigore), e aveva adottato un sistema di gestione della salute e sicurezza certificato per la conformità ai *BS OHSAS 18001:2007*. Il Giudice ha ritenuto che la società avesse adempiuto agli obblighi di cui all'articolo 7 del Decreto e che quindi dovesse essere assolta, avendo dimostrato di aver adottato un sistema di gestione della salute e della sicurezza sul lavoro conforme alle previsioni di cui all'articolo 30 del TUSL, a prescindere dall'aggiornamento del Modello[59]. Ne discende che "*non si può legittimamente fare derivare in modo automatico la rimproverabilità dell'ente dal mancato tempestivo adattamento del MOG alle novità legislative, rendendosi piuttosto necessario svolgere una ponderata verifica dell'esigibilità dell'aggiornamento*"[60].
E ancora, in riferimento al valore delle certificazioni, con la sentenza Cass. Pen., Sez. IV, 8 luglio 2019 (ud. 28 maggio 2019), n. 29538, la Suprema Corte confermava la sentenza del Giudice dell'Appello[61], la quale valutava come irrilevante la circostanza che la società avesse certificato il sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro ai *BS OHSAS 18001:2007*, in mancanza di un'efficace attuazione del modello organizzativo e di gestione[62], "*tradottasi nella mancata previsione di modalità operative di ricerca e soluzione in sicurezza dei difetti sui nastri dell'impianto di verniciatura e nella mancata individuazione delle modalità di controllo dei sistemi di sicurezza installati sulla medesima linea produttiva*"[63]. Invero, il caso in esame, traeva origine dall'infortunio di un dipendente che decedeva a seguito del distacco dell'arto superiore sinistro. Infatti, il dipendente (operaio esperto, addetto al reparto verniciatura con qualifica di capo turno) tentava di arrestare il funzionamento dell'impianto di verniciatura, accedendo all'interno della zona pericolosa adiacente, per verificare la causa del malfunzionamento del nastro e rimaneva incastrato tra il rullo di trascinamento e quello preminastro.
Prendendo le mosse da tali fatti e dopo l'assoluzione del Giudice di prime cure, il Giudice dell'Appello, ribaltava tale pronuncia, infatti, "*nell'esaminare il criterio di imputazione oggettiva ai sensi del D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 5, ha sostanzialmente evidenziato il vantaggio dell'ente consistito nella velocizzazione degli interventi manutentivi sulla linea di verniciatura e nel risparmio sul materiale di scarto derivante dalla verifica operata mediante l'avvicinamento ai rulli in movimento, sottolineando la stretta correlazione tra i tempi di lavorazione e la velocità di individuazione del rullo generatore del difetto. Ha, inoltre, precisato che il modello organizzativo adottato, sebbene conforme alle norme BS OHSAS 18001:2007, non era stato efficacemente attuato, come richiesto dal D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 6, comma 1, lett. a): pur essendosi provveduto all'analisi dei rischi con riferimento all'impianto di verniciatura e, segnatamente, all'attività dei capi turno, l'istruzione operativa predisposta era incompleta (lo VERN 01 del 18/01/2014) rispetto alle modalità di ricerca e soluzione dei difetti sul nastro (l'attività, per l'appunto, che stava svolgendo la vittima nell'occorso)*"[64]. In generale, tutti gli elementi in esame avevano portato tale Giudice a ritenere che, nel caso di specie, vi fosse una carenza dei controlli interni, nonché un'erronea valutazione del rischio a monte. Inoltre, se la procedura relativa all'utilizzo dell'impianto di verniciatura fosse stata adottata prima dell'infortunio, questo sarebbe stato scongiurato. Il Giudice, in tale sede, sottolineava l'importanza delle procedure aziendali e la loro funzione di supporto ai processi operativi, non solo per i lavoratori inesperti, ma anche per i più esperti, in quanto lo scopo è quello di evitare che vi siano lacune nei processi, tali da lasciare spazio a scelte discrezionali da parte del lavoratore, adottate sul momento per ragioni di operatività, ma che, come dimostrato dal caso in esame, potrebbero rilevarsi fatali. In definitiva, la Corte d'Appello condannava gli imputati e la Corte di Cassazione confermava la sentenza di secondo grado, concordando sulle valutazioni operate dal Giudice dell'Appello (il cui percorso argomentativo era ritenuto "*saldamente agganciato a evidenze fattuali dimostrative degli specifici vizi organizzativi evidenziati*"[65]) e sottolineando l'inefficace attuazione del Modello adottato dalla società, nonché l'inadeguatezza delle attività di monitoraggio interne[66].

Nella sentenza *Cass. Pen., Sez. IV, 28 ottobre 2019 (ud. 24 settembre 2019), n. 43656*[67], che si uniforma a quella poc'anzi esaminata, il Giudice sottolinea che, laddove l'ente abbia adottato un modello di organizzazione e gestione conforme agli articoli 6 e 7 del Decreto, sarà comunque necessario verificarne l'idoneità e l'efficacia, non essendo sufficiente la mera adozione[68]. La Corte annulla con rinvio la sentenza impugnata[69] e pronuncia il seguente principio di diritto "[i]*n tema di responsabilità degli enti derivante da reati colposi di evento in violazione della norma antinfortunistica compete al giudice di merito, investito da specifica deduzione, accertare preliminarmente l'esistenza di un modello organizzativo e di gestione ex art. 6 del D.Lgs. n. 231 del 2001; poi, nell'evenienza che il modello esista, che lo stesso sia conforme alle norme; infine, che esso sia stato efficacemente attuato o meno nell'ottica prevenzionale, prima della commissione del fatto*"[70].

La recente pronuncia della Corte di Appello di Firenze, III sez. pen., 16 dicembre 2019 (ud. 20 giugno 2019), n. 3733, relativa al "caso di Viareggio", offre ulteriori spunti di riflessione in merito all'accertamento della responsabilità amministrativa degli enti in relazione all'articolo 25 *septies* del Decreto. La vicenda trae spunto dal disastro ferroviario di Viareggio, avvenuto nel giugno 2009, causato dal deragliamento di un treno merci che trasportava GPL, che, in seguito all'accaduto, è fuoriuscito dal vagone provocando un grave incendio e causando così la morte di trentadue persone, nonchè gravi lesioni a molte altre. Le perizie prodotte durante il giudizio di primo grado[71] avevano dimostrato che l'incidente era stato causato da inaccurata manutenzione del vagone, che, se fosse stata eseguita correttamente, avrebbe evitato il verificarsi dell'incidente. Si instaurava così un procedimento penale a carico di amministratori e dirigenti delle società coinvolte, le quali venivano iscritte nel registro delle notizie di reato ai sensi dell'articolo 25 *septies* del DecretoUn punto di interesse è certamente rappresentato dalle considerazioni formulate dal Giudice dell'Appello in merito all'idoneità del Modello da RFI S.p.A. e al possesso di una certificazione ai BS OHSAS *standard*, chiarendo che "*in ogni caso la presunzione di conformità prevista dall'art. 30, co. 5, D.Lgs. 81/2008 non è assoluta e la sussistenza di elementi di non conformità al M.O.G. concretamente adottato sia ai requisiti del D.Lgs. 81/2008 sia ai requisiti del D.Lgs. 231/2001 è stata provata con una certezza tale da superare eventuali presunzioni contrarie*". Inoltre, il Giudice ritiene che "*il M.O.G. adottato da RFI S.p.A. non può essere valutato idoneo perchè non ha previsto come evitare una tale omissione*". Il Giudice prosegue nel contestare l'idoneità del Modello, facendo riferimento al fatto che lo stesso non conteneva "*previsioni di alcun genere circa l'ammissione alla circolazione dei carri esteri in quanto, anche per valutare il corretto rilascio dei certificati di sicurezza alle imprese ferroviarie, si descrive solo la procedura di omologazione dei nuovi carri, e addirittura non si prevede neppure la possibilità che in tale attività di rilascio si possano commettere i reati di cui agli artt. 589 e 590 cp, benchè* [...] *RFI spa in qualità di gestore dell'infrastruttura ha il compito di garantire la sicurezza della circolazione ferroviaria* [...]". Il Giudice, infine, ritiene che "*se si dovesse ritenere che RFI spa ha adottato un Modello organizzativo astrattamente conforme alle prescrizioni normative, peraltro, non idoneo, come detto, per evitare l'omissione sopra indicata, sicuramente non lo ha efficacemente attuato*". Il Giudice differenziava le posizioni di ciascuna società del gruppo, chiarendo che ognuna di esse aveva specifici obblighi e che l'accertamento della responsabilità amministrativa non può prescindere da tale circostanza. Invero, riteneva la *holding* FS S.p.A. non responsabile rispetto all'illecito amministrativo di cui all'articolo 25 *septies* del Decreto, confermando, per tale aspetto, il giudizio di primo grado, in quanto "*essa aveva adottato un Modello di Organizzazione e di Gestione astrattamente idoneo ad evitare il rischio di commissione dei reati di cui agli artt. 589 e 590 cp, e non vi è modo di escludere che esso sia stato anche efficacemente attuato*" e ribadendo che "*la mera commissione del reato non può costituire la prova della inidoneità del M.O.G. adottato dall'ente, altrimenti la causa esimente prevista dall'art. 6 D.Lgs. n. 231/2001 sarebbe inapplicabile, ed in secondo luogo il mancato rilievo della violazione di alcuni obblighi giuridici da parte dell'Amministratore Delegato appare dovuto non a carenze del M.O.G. o del suo Organo di Vigilanza, bensì alla peculiare struttura della posizione di garanzia che egli aveva assunto nei confronti delle controllate*"[72].

Infine, si prende in esame il decreto di archiviazione *ex* articolo 58 del Decreto, emesso dalla Procura di Como in data 29 gennaio 2020, in riferimento al procedimento penale n. 603/2019 RGNR, pendente nei confronti di una società sottoposta ad indagini per l'illecito amministrativo di cui all'articolo 25, comma 2, del Decreto. Il caso di specie, sebbene non relativo ad una violazione delle norme antinfortunistiche, assume rilevanza, ai fini della nostra analisi[73], per aver messo in luce le motivazioni che hanno condotto il Sostituto Procuratore di Como a conferire un giudizio positivo sull'idoneità ed efficacia del Modello adottato dalla società e a ritenere che lo stesso sia stato eluso

fraudolentemente[74] da parte degli amministratori *pro tempore*. Inoltre, il provvedimento in esame è apprezzabile anche per l'aver messo in luce le attività svolte dall'Organismo di Vigilanza (i cui verbali sono stati acquisiti dagli inquirenti in fase di indagine)[75]. In particolare, la vicenda trae origine da un accertamento fiscale condotto dai funzionari dell'Agenzia delle Entrate nei confronti della società, a seguito del quale, gli amministratori *pro tempore* della società realizzavano un accordo corruttivo con il direttore dell'Agenzia delle Entrate di Como, per mezzo del commercialista di fiducia della società che agiva, dunque, in qualità di intermediario. La decisione di procedere con un accordo corruttivo nei confronti del direttore dell'Agenzia delle Entrate e la materiale dazione della somma di denaro venivano quindi effettuate in autonomia dagli *ex* amministratori, che, a tale scopo, utilizzavano risorse finanzierie proprie. Parallelamente, infatti, la società informava l'Organismo di Vigilanza dei fatti ad oggetto della vicenda tributaria – e dai quali traggono origine i fatti di cui al procedimento penale in esame – e il Collegio Sindacale provvedeva a redigere apposita relazione, con la quale si prevedeva anche uno specifico accantonamento a bilancio (il cui importo era individuato sulla base dell'accordo transattivo in corso con l'Agenzia delle Entrate).

Conseguentemente, la Procura di Como, nel motivare l'archiviazione del procedimento, argomentava che "[l]*a società è dotata di un idoneo ed efficace modello ai sensi del d.lgs. n. 231/01 che, nella parte speciale, prevede specifiche prassi, procedure e protocolli operativi con riferimento ai reati contro la pubblica amministrazione, che - in particolare - stigmatizzano "1'elargizione di promesse di denaro, beni o altra utilità di qualsiasi genere ad esponenti della Pubblica Amministrazione e/o a soggetti terzi da questi indicati o che abbiano con questi rapporti diretti o indiretti di qualsiasi natura e/o vincoli di parentela o affinità"* [...]. *Ed ancora, "pagare una parcella maggiorata a legali in contatto con Organi giudiziari, affinche condizionino favorevolmente l'esito di un processo a carico della Società"* [...]". Pertanto, "[n]*ella vicenda concreta, gli amministratori pro tempore hanno by-passato completamente i controlli e le procedure aziendali interne, effettuando plurimi incontri – in tempi e modalità del tutto ignoti agli organi societari – con l'intermediario dell'accordo corruttivo e facendo fronte ai pagamenti richiesti attingendo a proprie disponibilità finanziarie. I presidi e controlli posti a fondamento dell'attività di monitoraggio ex d.lgs.231/01 sono stati, nei fatti, aggirati e elusi dagli ex amministratori, i quali hanno commesso il reato ipotizzato in totale autonomia. Nulla avrebbero potuto verificare gli organi societari – che peraltro avevano ben approfondito e valutato la situazione, ottenendo riscontri rassicuranti – e, pertanto, nulla può essere addebbiatto all'ente sotto il profilo dell'astrattamente rilevante "mancato controllo". È stato, pertanto, definitivamente accertato e dimostrato che sussistono nel caso di specie tutte le condizioni previste dall'art. 6 d.lgs. n. 231/01, ossia: a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b)"*[76].

In conclusione, le sopra citate pronunce giurisprudenziali evidenziano come i giudici sono sempre più orientati a seguire un processo logico di valutazione dell'astratta idoneità del Modello, seguito da un accertamento della concreta attuazione dello stesso e che, anzi, in alcune pronunce, la sostanza dei comportamenti prevale sull'adesione formale alla normativa, giocando a favore dell'impresa.

4. Sistemi di gestione della salute e sicurezza a confronto. La migrazione alla norma ISO 45001:2018

A seguito della pubblicazione della nuova norma *ISO 45001:2018*, applicabile a qualsiasi organizzazione, indipendentemente dalle dimensioni e dal settore tecnico di appartenenza[77], è stato previsto un periodo di transizione di tre anni, in cui tale norma e i *BS OHSAS 18001:2007* hanno convissuto, per consentire alle imprese di completare la migrazione alla nuova norma entro il 2021.

La norma *BS OHSAS 18001:2007*[78] – così come la più recente norma *ISO 45001:2018* – persegue l'obiettivo di delineare i requisiti che il sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro deve possedere affinché siano implementati sistemi di gestione della salute e sicurezza sul lavoro massimamente improntati alla tutela e al benessere dei lavoratori. Il sistema aziendale previsto dalla norma *BS OHSAS 18001:2007* – e riconfermato dalla norma *ISO 45001:2018*, seppur con alcune differenze che saranno, a breve, esaminate – si articola in quattro fasi: pianificazione, attuazione, verifica e riesame, realizzando il ciclo di Deming (*Plan*, *Do*, *Check*, *Act*).

La fase iniziale ("*Plan*") include le attività di identificazione dei pericoli, valutazione del rischio ed elaborazione delle relative misure di prevenzione, nonché la gestione di eventuali cambiamenti. A guidare l'intero processo sono i macro-obiettivi in ambito salute e sicurezza che la società stabilisce *ex ante* e verso i quali tende, attraverso l'analisi del rischio e la realizzazione dei presìdi di controllo.
Alla pianificazione segue la fase del "*Do*" in cui la società trasforma in operatività i *target* prefissati e le risultanze della fase precedente, definendo ruoli, responsabilità e risorse dedicate alla loro realizzazione e alla messa in opera dei presìdi di controllo, prevedendo anche delle sessioni di formazione e informazione all'interno dell'azienda. La finalità della condivisione delle informazioni è senza dubbio quella di creare una cultura aziendale sensibile ai temi della salute e sicurezza dei lavoratori, generando una partecipazione attiva al sistema aziendale, come ulteriore presidio volto alla prevenzione degli infortuni e delle malattie sul lavoro. L'intero sistema di gestione, così costituito, non può essere inteso come un insieme di processi immobili, ma deve necessariamente adattarsi alle vicende aziendali – quali, ad esempio, i mutamenti dell'assetto organizzativo, la dismissione o adozione di "linee" di *business*, le modifiche al processo produttivo, l'accadimento di infortuni che mettano in risalto delle lacune del sistema – rinnovandosi e migliorandosi attraverso l'effettuazione di sistematici interventi correttivi.

La terza fase ("*Check*") è dunque dedicata al monitoraggio dell'intero sistema aziendale di gestione della salute e sicurezza, al fine di individuare le eventuali lacune ovvero i necessari miglioramenti da apportare e valutare lo stato di raggiungimento degli obiettivi prefissati[79]. L'esame degli incidenti o dei quasi incidenti (i cd. *near miss*) assume, in tale scenario, una rilevanza significativa nell'adozione di concrete azioni correttive, volte a potenziare i presìdi già in essere[80].
Il ciclo di Deming si conclude con la fase relativa all'azione ("*Act*") , ovverosia all'attuazione di tutte le risultanze emerse dalle attività di riesame e monitoraggio e alla fissazione di nuovi obiettivi, nell'ottica di una sempre maggiore *compliance* dei processi aziendali.
L'esigenza di migrazione è nata dalla volontà di armonizzare i contenuti degli *standard* previsti in materia di salute e sicurezza sul lavoro a quelli, già pubblicati, ad esempio, in materia di sistema di gestione ambientale (*ISO 14001:2015*) o di sistema di gestione per la qualità (*ISO 9001: 2015*), aderendo alla medesima "*high level structure*", comune a tutti gli *standard* internazionali. In tal senso, facilitando l'integrazione all'interno dei sistemi aziendali, anche attraverso l'utilizzo delle terminologie e definizioni comuni a tutte le norme ISO[81].
La nuova norma sviluppa e potenzia alcuni aspetti dei *BS OHSAS*, ad esempio, consolidando l'importanza di comprendere le esigenze e le aspettative dei lavoratori che devono essere coinvolti in ogni fase del ciclo di Deming[82], potenziando le attività di *leadership* (ovverosia attribuendo un ruolo di maggiore operatività al *Top Management*)[83], valorizzando il contesto aziendale e le sue caratteristiche, a cui il sistema di gestione deve aderire, rafforzando le attività di valutazione dei rischi, di comunicazione interna ed esterna e di gestione del cambiamento, nonchè sviluppando le attività di riesame e miglioramento continuo del sistema di gestione[84].
Pertanto, nonostante le somiglianze strutturali con i *BS OHSAS*, nella norma ISO "*si rilevano alcune differenze strutturali che possono essere percepite come veri e propri sviluppi*"[85].
Invero, la maggiore attenzione agli aspetti concreti delle attività svolte (anche attraverso le modalità con cui la società gestisce gli approvvigionamenti, ovverosia i rapporti con i fornitori e, in generale, i soggetti esterni alla società con cui quest'ultima entra in contatto) e al contesto organizzativo[86] costituiscono, senza dubbio, un potenziamento significativo rispetto agli *standard* precedenti e una sensibilità maggiore alla prevenzione degli infortuni e delle malattie sul lavoro, nell'ottica di realizzare una sempre migliore tutela dei lavoratori "*in armonia con le attuali necessità delle singole imprese*"[87].

5. Proposte di riforma del quinto comma dell'art. 30 del D.Lgs. 81/2008. Osservazioni conclusive.

Tutte le considerazioni fin qui svolte delineano uno scenario che lascia alcuni punti interrogativi ancora irrisolti, suscitando perplessità e dubbi applicativi.
In parte, inizia a delinearsi il rapporto tra il Modello previsto dal Decreto e quello prescritto dall'articolo 30, che vengono visti, dai più, in rapporto di parte generale e parte speciale. In fase di accertamento giudiziale della responsabilità amministrativa dell'ente, non si è ancora arrivati a parlare apertamente di inversione dell'onere della prova in caso di ottenimento di una certificazione del sistema di gestione della salute e sicurezza, anche per fatti imputati agli apicali. Cionondimeno, si riflette sempre più spesso sul ruolo del Giudice in tale scenario e sul processo logico che deve guidare il giudizio sull'idoneità ed efficacia del

Modello. Le recenti pronunce giurisprudenziali hanno senza dubbio dimostrato una maggiore attenzione all'analisi del contesto concreto in cui opera l'ente, nonché un'esigenza di indagare la reale attuazione delle procedure e dei sistemi di gestione proclamati "sulla carta", onde scongiurare la realizzazione di Modelli, da parte degli enti, che abbiano la valenza di "*paper compliance policy*". Anche la nuova norma ISO sembrerebbe, quindi, orientata a una più attenta valutazione del contesto organizzativo concreto in cui l'ente esercita le sue attività operative, richiedendo procedure e sistemi maggiormente aderenti alla situazione dell'organizzazione aziendale.

Ciononostante, tutte queste riflessioni non trovano oggi una conferma nella normativa attualmente in vigore e quindi non è concesso al dibattito di esaurirsi.

Invero, dodici anni dopo la sua entrata in vigore, l'articolo 30 e, in particolar modo, il comma quinto, suscita costantemente gli stessi dubbi e, a mano a mano che il tempo passa, la sua poca chiarezza è accentuata dai mutamenti ad esso circostanti: primo tra tutti la migrazione agli *standard* ISO 45001 che rende il riferimento agli *standard* BS OHSAS ormai obsoleto. È inevitabile allora chiedersi se il riferimento alla presunzione (relativa) di idoneità del Modello possa ritenersi implicitamente esteso anche alla norma ISO 45001.

È a questo punto che si auspica un intervento del legislatore volto a modificare l'articolo 30, aggiornando il richiamo agli *standard* applicabili[88], oppure – e questa soluzione sarebbe preferibile – a escludere ogni richiamo specifico ad uno *standard* individuato, optando invece per un richiamo "mobile" "*agli standard nazionali e internazionali di riferimento*"[89].

Un altro aspetto che dovrebbe specificarsi ulteriormente nella lettera della norma è la relatività della presunzione d'idoneità del Modello in presenza di certificazioni di conformità, con onere della prova in capo alla pubblica accusa anche nel caso di reati commessi dagli apicali, così come previsto, ad esempio, dall'articolo 7 del Decreto in riferimento ai reati commessi dai soggetti sottoposti. Inoltre, l'inciso "*in prima applicazione*" dovrebbe essere eliminato.

Ebbene, in attesa dell'auspicato intervento del legislatore, si conclude evidenziando come, anche l'adozione della norma ISO 45001 sembrerebbe rispondere a una generale esigenza, espressa anche dall'orientamento giurisprudenziale più recente, di esaltare aspetti sempre più concreti e legati al contesto in cui opera l'ente.

La riforma dovrebbe essere mossa dall'animo di assicurare agli enti un ragionevole grado di certezza *ex ante* circa la correttezza del proprio operato, pur senza svilire il ruolo del Giudicante nella valutazione della stessa, nel tentativo di armonizzare tutti gli interessi in gioco.

---

1 Per qualche riflessione sull'utilizzo della definizione di "colpa di organizzazione", si cfr. C. E. Paliero – C. Piergallini, *La colpa di organizzazione*, Parte I, in *La Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, p. 167 e ss., in cui "*due sono le ragioni che paiono aver ispirato l'ideazione della categoria della colpa di organizzazione: la prima si risolve nell'obbiettivo di disegnare una colpevolezza di caratura socio-normativa, diretta a soppiantare il concetto "classico" di colpevolezza, ricco di implicazioni etico-personalistiche, e perciò ontologicamente non applicabile ad una persona giuridica; la seconda ragione, sinergicamente collegata alla prima, va individuata nello scopo di "fissare" un concetto di colpevolezza dell'ente, che prescinda da qualsiasi collegamento con il coefficiente psicologico che accompagna la persona fisica autrice del reato*".

2 A. Alessandri – S. Seminara, *La responsabilità degli enti collettivi*, in *Diritto penale commerciale*, Volume I, Giappichelli Editore, 2018, p. 87 e ss.

3 G. De Simone, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d'imputazione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 28 ottobre 2012; A. Alessandri – S. Seminara, Cit., p. 93; G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto Penale Parte Generale*, Zanichelli Editore, 2014, p. 177.

4 Al fine di dimostrare la compatibilità tra la responsabilità delle persone giuridiche e i principi costituzionali che regolano la materia penale (in particolare, il principio del carattere personale della responsabilità penale ai sensi dell'articolo 27, comma 1, Cost.), "*si è replicato facendo leva sulla teoria c.d. organicistica della persona giuridica, teoria che riconosce soggettività reale e non finzionistica all'ente collettivo in virtù di un (ritenuto) rapporto di rappresentanza organica tra l'ente stesso e le persone fisiche che ne determinano la volontà e l'azione; con la conseguenza che l'attività degli organi diventa automaticamente imputabile alla persona collettiva. Orbene, sulla base di tale concezione, sarebbe appunto rimosso il contrasto tra l'assoggettabilità a pena delle persone giuridiche e il principio costituzionale di personalità inteso nell'accezione minima di divieto di responsabilità per fatto altrui*". G. Fiandaca – E. Musco, Cit., p. 172-173. Sul punto, si cfr. Cass. Pen., Sez. Un., 18 settembre 2014 (ud. 24 aprile 2014), n. 38343, in cui la Suprema Corte, in merito alla responsabilità amministrativa dell'ente, ribadisce che "*l'ente non è chiamato a rispondere di fatto altrui, bensì di fatto proprio, atteso che il reato è stato*

commesso nell'interesse ed a vantaggio dell'ente, da soggetti inseriti nella compagine della persona giuridica e quindi in virtù del rapporto di immedesimazione organica che lega gli amministratori e l'ente medesimo".

5 "*Infatti, il Decreto presume iuris tantum che i vertici dell'ente esprimono la politica aziendale e così, attraverso il loro contributo al reato, può ritenersi direttamente soddisfatto uno dei requisiti oggettivi posti a fondamento della responsabilità dell'ente*". F. Sbisà - E. Spinelli - M. Fonsmorti - M. Seminara - T. Faelli - G. Pasqualetto - C. Mezzabarba - C. Mulinari, Responsabilità Amministrativa degli enti (d.lgs.231/01), Wolters Kluwer, 2020, p. 43.

6 M. Colacurci, *L'idoneità del Modello nel sistema 231, tra difficoltà operative e possibili correttivi*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2/2016.

7 F. M. Federici, *L'Organismo di Vigilanza, non solo ai tempi del Covid-19*, in *La Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2/2020.

8 A. Tonani – P. Teramo, *Le modalità di attuazione ed i problemi di coordinamento di un Modello organizzativo nell'ambito della salute e della sicurezza sul lavoro,* in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, p. 171 e ss. Sulla migrazione agli ISO standard 45001:2018 si dirà successivamente in un apposito paragrafo.

9 "*La materia della prevenzione degli infortuni sul lavoro è caratterizzata dal fatto che le previsioni generali di cui all'art. 6, d.lgs. n. 231/2001, in tema di modelli di organizzazione e gestione, sono affiancate da una norma specifica del TUSL – l'art. 30 – che detta alcune regole di valenza settoriale. La prima questione che è necessario affrontare riguarda dunque il rapporto che dette norme intrattengono tra loro*". A. Cadoppi – S. Canestrari -A. Manna – M. Papa, *Responsabilità dell'ente per omicidio e lesioni colpose in materia di sicurezza sul lavoro*, in *Diritto penale dell'economia* Tomo II, Editore UTET Giuridica, Anno 2016, p. 2997.

10 F. Sbisà - E. Spinelli - M. Fonsmorti - M. Seminara - T. Faelli - G. Pasqualetto - C. Mezzabarba - C. Mulinari, Cit., p. 67.

11 A. Alessandri – S. Seminara, Cit., p. 102 e ss.

12 Sui requisiti di idoneità del Modello si richiamano anche le considerazioni svolte nel paragrafo che segue, con particolare riferimento al Decreto di archiviazione emesso dalla Procura di Como in data 29 gennaio 2020, in riferimento al procedimento n. 603/2019 RGNR.

13 C. Fiorio, *Presunzione di non colpevolezza e onere della prova*, in *Aodv231.it*, 12 novembre 2015.

14 Secondo le LINEE GUIDA DI CONFINDUSTRIA (p. 28 e ss.), "[l]*e fasi principali in cui il sistema di prevenzione dei rischi 231 dovrebbe articolarsi sono le seguenti: a) l'identificazione dei rischi potenziali: ossia l'analisi del contesto aziendale per individuare in quali aree o settori di attività e secondo quali modalità si potrebbero astrattamente verificare eventi pregiudizievoli per gli obiettivi indicati dal decreto 231. Per "rischio" si intende qualsiasi variabile o fattore che nell'ambito dell'azienda, da soli o in correlazione con altre variabili, possano incidere negativamente sul raggiungimento degli obiettivi indicati dal decreto 231 (in particolare all'art. 6, comma 1, lett. a); pertanto, a seconda della tipologia di reato, gli ambiti di attività a rischio potranno essere più o meno estesi. Per esempio, in relazione al rischio di omicidio colposo o lesioni colpose gravi o gravissime commessi con violazione delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro, l'analisi dovrà verosimilmente estendersi alla totalità delle aree ed attività aziendali; b) la progettazione del sistema di controllo (cd. "protocolli" per la programmazione della formazione e attuazione delle decisioni dell'ente), ossia la valutazione del sistema esistente all'interno dell'ente per la prevenzione dei reati ed il suo eventuale adeguamento, in termini di capacità di contrastare efficacemente, cioè ridurre ad un livello accettabile, i rischi identificati. Sotto il profilo concettuale, ridurre un rischio comporta di dover intervenire - congiuntamente o disgiuntamente - su due fattori determinanti: i) la probabilità di accadimento dell'evento e ii) l'impatto dell'evento stesso".*

15 Secondo le LINEE GUIDA DI CONFINDUSTRIA (p. 30), "*primo obiettivo per la costruzione di un modello organizzativo è la procedimentalizzazione delle attività che comportano un rischio di reato, al fine di evitarne la commissione*".

16 C. Fiorio, Cit.

17 C. Fiorio, Cit.

18 C. Fiorio, Cit.

19 F. Sbisà - E. Spinelli - M. Fonsmorti - M. Seminara - T. Faelli - G. Pasqualetto - C. Mezzabarba - C. Mulinari, Cit., p. 67.

20 Per il dettaglio sulla giurisprudenza in tema di idoneità ed efficacia del Modello, si rimanda anche alle considerazioni svolte nel paragrafo che segue.

21 Sul punto, si cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 17 marzo 2016 (ud. 12 febbraio 2016), n. 11442, in cui la Corte con riferimento all'impugnata sentenza di secondo grado ritiene che il Giudice dell'Appello "*perviene al giudizio di inidoneità di tutte le cautele adottate a far data dal 2001 dalla S. s.p.a. - e quindi anche di quelle contenute nel modello -, evidenziandone le carenze, consistite nella previsione di misure preventive solo "sulla carta" e nell'assenza di alcun tipo di garanzia in grado di impedire o quanto meno rendere più difficile la partecipazione dei rappresentanti della S. s.p.a. alla complessiva corruzione attuata per aggiudicarsi i vari "treni" (quali, il comitato di controllo, l'internal audit, ecc.). (…)La Corte di appello, dopo aver esaminato le cautele organizzative apprestate e averne stabilito la inidoneità, ha utilizzato quale argomento rafforzativo della sussistenza della responsabilità dell'ente quello di aver adottato una politica aziendale di mero formalismo cartolare ("paper compliance policy"), come era dato trarre dalla sistematica violazione da parte dei suoi responsabili della normativa penale e dall'entità dei fondi impiegati nelle dazioni corruttive*". Inoltre, si cfr. Cass. Pen., Sez. II, 17 marzo 2016 (ud. 9 febbraio 2016), n. 11209,

in cui la Corte annulla la sentenza di secondo grado e ribadisce che "*il Tribunale, infatti, era chiamato ad un penetrante accertamento che superasse il dato formale della verifica "obiettiva" del modello* [...]". Si cfr. anche Cass. Pen., Sez. IV, 7 novembre 2019, n. 3731; Cass. Pen., Sez. IV, 24 settembre 2019, n. 43656; Sentenza Cass. Pen., Sez. IV, 28 maggio 2019, n. 29538.

22 P. Serra, *I Modelli di organizzazione nel settore della sicurezza sul lavoro,* in *Giur. Merito*, fasc. 11, 2013, p. 2515B e ss.

23 Secondo la dottrina maggioritaria, l'articolo 30 del TUSL si limita a fornire "*una griglia di valutazione dell'idoneità del modello in relazione a questo specifico settore",* essendo più complicato immaginare che l'intento del citato articolo sia invece quello di fornire una lista di *standard*, al ricorrere dei quali il Modello possa ritenersi idoneo, prescindendo dalla realtà aziendale in cui tale Modello deve operare. A. Cadoppi – S. Canestrari -A. Manna – M. Papa, Cit., p. 3002.

24 F. Sbisà - E. Spinelli - M. Fonsmorti - M. Seminara - T. Faelli - G. Pasqualetto - C. Mezzabarba - C. Mulinari, Cit., p. 229.

25 Ad esempio, sul punto, LE LINEE GUIDA DI CONFINDUSTRIA (p. 31) prevedono che *il possesso delle certificazioni di qualità indicate dalla norma di per* sé non è sufficiente*" a esonerare l'ente da responsabilità da reato in caso di eventuali infortuni o malattie professionali. L'articolo 6, comma 1, lett. a) del decreto 231, infatti, specifica che il modello idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi non deve essere solo adottato, ma anche efficacemente attuato. Ebbene, come chiarito dalla giurisprudenza, la presunzione di conformità sancita dall'articolo 30, comma 5, decreto 81 del 2008 può coprire la valutazione di astratta idoneità preventiva del modello, non anche la verifica in ordine alla sua efficace attuazione. Quest'ultima non può prescindere dall'osservazione concreta e reale - da parte del giudice - del modo in cui il modello organizzativo è vissuto nell'assetto imprenditoriale".*

26 M. Colacurci, Cit.

27 "*Annullando così, per gli agenti apicali, il regime ascrittivo sfavorevole di cui all'art.6, d.lgs. n.231/2001*". A. Cadoppi – S. Canestrari -A. Manna – M. Papa, Cit., p. 3003. Sul punto si vd. anche C. Santoriello, *Modello organizzativo 231 e modelli aziendali Iso per la Cassazione "pari non sono"*, in *Il Penalista*, 12 ottobre 2017, in cui " [q]*uanto al rapporto fra modello organizzativo richiesto dal d.lgs. 231 del 2001 e modelli Iso* [...]*, il tema è stato introdotto da alcune recenti decisioni di merito, unitamente a prese di posizione di analogo contenuto delle associazioni di categoria. Tutto origina da una previsione contenuta nel comma 5 dell'art. 30 d.lgs. 81 del 2008 ed in base alla quale i modelli di organizzazione e di gestione delle imprese che siano certificati come conformi alle Linee guida Uni-Inail per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (S.G.S.L.) del 28 settembre 2001 o al British Standard OHSAS 18001:2007 si presumono per ciò solo rispondenti ai dettami di cui al d.lgs. 231 del 2001 e quindi risultano idonei ad avere efficacia esimente della responsabilità da reato delle persone giuridiche. Quali siano le conseguenze, in astratto, di tale disposizione normativa è evidente. Si ricorda che, in presenza di un reato commesso nell'interesse o vantaggio di un ente collettivo, quando l'illecito sia stato posto in essere da dirigenti della società, questa può andare esente da responsabilità se dimostra di aver adottato un adeguato modello organizzativo idoneo ad impedire la commissione di reati appartenenti alla medesima tipologia di quello commesso mentre nel caso in cui il crimine sia stato commesso da un sottoposto è la pubblica accusa a dover dimostrare che la realizzazione dello stesso è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza gravanti sulla persona giuridica: in base alla disposizione contenuta nel predetto comma 5 dell'art. 30, dunque, parrebbe di poter concludere che quando il modello organizzativo dell'ente risulta certificato, anche se il reato è stato commesso da un soggetto apicale, la società sarebbe comunque esentata dall'obbligo di dimostrare alcunché circa l'idoneità del suo assetto organizzativo, idoneità che per l'appunto sarebbe incontestabile in ragione dell'avvenuta certificazione di cui si è detto (in questo senso espressamente trib. Catania, 14 aprile 2016, n. 2133)*". In particolare, sulla sentenza del Tribunale di Catania citata, si rimanda alle considerazioni svolte nel paragrafo che segue.

28 M. Arena, *La rilevanza dei sistemi di gestione certificati OHSAS 18001 nei processi ex D.Lgs. 231/2001 in tema di sicurezza sul lavoro*, in *La Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 4/2019, p. 302.

29 F. Di Pillo, *Responabilità dell'ente ex 231/2001: la Cassazione ritorna sui criteri di imputazione oggettiva*, in *Il Quotidiano Giuridico*, Wolters Kluwer, 19 dicembre 2019.

30 In tal senso, si rischierebbe di monetizzare e privatizzare l'ottenimento di un esimente in sede giudiziale, al pari di una moderna "*vendita delle indulgenze*". Si veda, M. Colacurci, Cit.

31 "*Una norma che espressamente stabilisce la presunzione di conformità del modello (art. 30, comma 5, decreto 81 del 2008) non può valere di per sé a esimere l'ente da responsabilità in caso di concretizzazione del rischio reato, perché residua un margine di discrezionalità giudiziale nel valutare l'effettiva attuazione del modello, a maggior ragione la sola adozione di un sistema di gestione certificato, per di più non assistito da presunzione di conformità, non può mettere l'impresa al riparo da responsabilità da reato.*". LINEE GUIDA DI CONFINDUSTRIA, p. 31 e ss.

32 LINEE GUIDA DI CONFINDUSTRIA, p. 31 e ss.

33 F. Sbisà - E. Spinelli - M. Fonsmorti - M. Seminara - T. Faelli - G. Pasqualetto - C. Mezzabarba - C. Mulinari, Cit., p. 230. Inoltre, i modelli di organizzazione e gestione previsti dal Decreto prevedono, quali ulteriori requisiti di idoneità ed efficacia del modello, la sussistenza di una funzione di controllo autonoma e indipendente, l'ideazione di un sistema disciplinare e di modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee alla prevenzione dei reati. P. Serra, Cit., p. 25.

34 M. Arena, Cit., p. 302.

35 P. Serra, Cit., p. 2515B e ss.

36 A. Tonani – P. Teramo, Cit.

37 "*La giurisprudenza [...] ha argomentato che, il modello organizzativo deve essere adottato partendo da una mappatura dei rischi di reato specifica ed esaustiva e non meramente ripetitiva del dato normativo; deve prevedere che i componenti dell'organo di vigilanza posseggano capacità specifiche in tema di attività ispettiva e consulenziale;* [...] *deve differenziare tra attività rivolta ai dipendenti nella loro generalità, ai dipendenti che operino in specifiche aree di rischio, all'organo di vigilanza e ai preposti al controllo interno; deve prevedere i contenuti dei corsi di formazione, la loro frequenza, l'obbligatorietà della partecipazione ai corsi, controlli di frequenza e di qualità sul contenuto dei programmi; deve prevedere espressamente la comminazione di sanzioni disciplinari nei confronti degli amministratori, direttori generali e compliance officers che per negligenza o imperizia, non abbiano saputo individuare, e conseguentemente eliminare, violazioni e reati; deve prevedere sistematiche procedure di ricerca ed identificazione dei rischi quando sussistano circostanze particolari (es. emersioni di precedenti violazioni, elevato turn-over del personale); deve prevedere periodici controlli di routine e controlli a sorpresa nei confronti delle attività aziendali sensibili; deve prevedere e disciplinare un obbligo per i dipendenti, i direttori, gli amministratori di società di riferire all'OdV notizie rilevanti e relative alla vita dell'ente, a violazioni del modello o alla consumazione dei reati. In particolare deve fornire concrete indicazioni sulle modalità attraverso le quali coloro che vengano a conoscenza di comportamenti illeciti possano riferire all'OdV; deve contenere protocolli e procedure specifici e concreti*". C. Fiorio, Cit.

38 LINEE GUIDA DI CONFINDUSTRIA, p. 32.

39 "*I modelli che verranno predisposti ed attuati a livello aziendale saranno il risultato dell'applicazione metodologica documentata, da parte di ogni singolo ente, delle indicazioni qui fornite, in funzione del proprio contesto operativo interno (struttura organizzativa, articolazione-territoriale, dimensioni, ecc.) ed esterno (settore economico, area geografica, contesto naturalistico, ecc.), nonché dei singoli reati ipoteticamente collegabili alle specifiche attività dell'ente considerate a rischio*". LINEE GUIDA DI CONFINDUSTRIA, p. 32.

40 LINEE GUIDA DI CONFINDUSTRIA, p. 32.

41 A. Cadoppi – S. Canestrari -A. Manna – M. Papa, Cit., p. 3005.

42 A. Cadoppi – S. Canestrari -A. Manna – M. Papa, Cit., p. 3003.

43 A. Cadoppi – S. Canestrari -A. Manna – M. Papa, Cit., p. 3003.

44 P. Serra, Cit., p. 2515B e ss.

45 Cass. Pen., Sez. V, 30 gennaio 2014 (ud. 18 dicembre 2013), n. 4677. Nel caso in esame si procede ad accertare la responsabilità penale degli apicali e quella amministrativa dell'ente, in relazione al reato di aggiotaggio, esulando quindi, nel caso di specie, dal campo di applicazione delle norme antinfortunistiche. Tuttavia, il caso Impregilo suscita interessanti riflessioni, ai fini dell'analisi delle tematiche che il presente contributo si propone di analizzare.

46 S. Bartolomucci, *L'adeguatezza del Modello nel disposto del D.Lgs. 231 e nell'apprezzamento giudiziale. Riflessioni sulla sentenza d'appello "Impregilo"*, in *La Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, p. 167 e ss.

47 In particolare, la Corte annulla con rinvio la sentenza di proscioglimento di secondo grado a favore dell'ente e si sofferma ad analizzare "la tenuta" del Modello e l'insieme dei presìdi posti in essere dalla società. I Giudici di primo e secondo grado erano propesi per un'elusione fraudolenta del Modello da parte degli apicali della società (il Presidente del CdA e l'Amministratore Delegato), non riconoscendo, invece, alcuna colpa di organizzazione in capo alla società e decretando, quindi, l'assoluzione della stessa e l'efficacia del Modello. M. Montesano, *Il caso Impregilo: la Cassazione definisce delle regole più rigorose in relazione all'accertamento dell'efficacia dei modelli organizzativi (commento a Cass. Pen., Sez. V, n. 4677, 30 gennaio 2014)*, in *La Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, p. 249 e ss.

48 M. Montesano, Cit., p. 249 e ss.

49 Corte d'Appello di Milano, Sez. II Pen.,18 giugno 2012 (ud. 21 marzo 2012), n. 1824. In tale sentenza il Giudice fornisce rilevanza ai seguenti aspetti: la tempestiva adozione del Modello da parte della società, la conformità del Modello alle prime Linee Guida di Confindustria (pubblicate nel 2004), la ricorrenza degli elementi di cui all'articolo 6 del Decreto, la nomina di un OdV, l'adozione di un protocollo *ad hoc* per la prevenzione del reato di aggiotaggio, l'accertamento della vigilanza nei confronti dei sottoposti ai sensi dell'articolo 7 del Decreto. Dovendosi escludere l'inidoneità del Modello, il Giudicante ritiene che debba essere accertata la causa di elusione del Modello che ha agevolato la commissione del reato presupposto di aggiotaggio da parte degli apicali della società. Si cfr., S. Bartolomucci, Cit., p. 167 e ss. il Giudice di secondo grado, inoltre, con riferimento al rischio di aggiotaggio, evidenziava come *"la procedura interna stabiliva la partecipazione di almeno due soggetti per la realizzazione di attività a rischio, nominando un responsabile dell'operazione*", n.i. libero, *Efficaci modelli organizzativi evitano alla società la condanna per il reato degli amministratori*, in *Il Quotidiano Giuridico*, Wolters Kluwer, 16 luglio 2012.

50 Invero, l'impossibilità da parte del Giudice di accertare l'adeguatezza del Modello, ovverosia l'esistenza, la completezza e l'effettiva messa in pratica dei requisiti di cui agli articoli 6 e 7 del Decreto, potrebbe spingere allo sdoganamento di pre-certificazioni idonee a far guadagnare all'ente l'esimente in un eventuale giudizio per la responsabilità amministrativa oppure

determinare un'inversione dell'onere della prova in capo alla pubblica accusa anche in caso di reato-presupposto commesso dagli apicali. Si cfr., S. Bartolomucci, Cit., p. 167 e ss.

51 A tal proposito, sia consentito rimandare a cfr. A. De Nicola, *L'Organismo di Vigilanza 231 nelle società di capitali*, G. Giappichelli Editore, 2020 e L. Santangelo, *Prevenzione del rischio di commissione di aggiotaggio ed "elusione fraudolenta" del Modello Organizzativo*, 3 marzo 2014, in www.dirittopenalecontemporaneo.it. In particolare, in tale ultimo contributo, l'autore ritiene che "*la sentenza non manca di suscitare riflessioni critiche per i passaggi che hanno ad oggetto la rilevanza (o, diremmo meglio, la sostanziale irrilevanza) dei codici di comportamento promossi dalle associazioni di categoria e la necessità di un controllo pervasivo anche in merito ad attività 'sensibili' compiute dai vertici aziendali. Con riguardo al ruolo da attribuire alle best practices aziendali, le nette affermazioni della Corte paiono attribuire ben poco credito alle linee guida promosse dalle organizzazioni di categoria*". Ed inoltre, con riferimento al ruolo dell'Organismo di Vigilanza, "*la Corte di Cassazione pare auspicare un controllo 'totale' da parte dell'organo di vigilanza su tutte le attività potenzialmente a rischio-reato. Il proposito dei giudici di legittimità, pur in astratto condivisibile, dovrà comunque fare i conti con la realtà dell'impresa e con il principio della competenza generale degli amministratori per tutti gli atti di gestione compresi nell'oggetto sociale.* [...]. *Né, d'altra parte, pare praticabile la soluzione prospettata dalla Corte di Cassazione nei termini di un più pervasivo potere dell'organismo di vigilanza nell'emissione di 'segnali d'allarme', posto che risulta difficilmente ipotizzabile una modalità di reportistica differente rispetto a quella ordinariamente adottata dall'impresa, che comporta la convergenza delle segnalazioni, in ultimo, proprio a quei vertici che dovrebbero costituire oggetto del controllo*".

52 Nel caso di specie, il procedimento ha ad oggetto l'accertamento della responsabilità amministrativa di tre enti (committente, appaltatore e sub-appaltatore) ai sensi dell'articolo 25 *septies* del Decreto, in seguito al decesso di un dipendente che mentre lavorava presso un cantiere ferroviario, è stato investito da un treno. P. De Martino, *Una sentenza assolutoria in tema di sicurezza sul lavoro e responsabilità degli enti ex D.Lgs. 231/2001*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 14 novembre 2014.

53 P. De Martino, Cit.

54 P. De Martino, Cit.

55 M. Arena, Cit., p. 306-307.

56 Trib. Pinerolo, 26 novembre 2012 (ud. 25 settembre 2012), allegata in A. De Nicola, Cit.

57 La vicenda processuale trae origine dalla morte di due operai in un cantiere di Rete Ferroviaria Italiana S.p.A., alla quale segue l'imputazione del responsabile della manutenzione di Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. e, parallelamente, l'iscrizione dell'ente nel registro delle notizie di reato per i reati di cui all'articolo 25 *septies* del Decreto. L'ente veniva infine assolto e le persone fisiche imputate condannate per il reato di omicidio colposo. F. Sbisà - E. Spinelli - M. Fonsmorti - M. Seminara - T. Faelli - G. Pasqualetto - C. Mezzabarba - C. Mulinari, Cit., p. 230-231.

58 A. Orsina, *Il caso "Rete Ferroviaria Italiana S.p.A.": un'esperienza positiva in tema di colpa di organizzazione*", *Nota a Trib. Catania, sez. IV, sent. 14 aprile 2016, n. 2133, Giud. Benanti*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 1/2017, p. 27 e ss.

59 F. Sbisà - E. Spinelli - M. Fonsmorti - M. Seminara - T. Faelli - G. Pasqualetto - C. Mezzabarba - C. Mulinari, Cit., p. 230-231.

60 A. Orsina, Cit., p. 27 e ss. Inoltre, l'autrice della nota puntualizza che tale valutazione nasceva dal presupposto che l'aggiornamento non poteva ritenersi esigibile, nel caso di specie, essendo da poco entrata in vigore la norma, diverso sarebbe stato il caso in cui l'aggiornamento non fosse stato completato dopo un lasso di tempo maggiore dall'entrata in vigore della norma.

61 Sentenza della Corte d'Appello di Brescia del 26 novembre 2018, che ribalta la sentenza del Giudice di prime cure (Tribunale di Cremona, 23 dicembre 2016). In sintesi, il Giudice di prime cure rilevava, in primo luogo, un difetto del nesso causale tra la mancata adozione di una specifica procedura e l'evento verificatosi e, in secondo luogo, valutava che il dipendente infortunato aveva deciso volontariamente di rimuovere le protezioni e accedere all'area pericolosa.

62 F. Sbisà - E. Spinelli - M. Fonsmorti - M. Seminara - T. Faelli - G. Pasqualetto - C. Mezzabarba - C. Mulinari, Cit., p. 231-232.

63 Cass. Pen., Sez. IV, 8 luglio 2019 (ud. 28 maggio 2019), n. 29538.

64 Cass. Pen., Sez. IV, 8 luglio 2019 (ud. 28 maggio 2019), n. 29538.

65 Cass. Pen., Sez. IV, 8 luglio 2019 (ud. 28 maggio 2019), n. 29538.

66 M. Arena, Cit., p.307-308.

67 La vicenda giudiziaria trae origine dal decesso di un lavoratore, causato dal crollo della pavimentazione sotto il peso del macchinario atto a perforare il suolo (macchina palificatrice), rimasto schiacciato tra la macchina e il muro perimetrale dell'edificio. In primo e secondo grado, il datore di lavoro veniva ritenuto responsabile per non aver predisposto i mezzi necessari a prevenire tali rischi e per non aver esercitato la necessaria vigilanza sul rispetto delle norme antinfortunistiche. Contestualmente, veniva iscritto un procedimento a carico dell'ente, ai sensi dell'articolo 25 *septies* del Decreto, il quale veniva poi condannato.

68 F. Sbisà - E. Spinelli - M. Fonsmorti - M. Seminara - T. Faelli - G. Pasqualetto - C. Mezzabarba - C. Mulinari, Cit., p. 232.

69 Sentenza della Corte di Appello di Roma, del 24 maggio 2018.

70 Cass. Pen., Sez. IV, 28 ottobre 2019 (ud. 24 settembre 2019), n. 43656.

71 Tribunale di Lucca, 31 luglio 2017 (ud. 31 gennaio 2017), n. 222.

72 Corte di Appello di Firenze, III sez. pen., 16 dicembre 2019 (ud. 20 giugno 2019), n. 3733.

73 Il provvedimento in esame, infatti, ripercorre tutti gli aspetti delineati dall'articolo 6 del Decreto in punto di responsabilità amministrativa dell'ente.

74 In merito al concetto di elusione fraudolenta del Modello si cfr. anche C. FIORIO, Cit. In particolare, sul punto, l'autore riporta che, secondo la più recente giurisprudenza, la condotta fraudolenta non può consistere in una mera violazione delle regole previste nel Modello, ma deve "*necessariamente coincidere con gli artifizi e i raggiri di cui all'art. 640 c.p., [...]. Si tratta, insomma, di una condotta di "aggiramento" di una norma imperativa, non di una semplice e "frontale" violazione della stessa*".

75 E. DI FIORINO – C. PERONI, *Esclusione della responsabilità da reato dell'ente: idoneità del Modello e attività dell'ODV*, in *Dirittobancario.it.*, 17 novembre 2020.

76 Decreto di archiviazione emesso dalla Procura di Como in data 29 gennaio 2020, in riferimento al procedimento penale n. 603/2019 RGNR.

77 UNI – ENTE ITALIANO DI NORMAZIONE, *Salute e sicurezza sul lavoro, UNI ISO 45001*, 2018.

78 È una norma frutto della collaborazione tra diversi enti di certificazione internazionale e organismi di normazione nazionale, tra cui il *British Standard Institute*, che ha pubblicato la norma. A. ROTELLA, *Sistemi di gestione della sicurezza sul lavoro*, Editore IPSOA, maggio 2019, p. 1331 e ss.

79 Il monitoraggio riguarda tutti gli aspetti del sistema aziendale di gestione della salute e sicurezza, quali, ad esempio, le statistiche degli infortuni, i rapporti sulle emergenze, sull'efficacia del sistema di gestione e delle azioni correttive già intraprese. A. ROTELLA, Cit., p. 1331 e ss. L'obiettivo è quello di monitorare lo stato di avanzamento della società nel raggiungimento degli obiettivi prefissati *ab origine* e, nel caso di mancato raggiungimento degli stessi, valutare le azioni correttive da intraprendere e le modifiche al sistema da attuarsi.

80 In tale fase, le attività di *audit* interno rilevano quale ulteriore presidio di controllo per il monitoraggio sul funzionamento del sistema.

81 A. ROTELLA, Cit., p. 1331 e ss.

82 La nuova norma ISO sottolinea l'importanza di coinvolgere il personale in ogni fase del ciclo di Deming e in tutti gli elementi del sistema di gestione, dall'analisi dei rischi, alla definizione degli obiettivi di miglioramento, alle indagini sugli incidenti. ASSOLOMBARDA, *Guida pratica alla predisposizione di un sistema di gestione per la salute e sicurezza sul lavoro: elementi di integrazione tra D.Lgs. 81/08, BS OHSAS 18001:2007 E UNI ISO 45001:2008*, n.14/2018.

83 Richiedendo al *Top Management* una partecipazione attiva nello sviluppo della cultura della prevenzione all'interno dell'azienda e nella promozione delle procedure, quale, ad esempio, il sistema di segnalazioni interne (*whistleblowing*). A. ROTELLA, Cit., p. 1331 e ss. Tale ruolo viene quindi considerato fondamentale nello sviluppo del sistema di gestione e nel suo progressivo miglioramento, consistendo nella messa a disposizione delle risorse necessarie e nella definizione dei ruoli. Pertanto, in capo ai dirigenti ricade il compito di determinare le politiche e gli obiettivi aziendali, volto alla prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali. ASSOLOMBARDA, Cit.

84 Infatti, ad esempio, all'interno del paragrafo "*Contesto dell'Organizzazione*", sono stati aggiunti ulteriori sotto paragrafi relativi a "*Comprendere l'organizzazione ed il suo contesto*" e "*Comprendere le esigenze e le aspettative dei lavoratori e di altre parti interessate*"; all'interno del paragrafo "*Leadership e partecipazione dei lavoratori*" sono stati aggiunti i sotto paragrafi "*Leadership e impegno*" e "*Consultazione e partecipazione dei lavoratori".* A. ROTELLA, Cit., p. 1331 e ss.

85 A. ROTELLA, Cit., p. 1331 e ss.

86 Individuando tutti gli elementi che impattano sull'organizzazione societaria e sulle attività operative concretamente svolte, nonché attenzionando gli interessi da soddisfare di lavoratori e terze parti interessate e tenendo conto di tutti questi elementi nella realizzazione del sistema di gestione della salute e sicurezza aziendale. A. ROTELLA, Cit., p. 1331 e ss.

87 ASSOLOMBARDA, Cit.

88 M. ARENA, Cit., p.310.

89 Questo il Disegno di Legge (Atto del Senato n.2489) proposto a luglio 2016, recante "*Disposizioni per il miglioramento sostanziale della salute e sicurezza dei lavoratori*", che propone la seguente modifica del quinto comma: "*I modelli di organizzazione e gestione definiti conformemente agli standard nazionali e internazionali di riferimento si presumono coerenti con quanto previsto dal presente articolo e dal decreto legislativo n. 81 del 2008, salva la facoltà da parte del giudice di verificare l'efficace attuazione del modello*". Inoltre, nell'Atto del Senato si riporta che "[l]*a certificazione costituisce altresì elemento privilegiato di prova in ordine all'adozione ed efficace attuazione del modello di organizzazione e gestione della sicurezza sul lavoro*", riflettendo tale previsione in un ulteriore proposta di modifica dell'articolo 30, volta ad introdurre una presunzione di idoneità del Modello superabile con onere della prova a carico della pubblica accusa anche nel caso di fatto commesso dagli apicali. Per tale ultimo aspetto, M.ARENA, Cit., p. 310.

13 L'efficacia esimente dei modelli di Gestione della Sicurezza, una promessa mai mantenuta.

di Mattia Moscardini

Abstract
Il presente contributo mira ad evidenziare la centralità dell'art. 30 del d.lgs. n. 81/08 nelle prospettive di riforma del d.lgs. n. 231/01, alla luce dell'evoluzione organizzativa introdotta della norma UNI ISO 45001.
Si propone una panoramica del rapporto tra prevenzione e punizione con l'obiettivo di trovare una soluzione di equilibrio tra la indeterminatezza della fattispecie esimente ed il tecnicismo alla base delle certificazioni internazionali e della norma tecnica UNI, rispettivamente utili a dimostrare l'idoneità e l'efficacia del Modello.

The aim of this research paper is to point out the centrality of art. 30 of Legislative Decree no. 81/08 in the context of a possible reform of Legislative Decree no. 231/01, in light of the organizational evolution introduced by the UNI ISO 45001 standard.
It proposes an overview of the relationship between prevention and punishment aimed at finding a balance between, on the one hand, the vagueness of the exoneration clause, and on the other hand, the technicality behind international certifications and UNI standard, useful to define, respectively, the Model's suitability and effectiveness.

Sommario
1. Premessa – **2.** La genesi – **3.** Lo stato dell'arte. L'art. 30 del d.lgs. n.81/08, l'interpretazione, l'applicazione e i suoi limiti - **3.1** Il fronte del giudizio, esperienze di merito – **4.** L'evoluzione – **5.** La norma tecnica ISO 45001:2018, una nuova prospettiva – **6.** Conclusioni e prospettive di riforma

1. Premessa

I molteplici argomenti riguardanti la responsabilità dell'ente per le morti e gli infortuni avvenuti in violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene della salute sul lavoro (art. 25 *septies*, d.lgs. 231/01), hanno destato e continuano a destare un discreto interesse sia nella dottrina penalistica, che nella giurisprudenza, passando addirittura per la letteratura del settore tecnico ingegneristico. Il motivo è evidente e risiede nel valore intrinseco e trasversale dell'argomento. Incide sicuramente la relativa novità costituita dall'introduzione dei delitti colposi nel sistema di responsabilità dell'ente, ma richiama l'attenzione dei più quello che si può definire "l'orizzonte delle opportunità".
É evidente che a fronte di un nuovo sistema punitivo con spiccate capacità sanzionatorie, definito non senza ragione "la svolta epocale", l'attenzione di molti è stata posta sul sistema di salvaguardia e salvezza che lo stesso legislatore ha voluto creare trovando un "compromesso" tra la finalità preventiva e quella repressiva. Il micro sistema dei modelli (MOG e SGSL).
La presenza della "fattispecie esimente" ha suscitato un nuovo interesse e conseguente fermento. Se a ciò si aggiunge che tale esimente poggia le sue basi su una normativa tecnica di settore, è facilmente spiegato l'interesse multidisciplinare.
Il presente contributo vuole essere una presa d'atto dello stato dell'arte, dove a fronte di una produzione scientifica ampia si contrappone una giurisprudenza relativamente scarsa il cui merito, però, è aver posto (e a volte risolto) problematiche profonde che paiono risiedere nelle fondamenta della costruzione del sistema.
Il momento è quantomai propizio, l'opportunità di revisione critica rappresentata dal prossimo ventennale del d.lgs n. 231/01 coincide con il ritiro

della norma tecnica che, come detto, costituisce (o avrebbe dovuto costituire) la base del sistema utile all'esimente per i delitti di interesse.
Una preliminare e rapida analisi sulla introduzione dell'art. 25 *septies* nel catalogo dei reati presupposto della responsabilità degli enti condurrà ad evidenziare quanto fragile sia la tenuta del sistema di responsabilità rispetto ai reati colposi, tale da fare ipotizzare come prematura la loro introduzione nel catalogo. Parallelamente si evidenzierà la portata di "riequilibrio" del d.lgs. 81/08.
Successivamente si tenterà di evidenziare quanto l'applicazione pratica delle norme potenzialmente salvifiche sia naufragata tra le ondivaghe pronunce di merito a causa di una indeterminatezza normativa diventata patologica.
Saranno evidenziati i tentativi di recupero *paralegislativi* di normazione secondaria e settoriale, i conseguenti tentativi di riforma (non a caso dopo il primo decennio) ed infine le future prospettive, tentando di abbozzare un tracciato verso iniziative di riforma che mirino al recupero della fase di prevenzione grazie alla entrata in vigore di una nuova norma tecnica di rango internazionale.

2. La genesi

Come noto, l'introduzione nel catalogo dei reati previsti dal d.lgs. n. 231/01 dei delitti di omicidio colposo e lesioni colpose avvenuti in violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro (art. 25 *septies*, d.lgs. n. 231/01) si deve alla legge delega 3 agosto 2007, n.123.
È evidente quindi che in sede di introduzione del nuovo sistema di responsabilità da reato dell'ente, questi delitti non fossero presenti.
Eppure l'art. 11 della legge 29 settembre 2000, n.300, con il quale veniva delegato il Governo all'intervento in materia, non escludeva anzi richiedeva espressamente (art. 11, comma 1, lett. c) che la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche riguardasse anche i reati relativi alla tutela dell'incolumità pubblica previsti dal Titolo IV del Libro II del codice penale. Pertanto, la delega consentiva di espandere l'area del nuovo sistema tanto sui reati dolosi quanto su quelli colposi.
Alla lettura delle premesse della relazione al decreto legislativo 8 giugno 2001, n.231, invero si coglie quella che lì viene definita come "*sopravanzamento della illegalità di impresa sulle illegalità individuali*", un profilo che facilmente si sarebbe accostato a tale tipologia di reati colposi. Eppure nella descrizione della "*economia illegale*", gli esempi che vengono fatti nella relazione si limitano ai reati selezionati dagli strumenti ratificati dalla legge delega.
Insomma, al netto della giustificazione addotta dal legislatore storico che è stata motivata da un lato dai due diversi ordini del giorno delle Camere e dall'altro dalla preoccupazione di non rendere ulteriormente accidentato il percorso di adattamento della cultura aziendale ad un'innovazione dal carattere radicale[1], i delitti colposi di cui si tratta troveranno ingresso nel sistema in una fase successiva.
Qui effettivamente si potrebbe individuare un primo *vulnus*, una colpa primigenia, e cioè aver definito la disciplina generale senza tenere conto (o volendo rimandare tale valutazione ad una fase avanzata) della compatibilità di quella con i delitti colposi[2]. E se tale scelta appariva come una doverosa cautela, diventa davvero poco comprensibile l'inserimento nel catalogo del d.lgs. n. 231/01 di detti reati proprio nel momento in cui la giurisprudenza e la dottrina avevano cominciato e continuavano ad interrogarsi sui principi generali del nuovo sistema.
Non v'è chi non veda come i ripetuti e gravi fatti di cronaca (su tutti l'incendio nell'acciaieria Thyssenkrupp di Torino) abbiano influenzato e forzato un iter che, con il senno del poi, avrebbe dovuto essere accompagnato da una definizione giuridica e una produzione giurisprudenziale più netta[3].
Ed infatti, il degenerare di tale fisiologica patologia si coglie in maniera plastica da due aspetti non di poco momento: l'introduzione dell'art. 25 *septies* come immediatamente precettivo dalla legge delega n. 123 del 2007 e la profonda revisione, che ci interessa più da vicino, effettuata dall'introduzione del d.lgs. n. 81 del 9 aprile 2008 (c.d. "Testo unico sulla sicurezza").
L'art. 25 *septies* sembra nascere quindi già sotto una potente "riserva mentale"[4] prova ne sia che nel disegno di legge 1507 del 18 aprile 2007 (base della legge delega n.123/07) tra gli oggetti della delega era annoverata anche l'introduzione della responsabilità da reato degli enti, ma è stato solo nel corso dell'iter parlamentare che ne è stato disposto al Senato lo "stralcio" e lo "sdoppiamento" in un'autonoma e parallela disposizione immediatamente operativa.
Nessuna concertazione, nessun accorgimento, nessuna armonizzazione, come forse aveva sperato il legislatore delegato del 2001.
Come sarebbe stato possibile ricostruire i profili oggettivi di vantaggio e interesse in delitti mancanti di volizione? Ed ancora, come sarebbe possibile pensare che l'assenza di volontà o meglio l'imprudenza, la negligenza o l'imperizia possano essere compatibili con la volontaria elusione fraudolenta di una procedura?

È doveroso riportare come la giurisprudenza di merito troverà poi alcune soluzioni, dovendo alla fine esercitare la giurisdizione, vagliate e condivise dalla Cassazione a Sezioni Unite: prima la qualificazione di interesse dell'ente in detti reati colposi nel "*risparmio derivante dai mancati investimenti, economici e di risorse organizzative, nel settore della prevenzione degli infortuni sul lavoro*" e dalla riferibilità dello stesso alla sola condotta causale e non all'evento (Cass. Pen., Sez. Un., 18 settembre 2014 (ud. 24 aprile 2014) n. 38348, Imp. Espenhahn e altri), e poi definendo il vantaggio "*qualora la mancata osservanza della normativa cautelare consenta un aumento della produttività*" (Cass. Pen., Sez. IV, del 14 giugno 2016 (ud. 20 aprile 2016) n. 246967, imp. Mazzotti e altri).

Sul diverso tema invece della fraudolenta elusione nel caso di soggetto apicale, la sola via che consentirebbe ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. 231/01 l'esenzione di responsabilità dell'ente, il Supremo Collegio non ha avuto ancora una possibilità concreta di esprimersi, lasciando spazio al confronto dottrinale. Posizioni che oscillano da una incompatibilità strutturale del reato colposo con l'elusione fraudolenta[5], alla qualificazione dell'elusione come volontà di conseguire il risultato e cioè l'omissione della cautela antinfortunistica[6], ancora addirittura elevando la sola efficace adozione dei modelli organizzativi (per i reati colposi) come scusante[7]. In questo panorama la giurisprudenza di merito[8], pur coltivando dubbi sulla compatibilità generale, ha aderito alla soluzione "volontaristica" della elusione tralasciando l'accezione di raggiro insita nella fraudolenza.

Nemmeno il tempo di pubblicare in Gazzetta il decreto n.123/07 per introdurre l'art. 25 *septies*, che otto mesi dopo lo stesso è stato profondamente riformato dal d.lgs. n. 81 del 9 aprile 2008 (tempo sufficiente perché la dottrina ne cogliesse molteplici criticità addirittura di rango costituzionale).

Un tentativo, sia concesso, di riequilibrio di un sistema che rischiava di crollare da una parte a causa dell'incompatibilità genetica dell'imputazione oggettiva di interesse e vantaggio con la struttura del reato colposo e dall'altra dal difficile adeguamento, a tali reati, dell'art. 6, comma 1, lett. *c*) del d.lgs. n. 231/01 di esenzione di responsabilità dell'ente nella elusione fraudolenta dei soggetti apicali al modello di organizzazione e gestione (MOG).

L'intervento innovatore del d.lgs. n. 81/08, per quanto di interesse, ha riguardato l'introduzione degli artt. 16 e 30 (e l'art. 2, comma 1, lett. *dd*) che ha natura definitoria) estendendo invero la portata di possibile tutela dalla responsabilità dell'ente alla responsabilità delle persone fisiche[9].

Il riequilibrio cui si faceva cenno in premessa, si sostanzia prima nella portata esimente del modello previsto dall'art. 30 del d.lgs. n.81/08 e poi nella capacità di questo di adempiere efficacemente al trasferimento di funzioni del delegante come sancito dall'art. 16, comma 3, d.lgs. n. 81/08 (compendiato nella formula attuale e di specifico interesse con il c.d. decreto correttivo n. 106/2009).

Questo rapido *excursus* vuole tracciare un percorso che dia prova della centralità del "nuovo" sistema di gestione della sicurezza sul lavoro (SGSL) in quel delicato equilibrio tra prevenzione e repressione che permea il sistema di responsabilità degli enti.

In maniera suggestiva il titolo del presente contributo parla di "promessa mai mantenuta" in quanto è stata posta, al centro del sistema, una fattispecie esimente dai tratti indefiniti a fronte di una apertura ai reati colposi che ha avuto oggettivamente una portata dirompente verso le aziende.

Purtroppo lo scarso riconoscimento dell'esimente sembra dare dimostrazione del fallimento della prognosi postuma nella valutazione di idoneità dei modelli di gestione del rischio, consentendo di incorrere sistematicamente nel bias: *post hoc propter hoc*. Il fatto è accaduto pertanto, ed in quanto, il modello è inidoneo. Se a questo si accosta il superamento giurisprudenziale della incompatibilità tra interesse o vantaggio e delitto colposo, gli spazi argomentativi si restringono notevolmente.

Ma qualche luce compare all'orizzonte.

3. Lo stato dell'arte. L'art. 30 del d.lgs. n.81/08, l'interpretazione, l'applicazione e i suoi limiti.

Per comprendere dove si è arrivati è forse necessario capire da dove si è partiti.

La rilevanza dell'introduzione dei "Modelli di organizzazione e di gestione" nel TUSL deve essere colta specificamente nella sua funzione esimente rispetto alla responsabilità dell'ente, al rapporto quindi con il modello ex art. 6 del d.lgs. 231/01 e alla natura dello stesso come sancita dalla norma.

Per meglio chiarire. I modelli, chiamati inizialmente sistemi di Gestione e Sicurezza del Lavoro esistevano e venivano applicati già da tempo nelle realtà aziendali, invero in quelle più complesse ed in determinati settori merceologici. La scelta compiuta dal legislatore delegato è stata quella di mirare a far evolvere quel sistema per poterlo adattare ad ogni realtà aziendale (emblematico in tal senso il "modello semplificato" per le piccole e medie imprese introdotto dal d.lgs. n. 106 del 3 agosto 2009) dotandolo di efficacia esimente

rispetto al reato dell'ente.
Le caratteristiche del modello come riportate nelle lettere del comma 1 dell'art. 30 del d.lgs. n. 81/08 depongono tutte nel medesimo senso, e cioè dell'intero cambio di paradigma del sistema di sicurezza sul lavoro dall'approccio della legislazione degli anni '50, in quanto viene posta al centro del sistema la *valutazione del rischio*[10].
Ebbene, il funzionamento sicuro dei processi aziendali di produzione di beni o fornitura di servizi, passa quindi attraverso valutazioni e conseguenti *procedure* standardizzate o regole di comportamento che trovano il loro fondamento in riferimenti normativi, nelle disposizioni di leggi speciali, addirittura nei manuali tecnici.
Cardine e gestore di quel rischio diventa il datore di lavoro, soggetto normativamente definito, onerato di obblighi indelegabili.
A fronte di tale nuovo paradigma normativo rispetto alla prevenzione dei rischi, la norma, avendo sullo sfondo la neo introdotta responsabilità dell'ente per i delitti colposi commessi con violazione delle norme previste da quel decreto, apre ad una salvifica protezione con efficacia esimente "*dell'adozione ed efficace attuazione*" del modello.
La prima e rilevantissima questione emerge immediatamente sulla natura del modello già al comma 1 dell'art. 30 del cit. d.lgs. il quale, con riferimento alla portata esimente, utilizza l'espressione "*deve essere adottato*" aprendo quindi il dubbio tra un possibile obbligo di adozione o una mera individuazione tassativa delle caratteristiche del modello stesso. Propende la dottrina maggioritaria per la seconda ipotesi riconoscendo una non sistematicità nella obbligatorietà di adozione di tale modello solo per la materia antinfortunistica, a fronte della facoltatività dei modelli organizzativi ex d.lgs. n. 231/01[11].
Il senso ultimo, quindi, è nella semplice considerazione che laddove fosse intenzione adottare (o adattare) un SGSL con efficacia esimente della responsabilità *ex crimine* dell'ente per i reati di omicidio e lesioni con violazione delle cautele antinfortunistiche, questo deve avere le caratteristiche indicate nelle lettere da *a)* a *h)* del primo comma dell'art. 30 e dei successivi commi 2 (sistema di *reporting*), comma 3 (compartimento funzionale e sistema disciplinare) e comma 4 (sistema di riesame e revisione).
E si arriva così al tema centrale: se sono chiari e positivizzati obiettivi e funzionalità, come si individua il doveroso e quindi corretto contenuto?
Come visto sopra, i modelli esistevano già nelle realtà aziendali e il legislatore ha quindi previsto una presunzione di conformità tra la migliore tecnica e il modello con efficacia esimente. Il comma 5 dell'art. 30 del d.lgs n. 81/08 recita "*in sede di prima applicazione, i modelli di organizzazione aziendale definiti conformemente alle Linee guida UNIINAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL) del 28 settembre 2001 o al British Standard OHSAS 18001:2007 si presumono conformi ai requisiti di cui al presente articolo per le parti corrispondenti*".
Il dettato sembra chiaro, se l'ente si conforma agli standard il modello sarà conforme ai requisiti con efficacia esimente.
Sono necessarie due precisazioni preliminari per poi addentrarsi nella valutazione più approfondita del reale portato della norma.
La prima concerne la locuzione iniziale "*in sede di prima applicazione*" resta così infelice da far sorgere dubbi sulla durata entro la quale operi la presunzione di conformità, e se il termine sia da riferire all'applicazione delle Linee Guida (o al BS) fino alla loro modifica[12] oppure se ciò si riferisca ai soli modelli già esistenti prima della promulgazione del d.lgs. 81/08. La questione di per sé non ha ancora avuto una reale ricaduta pratica ma, come vedremo alla fine, potrebbe addirittura creare un vero vuoto normativo.
La seconda concerne la conclusiva espressione "*per le parti corrispondenti*". Il tema, suscettibile di una ampia trattazione non oggetto del presente contributo, può essere racchiuso considerando questa espressione come il punto di raccordo e contatto tra i MOG 231 (modello organizzativo) e SGSL (modello prevenzionistico). Non basta dotarsi di un SGSL conforme agli standard indicati dalla norma per dotarlo di efficacia esimente, è necessario un *quid pluris* che lo collochi all'interno o quanto più vicino possibile al modello previsto dall'art. 6 del d.lgs. n. 231/01. Sostanzialmente, ai fini dell'efficacia esimente, l'SGLS deve prevedere il controllo da parte dell'Organismo di Vigilanza ex d.lgs. 231/01[13], nonché la sottoposizione al sistema disciplinare (per alcuni rileva anche l'indicazione delle modalità di gestione delle risorse finanziarie[14]).
La rilevanza (e il tecnicismo) della disposizione è stata tale che il maggior organo tecnico istituzionale è intervenuto a sostegno della chiarezza della norma con la nota lettera circolare del 11/07/2011 prot.15/VI/0015816/MA001. A001 creando la "tabella di correlazione" tra l'art. 30 d.l.gs. n. 81/08 – linee Guida Inail e BS OHSAS 18001:2007, ponendo l'attenzione sugli strumenti (processi) utili a verificare l'effettività e conformità del Sistema di Gestione stesso e cioè "monitoraggio e audit interno" e "riesame della direzione".
Si aggiunga da ultimo un tema a chiusura dell'elencazione delle caratteristiche dei modelli ad

efficacia esimente. Proprio il d.lgs. n. 81/08 come modificato dal d.lgs. n. 106/09 prevede ai sensi del comma 3-*bis* dell'art. 51 che il modello possa essere *asseverato* dagli organismi paritetici definiti di cui all'art. 2, comma 1, lett. *ee)*[15]. Chiare sembrano solo le intenzioni della norma perché in realtà i requisiti di tale attività non risultano ben definiti. Se l'asseverazione è attività necessaria a garantire la veridicità, correttezza, conformità, di determinate documentazioni, progetti e si effettua davanti ad un Tribunale è pur vero che essa è definita nelle sue forme dalla legge e non rimessa alla valutazione di organismi privati (per quanto ampiamente rappresentativi). Cioè non si comprende il reale valore di questa attività in quanto, come osservato, se il modello è creato in conformità a norme tecniche individuate per legge e compendiato, nel resto, con codici di comportamento indicati da organizzazioni di rappresentanza (presentati al Ministero della Giustizia ai sensi dell'art. 6, comma 3, d.lgs. n. 231/01) l'asseverazione non ha gran ragione di essere. Se efficacemente adottato l'asseveratore naturale è perciò, ai sensi del d.lgs. n. 81/08, proprio il sistema di controllo interno delle organizzazioni[16].

Altro aspetto è quello della *certificazione* volontaria del SGSL resa possibile dalla conformità del modello alle Linee Guida UNI INAIL o al BS OHSAS 18011:2007. Un vero e proprio universo parallelo quello della certificazione in quanto fonda, diversamente dalla *asseverazione*, il proprio operare su una esperienza internazionale in continua evoluzione. Sarà utile solo indicare come il meccanismo di certificazione passi attraverso degli organi accreditati e che tale accreditamento avviene attraverso un unico ente nazionale per ogni Paese europeo (in Italia, dal 2010, è ACCREDIA). L'ente di accreditamento (AB – Accreditation Body) quindi "certifica la capacità di certificare" secondo norme e protocolli condivisi a livello internazionale e quindi mutualmente riconosciuti. Nel caso specifico degli SGSL ad oggi esiste un modo di accreditare gli enti certificatori costruito a livello mondo ed oggetto di specifica attenzione, cioè esiste un unico modo per capire se un ente è in grado e come deve fare a *certificare* l'idoneità e l'efficacia di un SGSL. L'Italia è tra i primi Paesi al mondo sia per qualità dello standard di verifica (il famoso RT12) che per numero di certificati rilasciati e gestiti[17].

Quale che sia l'attività "a valle" della creazione del modello, la realtà è assai meno rosea delle aspettative in quanto il vero banco di prova della esimente è da tutt'altra parte.

Insomma, anche laddove l'azienda avesse seguito il dettato della norma, e quindi adottato un modello conforme agli standard, compendiato secondo i codici di comportamento, asseverato dagli OP e certificato da enti accreditati, anche la più accorta dottrina arriva ad ipotizzare una presunzione *iuris tantum* suscettibile, al più, di invertire l'onere della prova – addossandolo alla pubblica accusa – anche nelle ipotesi di reati commessi da soggetti in posizione apicale[18] (presunzione che, per quanto noto, al momento non ha trovato largo riscontro in giurisprudenza).

3.1. Il fronte del giudizio, esperienze di merito.

La realtà è che il "terreno dello scontro" riguarda la valutazione riservata al Giudice penale circa l'efficace attuazione del modello e su questo piano la totale indeterminatezza della fattispecie esimente fallisce clamorosamente.

Nella recente esperienza normativa italiana, quando si è tentato di definire i profili delle esimenti, purtroppo, si è caduti in meccanismi presuntivi che complicano l'esercizio della giurisdizione. La recente esperienza sulla legittima difesa è emblematica. La volontà politica era dichiaratamente creare una esimente che impedisse l'accertamento e con la riforma è stato creato un automatismo che, invece, si presta sempre ad essere verificato.

Sperando di poter relegare a mero accidente quella riforma, è però condivisibile che la presenza di fattispecie indefinite sia un *vulnus* del sistema penale e se è vero che il nostro sistema rifugge tendenzialmente da modelli di accertamento presuntivi e dal conseguente automatismo applicativo delle disposizioni che li contengano, recente dottrina[19] eccepisce come gli stessi possano però essere "*empiricamente fondati, sostenuti da ragionevoli esigenze preventive e sempre relativi, aperti cioè alla possibilità di essere contraddetti*".

Forse la chiave potrebbe essere questa, trovare una forte base empirica con ragionevole esigenza preventiva.

Gli elementi, in realtà, nel caso della esimente ex art. 30 d.lgs. 81/08 sembrerebbero già esserci tutti, non manca la base empirica e pressano oltremodo le esigenze preventive.

In tal senso si apprezzano due pronunce di merito piuttosto recenti che hanno fatto un ottimo uso dei principi già condivisi e dato atto della possibile linea interpretativa circa i modelli.

Entrambe le sentenze riguardano la responsabilità dell'ente R.F.I., gestore unico della rete ferroviaria italiana in virtù di concessione statale, ed entrambe per decessi colposi aggravati dalla violazione di norme antinfortunistiche nell'ambito di due incidenti ferroviari (Motta S.Anastasia, Trib. Catania, Sez. IV, del 14 aprile 2016, n. 2133, Giud. Benanti e Scala di Giocca, Trib. Sassari, Sez. Pen., del 26 settembre 2018 (ud .28 giugno 2017),

Giud. Nuvoli est.). Forse non solo per un puro caso l'evento è il medesimo che in Gran Bretagna (altra isola) nel 1842 determinò la prima sanzione penale ad un ente (*R. v. Birmingham and Gloucester Railway*), ma l'esito qui sarà diverso.
Condurrebbe troppo lontano dall'oggetto del contributo una analisi approfondita delle due sentenze[20], ma ciò che più interessa sono i tratti comuni alle pronunce che valorizzano le certificazioni del modello e si addentrano nella valutazione di efficacia evidenziandone gli elementi tipici.
La sentenza del Tribunale di Catania compie una importante disamina in merito alla certificazione rilasciata al modello di R.F.I. adottato nel 2001, redatto per la parte di interesse secondo lo standard OHSAS 18001, e certificato nel 2006 da ente accreditato (TÜV Italia). In questo caso il precipuo interesse del Giudice era motivato dal problema di un mancato aggiornamento del MOG a causa di quel susseguirsi di norme che avevano introdotto la responsabilità degli enti per i reati colposi di cui si tratta. Insomma, nonostante il mancato aggiornamento, attraverso l'esame dei documenti aziendali inerenti all'attenzione verso la problematica causalmente connessa al fatto-reato (riunioni ODV, DVR, note dei dirigenti, ecc…) e valorizzando la certificazione di quel sistema di controllo, l'ente non è stato ritenuto responsabile di alcuna colpa.
Ancor di più il Tribunale di Sassari che con una organica e analitica motivazione muove dalla certificazione del modello come fosse una base inamovibile circa l'idoneità prevenzionistica astratta tale da consentire un vaglio ulteriore. Questo vaglio viene compiuto alla ricerca invece dell'efficacia in concreto trovando specifici indicatori quali: *procedure* di valutazione del rischio assorbite nel modello, strutturazione analitica in materia di sicurezza con compiti definiti e capacità consone, flussi informativi verso l'ODV e l'utilizzo del sistema disciplinare predisposto. Tutti gli elementi sono stati valorizzati per l'esclusione della responsabilità (addirittura con la condanna, invece, delle persone fisiche).
Entrambe le sentenze si sono poi pronunciate in merito ad interesse e vantaggio, nonostante le considerazioni sul profilo soggettivo, escludendo entrambi: da un lato perché il risparmio economico di un ente che opera in concessione statale e sulla base di risorse concordate con lo Stato stesso non trova ontologicamente fondamento, dall'altro in quanto nessun vantaggio organizzativo sarebbe derivato dalla attivazione delle procedure utili al finanziamento per predisporre i sistemi di protezione che avrebbero impedito l'evento.
Seppur riportate solo nei tratti estremamente essenziali, si coglie nelle pronunce il pregio di aver colto i tratti salienti del sistema prevenzionistico e la strada per la verifica del suo funzionamento effettivo.
Come si è detto sopra, proprio questo è il "terreno di scontro" e cioè la verifica in concreto dell'efficacia del modello tale da riuscire a liberare realmente la valutazione del Giudice dall'assioma (già richiamato) dell'inefficienza dimostrata dal verificarsi del fatto.
In tal senso ancora non ha avuto degna centralità l'innovazione portata dall'art. 16, comma 3, secondo periodo, d.lgs. 81/08, del quale la dottrina ha valorizzato il solo rapporto causale tra modello e responsabilità del datore di lavoro[21].
Tale norma si pone invero come vera norma di raccordo e chiusura del sistema di responsabilità dell'ente.
In definitiva, il "sistema 231" è concepito come controllo anche sul SGSL, ed in effetti è proprio l'art. 16 d.lgs. n. 81/08 a dare il metro di questo rapporto prevedendo come assolto l'obbligo di vigilanza sull'incaricato nella "sola" adozione del modello. Sebbene non manchino le forti critiche a questa *presunzione assoluta* ritenuta addirittura "paradossale"[22], è da rilevare il ruolo fondamentale dell'ODV previsto dal d.lgs. n.231/01 cioè uno strumento di controllo la cui finalità è proprio verificare l'idoneità (non può che intendersi concreta) del modello ex art. 30, comma 4, del d.lgs. n. 81/08. In tal senso, lungi dal vedere un limite nel lavoro dell'ODV, è sostenibile o quantomeno desiderabile che l'attività dell'organo di vigilanza sia posta a fondamento della valutazione di efficacia del SGLS anche ai fini della scriminante.
La strada è ancora lunga.

4. L'evoluzione

Avvicinandosi le conclusioni è momento di bilanci e diventa necessario prendere atto di alcuni dati incontrovertibili dai quali procedere verso una possibile idea di riforma.
Il sistema di prevenzione degli SGSL funziona, prova ne sia la riduzione degli infortuni nelle aziende certificate pari a circa il 16%, che nel 40% dei casi sono meno gravi rispetto a quelli che avvengono nelle imprese non certificate[2324].
A fronte di una efficacia oggettiva di questo sistema (o forse in ragione di ciò) il sistema punitivo arretra. Le iscrizioni delle Procure nei confronti degli enti si riducono drasticamente e spesso, è necessario dirlo, si limitano ad una iscrizione formale che tecnicamente non fa altro che ricalcare l'imputazione della persona fisica ed aggiunge una

qualche sterile formalistica locuzione come "con interesse e vantaggio costituito dal risparmio di spesa".
Conseguenza è il numero esiguo di pronunce di mancanza di responsabilità, in genere, ma ancora meno di "assoluzione" per mancanza di colpa di organizzazione.
Ed è in tal senso che diventa necessario individuare indicatori specifici della buona organizzazione e della implementazione del sistema di sicurezza del lavoro, in modo da aiutare e supportare il giudicante nella decisione finale liberandolo dall'onere di dover creare ogni volta un percorso motivazionale autonomo.
Questo in parte l'obiettivo dei due più noti tentativi di riforma del d.lgs. 231/01: lo schema di disegno di legge redatto dalla AREL (Agenzia di Ricerche e Legislazione) su iniziativa dell'allora ministro Alfano e la proposta di legge n.3640 del deputato Della Vedova, entrambe dell'estate del 2010.
Per quanto di interesse, cogliendo tra le due proposte evidenti analogie, si evidenzia un tentativo regolatore e, sia concesso, "pacificatore".
Entrambe le proposte prevedevano la sottrazione degli enti alle misure interdittive cautelari. Il disegno AREL, a fronte dell'adozione di un modello certificato (tra un attimo si vedrà tale peculiarità) escludeva le misure in via generale se non per esigenze di *eccezionale rilevanza* (art. 7-*bis*, comma 3, disegno AREL). La proposta Della Vedova le escludeva anch'essa in via generale, con eccezione delle c.d. imprese illegali e la comminazione in via cautelare solo dopo il primo grado con approvazione (sic!) della Corte di Appello e solo nel caso di grave pericolo di reiterazione (art. 2, commi 1 e 2, proposta di legge n. 3640/2010).
Non solo.
La proposta Della Vedova, spingendo l'orizzonte più avanti possibile, arrivava a positivizzare l'inversione dell'onere probatorio rispetto all'efficacia dei MOG conformi alle linee guida e codici di comportamento (art. 1, comma 1, lett *c*) proposta di legge n. 3640/2010). Proposta che mirava, dichiaratamente, ad eliminare la differenza nella disciplina generale tra apicali e sottoposti. Sebbene astrattamente condivisibile la proposta sembra presentare notevoli lacune tecniche, anche di formulazione della norma, e forse il maggior valore risiede proprio nell'arrivo in parlamento di un tema di riforma oggettivamente complesso.
Diversamente la proposta AREL ha ipotizzato un meccanismo di notevole interesse (al tempo): la certificazione preventiva del modello.
Tale certificazione avrebbe consentito l'esclusione della responsabilità dell'ente *tout court* a meno di disallineamenti considerevoli tra modello certificato e situazione accertata (di talché un accertamento giudiziale sarebbe stato comunque necessario).
Assai più interessante però è che il sistema di certificazione avrebbe dovuto essere definito e gestito dal Ministero della giustizia. Il Ministero avrebbe dovuto fissare con regolamento i criteri generali per la certificazione, determinandone: il contenuto, le modalità di rilascio, l'efficacia e la periodicità del rinnovo alla luce dei codici di comportamento delle associazioni rappresentative.
Non solo, il regolamento avrebbe dovuto individuare anche gli enti in grado di rilasciare la certificazione creandone un elenco e vigilando sull'attività di questi.
Tale proposta è stata oggetto di critica[25] ed invero lo è stato l'intero sistema di certificazione (sebbene lo stesso autore comprenda il valore potenzialmente risolutivo della certificazione).
Probabilmente un limite risiedeva nell'ipotizzare una certificazione unica, in mancanza delle norme di riferimento e poggiandosi, di fatto, sui codici di comportamento il cui scarso successo a livello interpretativo è una triste ma onesta considerazione. Forse la proposta AREL mirava alla creazione di un sistema simile alla responsabilità medica, regno incontrastato delle linee guida, ma che avrebbe necessitato comunque di una elaborazione normativa dei principi generali.
Pur considerando limiti e qualità, purtroppo va rilevato che questi atti sono gli unici ad avere il pregio di aver indicato una nuova via e aver spinto tutti i soggetti coinvolti al confronto. Sia permesso notare però che ognuna di queste proposte recava con sé ciò che all'inizio è stata arditamente definita logica del "compromesso".
Il disegno Della Vedova prevedeva a fronte della innovazione un innalzamento delle sanzioni, la proposta AREL addirittura un nuovo reato. La provenienza squisitamente politica ha lasciato la sua traccia ma, se qualcosa insegnano i precedenti (alcuni qui riportati), sarebbe più utile avere percorsi condivisi già nella formulazione della proposta piuttosto che cercare la quadratura nell'iter legislativo.
Ed è su questo piano, con questo auspicio, che si rassegano le conclusioni.

5. La norma tecnica ISO 45001:2018, una nuova prospettiva

Ripartiamo dalla fine. La proposta AREL ha colto con notevole anticipo l'evoluzione che avrebbe avuto la materia delle certificazioni, soprattutto nel ristretto ma ampio ambito dei delitti colposi aggravati dalla violazione delle norme antinfortunistiche.
È pur vero che quel tentativo "imbrigliava" la

certificazione nell'ambito nazionale, addirittura ministeriale, con il chiaro intento di trovare una fondatezza *latu sensu* politica.
Ma oggi viene da chiedersi perché fare *in house* qualcosa che esiste e come visto: funziona a livello sovranazionale, ha un fondamento empirico e tecnico, nella realtà aziendale italiana è particolarmente diffuso.
Il momento è cruciale, in quanto a marzo 2021 verrà ritirata la norma BS OHSAS 18001:2007 per fare posto alla norma ISO 45001:2018, sua evoluzione condivisa a livello internazionale con il lavoro degli organi tecnici di circa 80 Paesi.
Una vera e propria norma non più uno standard riconosciuto come migliore esistente.
Non è sufficiente lo spazio in questo contributo per un esame dettagliato della norma e delle differenze con la precedente ma sarà sufficiente tratteggiare le caratteristiche salienti ed utili allo scopo esimente.
Sia detto che la nuova norma ha fatto esperienza dei limiti della 18001 ed è stata modificata ponendo al centro il concetto di *risk based thinking* e redatta utilizzando come riferimento le strutture di alto livello, onerandole direttamente del compito di "valutazione e miglioramento della prestazione", declinando addirittura la gerarchia di controlli (in analogia alle "misure generali di tutela" di cui all'art. 15 del d.lgs. n. 81/08).
Il continuo riferimento della norma a *processi* piuttosto che *procedure* avvicina molto la norma al dettato normativo dell'art. 30, d.lgs. n. 81/08 ed anche al modello previsto dal d.lgs. n.231/01.
Si potrebbe dire che riduce le parti "non corrispondenti" in quanto nel ricondurre ai vertici aziendali la valutazione delle prestazioni li onera di un intervento di correzione (manca sempre il sistema disciplinare).
In particolare il *punto norma 9* contiene i requisiti relativi alla valutazione delle prestazioni, articolate nelle diverse componenti che tradizionalmente costituiscono il processo di *check*: il monitoraggio e la misurazione, la valutazione della conformità, l'audit interno, il riesame della direzione.
Se a questo si associa il "miglioramento continuo" del *punto norma 10* diventa chiaro quanto detto in premessa rispetto alla completezza operativa della norma.
Insomma, la nuova norma tecnica (adattabile nella sua appendice NA alla legislazione nazionale) prevede riesame e report obbligatori verso l'alta dirigenza. Un sistema simile, se non uguale, a quello del MOG ideale.
Ebbene a fronte del momento così delicato, rileviamo un rischio importante in quanto la Commissione Consultiva Permanente che, ai sensi dell'art. 30, comma 5, secondo periodo del d.lgs. n. 81/08, anche a fronte del ritiro della norma OHSAS 18001 potrebbe indicare ulteriori modelli di organizzazione e gestione con efficacia esimente, è scaduta e al momento di redazione del contributo non rinnovata (oltre alle complicazioni attuali dovute alla pandemia).
Sebbene, come detto, la nuova 45001 costituisce sviluppo fisiologico della 18001 si potrebbe facilmente sostenere una continuità normativa, ma la complessità dell'argomento, soprattutto in una fase transitoria chiamata appunto di "migrazione" dei sistemi di sicurezza, avrebbe richiesto un supporto tecnico istituzionale più definito anche perché, come nuvola nera, sull'orizzonte si staglia la locuzione del comma 5 dell'art. 30 del d.lgs. n. 81/08 "in sede di prima applicazione", condizione che certamente non ricorrerebbe per la norma 45001:2018.

6. Conclusione e prospettive di riforma

Ciò che conclusivamente si può osservare è che gli elementi utili a definire l'esimente esistono già.
Data questa premessa un serio intervento di riforma dovrebbe "accontentarsi" di definire una volta per tutte la idoneità astratta dei modelli attraverso le certificazioni esterne, abbandonando il meccanismo delle asseverazioni.
Questo potrebbe aprire alla inversione dell'onere probatorio per i reati contestati agli apicali, ponendolo nella giusta prospettiva accusatoria, almeno riguardo ai delitti di omicidio e lesioni commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene della salute sul lavoro.
Sarebbe necessario prendere però atto della impossibilità di sottrarre alla valutazione giudiziale l'efficacia in concreto del modello e tentare di positivizzare gli elementi che obbligatoriamente sono previsti dalla norma tecnica in modo da indirizzare la valutazione del Giudice.
Insomma, al fine di decidere se il modello sia efficacemente implementato il Giudice dovrà verificare, per esempio, se i sistemi di *reporting* sono utilizzati, se esistono le funzioni di controllo e come sono state attivate, se sono state comminate sanzioni disciplinari, se il ruolo dell'ODV è attivo e sono attivi i flussi informativi verso questo, quali e quante risorse (umane ed economiche) sono state destinate alla sicurezza. Sono ormai "scienza comune" i fattori utili a verificare l'efficace attuazione di un modello prevenzionistico ed è forse il momento di utilizzare tale scienza tecnica nel sistema penale (in parziale analogia con le linee guida mediche).

Se tutto questo non fosse condivisibile o implementabile, sarebbe molto più efficace e efficiente prendere atto del fallimento del meccanismo di esonero di responsabilità in virtù dell'adozione ed efficace attuazione dei modelli e non "promettere" alle imprese un effetto salvifico, a fronte di investimenti economici e organizzativi rilevanti, puntualmente disatteso.

Se, come veniva scritto nella relazione accompagnatoria al d.lgs. n. 231/01, "*l'elaborazione di un sistema di responsabilità dell'ente, altro non faccia che razionalizzare l'esistente*" in quanto "*una risposta sanzionatoria nei confronti di quest'ultimo* [l'ente NdR] *già oggi esiste nei fatti, se si pensa che il costo del processo e delle pene applicate al suo esito viene di massima sostenuto dall'impresa, piuttosto che dal singolo*", l'attuale sistema si distinguerebbe per una doppia sanzione all'ente, compromettendo la stessa efficacia deterrente del sistema punitivo.

Ed allora sarebbe forse necessario confrontarsi con le legislazioni straniere più avanzate sul tema e osservare come alcuni sistemi di *common law* abbiano coniugato il binomio responsabilità oggettiva/modelli come attenuanti[26] delineando un quadro più "rozzo ma onesto" di responsabilità.

Si potrebbe, inoltre, pensare di mantenere alta e stimolare comunque l'attenzione verso la sicurezza aziendale valorizzando l'adozione del modello come causa impeditiva di sanzioni cautelari interdittive per evitare, almeno in una fase preliminare, quella "doppia sanzione" dovuta al procedimento verso l'ente e i suoi apicali.

Si assisterebbe però ad una inversione di tendenza e si arresterebbe una evoluzione, tutto sommato, costante anche perché come lungimirante ed illuminata dottrina[27] ha avuto modo di scrivere "*a fronte di questo contesto e di questa configurazione di responsabilità senza colpa, da status, occorrono iniziative privatistiche di creazione di normativa secondaria e settoriale. Un'opera di normazione che cerchi di produrre e recuperare la certezza perduta e con essa un minimo di quella prevedibilità applicativa che la legge non è più in grado da sola di assicurare*".

Smarrire questa strada sarebbe un danno irreparabile pari almeno a percorrerla senza il necessario spirito critico che dovrebbe prendere le mosse da una analisi dell'attuale sistema troppo spessa divisa, come visto, tra l'interesse di tutela delle imprese e la finalità deterrente della punizione, tale da invertire l'asse dal *societas delinquere non potest* a "*societas semper delinquunt*".

---

1 S. Dovere, *Articolo 25 septies Omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro*, in M.Levis - A. Perini, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti,* Zanichelli, 2014, p. 617

2 L. Stortoni, *I reati per i quali è prevista la responsabilità degli enti*, in Aa.Vv., *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loto interesse*, in Cass. Pen., 2003, suppl. al fascicolo 6, p.70

3 G. Amarelli, *La sicurezza sul lavoro tra delega legislativa e responsabilità delle imprese per le 'morti bianche': la legge 123/2007 (prima parte)*, in *Studium Iuris*, 2008, 3, p.255

4 *Ibid.*

5 P. Ielo, *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, in *Resp. amm. soc. enti,* 2008, 2, p. 66

6 T. Vitarelli, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p.708

7 M. Aparo, *I reati presupposto,* in A. D'Avirro – A. Di Amato, *La responsabilità da reato degli enti,* in *Trattato di diritto penale dell'impresa* (diretto da A. Di Amato), vol. X, Cedam, 2009, p.446

8 G.U.P. Tribunale di Cagliari, sent. 4 luglio 2011, n. 1188/11, in *Corr. Merito,* 2012, 2, p.169 con nota di G. Gentile

9 Cosi S. Dovere, cit., p. 619

10 S. Dovere, cit., p. 633

11 A. Presutti – A. Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti,* Giuffrè, 2018, p. 140

12 P. Ielo, *Lesioni gravi, op cit., p.70* e R. Lottini, *I modelli di organizzazione e gestione*, in F. Giunta – D. Micheletti (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Giuffrè, 2010, p. 189

13 Sul punto permane qualche dubbio rispetto alla corrispondenza tra ODV e Organismo di Vigilanza interno previsto dalla norma BS OHSAS 18001:2007

14 A. Presutti – A. Bernasconi, *op. cit.,* p. 150

15 *"organismi costituiti a iniziativa di una o più associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, quali sedi privilegiate per: la programmazione di attività formative e l'elaborazione e la raccolta di buone prassi a fini prevenzionistici; lo sviluppo di azioni inerenti alla salute e alla sicurezza sul lavoro; l'assistenza*

alle imprese finalizzata all'attuazione degli adempimenti in materia; ogni altra attività o funzione assegnata loro dalla Legge o dai Contratti collettivi di riferimento"

16 P. Ferrari, "*Modelli di organizzazione e di gestione per salute e sicurezza sul lavoro. Note sul problema dell'efficacia esimente e dell'asseverazione*", in *PuntoSicuro.it*, 2011.

17 Fonte sito ACCREDIA

18 F. D'Arcangelo, *La responsabilità da reato degli enti per gli infortuni sul lavoro*, in *Resp. Amm. soc. enti.*, 2008, n.2, p.77

19 F. Consulich, *La legittima difesa assiomatica. Considerazioni non populistiche sui rinnovati artt. 52 e 55 c.p.*, in *Giur. Pen. Web*, 2019, 5, p.13

20 Si rimanda ad un pregevole contributo sulla sentenza Trib. Catania, Sez. IV, del 14 aprile 2016, n. 2133 giud. Benanti (incidente di Motta S. Anastasia) di A. Orsina, *Il caso "Rete Ferroviaria Italiana s.p.a.": un'esperienza positiva in tema di colpa di organizzazione*, in *Dir. Pen. Cont.- Riv. trim.*, 2017, 1

21 A. Presutti – A. Bernasconi, *op. cit.*, p. 144

22 T. Vitarelli, *La disciplina della delega di funzioni*, in F. Giunta – D. Micheletti (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Giuffrè, 2010, p. 49

23 Addirittura il 98,4% delle aziende, dopo la certificazione del proprio sistema di gestione, hanno verificato un miglioramento della sicurezza, misurato attraverso il numero di infortuni e malattie professionali (74,6%) e dei mancati infortuni (70,1%), le ore di formazione (63,3%) e le non conformità gestite (55,6%)

24 I dati di riferimento sono estratti dal quaderno dell'Osservatorio Accredia sulla sicurezza sul lavoro, reperibile on line dal sito https://www.inail.it/cs/internet/docs/all-infografiche-osservatorio-accredia-2018.pdf

25 S. Bartolomucci, *Lo strumento della certificazione e il d.lgs. 231/01: polisemia ed interessi sottesi nelle diverse prescrizioni normative*, in *Resp. Amm. soc ed enti*, 2011, p.47

26 Per un'analisi comparatistica G. Galluccio Mezio, *Diritto e procedura penale degli enti negli U.S.A.,* Cedam, 2018, in particolare sul meccanismo sanzionatorio p. 88

27 F. Sgubbi, *Il Diritto penale totale,* il Mulino, 2019, p. 78

14 Le carenze strutturali ed organizzative delle aziende ospedaliere quale nuova frontiera della responsabilità da reato degli enti collettivi ex D.Lgs. 231/2001. Analisi in una prospettiva comparatistica e *de jure condendo* alla luce dell'emergenza sanitaria Covid-19 Pandemy.

di Giovanni Palmieri

Abstract

L'emergenza Covid-19 Pandemy ha collocato al centro del dibattito il tema della responsabilità sanitaria. Tale tematica ha una valenza particolarmente estesa rispetto alla responsabilità medica poiché si fa riferimento alle prestazioni rese da una pluralità di soggetti con diverse qualifiche (medici, paramedici, infermieri, ausiliari) e riporta l'attenzione sulla disfunzione organizzativa, che potrebbe rilevare quale criterio di imputazione della responsabilità della struttura sanitaria.

Vista l'impossibilità *de jure condito* di configurare la responsabilità diretta delle strutture sanitarie - che possono rispondere sul piano civilistico, ove assumono obblighi risarcitori - la giurisprudenza penale nelle rare pronunce sul tema, per gli eventi lesivi da reato, tende a ripartire la responsabilità tra i medici, gli operatori sanitari e gli organi amministrativi.

In tale contesto, soprattutto nei casi in cui il sanitario è costretto ad operare in strutture che presentino evidenti *deficit* di mezzi e organizzativi, l'operato del medico è esposto a numerosi e rilevanti rischi di responsabilità penale, in cui gli operatori sanitari sono costretti ad accollarsi, nei casi più estremi, quella che in dottrina è definita *colpa per assunzione*.

Tali responsabilità vengono in rilievo in maniera ancora più marcata durante le fasi emergenziali e tendono a favorire la proliferazione della cd. *medicina difensiva*: si ripropone dunque la problematica dell'inadeguatezza dell'art. 590 sexies c.p., introdotto nel codice penale con la legge Gelli-Bianco e specificamente dedicato alla responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria.

Il contributo intende soffermarsi su tali problematiche proponendo un'analisi della responsabilità delle aziende ospedaliere e - in una prospettiva *de jure condendo* – una possibile ed ormai ineludibile riforma che preveda l'introduzione di una responsabilità dell'ente per eventi lesivi conseguenti a carenze strutturali ed organizzative, così estendendo la disciplina 231 agli enti ospedalieri (con le dovute modifiche relative ai criteri di imputazione del fatto).

Sarebbe un intervento di grande impatto e, probabilmente, l'unica soluzione per perseguire eventi lesivi dipendenti da *deficit organizzativi* in ambito sanitario.

In un'ottica comparatistica, lo schema di riferimento potrebbe essere quello anglosassone del *Corporate Manslaughter,* con cui è stato introdotto un nuovo modello di omicidio, ascrivibile direttamente alla *corporation* e non agli amministratori e/o agli operatori sanitari.

L'elaborato analizzerà tali problematiche dalle quali discende la necessità di prevedere e introdurre una responsabilità delle strutture sanitarie per *deficit di organizzazione,* finalizzata a tutelare adeguatamente l'operato dei sanitari, al fine di arginare la *medicina difensiva.*

The Emergency Covid-19 Pandemy collocated to the center of discussing the theme of sanitary responsibility. This thematic has a particular extending value respect to medical responsibility because it refers to the performance of a plurality of subjects with different qualifications (doctors, paramedics, nurses, auxiliaries) and draws attention to organizational disfunction, which could be used as a criterion for attributing the responsibility of the health facility.

Given the impossibility of configuring the direct responsibility of health facilities- which can respond on a civil basis where they assume compensatory obligations- the criminal jurisprudence in the rare rulings on the subject, for events harmful to a crime, tends to divide the responsibility between doctors, health professionals and administrative bodies.

In this context, especially in cases where the healthcare professional is forced to operate in structure that have evident lack of means and organization, the work of the doctor is exposed to numerous and significant risks of criminal responsibility, in which healthcare professionals are forced to assume, in the most extreme

cases what in doctrine is defined as "guilt by assumption".
These responsibilities are even more prominent during the emergency phases and tend to favor the proliferation of the so called defensive medicine: the problem of the inadequacy of art. 590 sexies of the Criminal code, introduced into the criminal code with Gelli-Bianco law and specifically dedicated to the criminal liability of the healthcare professional.
The contribution intends to dwell on these issues by proposing an analysis of the responsibility of hospital companies and in a new perspective a possible and now unavoidable reform that provides for the introduction of a liability of the body for harmful events resulting from structural and organizational, thus extending the 231 discipline to hospitals (with the necessary changes relating to the criteria for attributing the fact). It would be an intervention of great impact and, probably, the only solution for pursuing harmful events dependent on organizational deficits in the health sector.
From a comparative point of view, the reference scheme could be the Anglo-Saxon one of Corporate Manslaughter, with which a new homicide model was introduced, attributable directly to the corporation and not to the administrators and/or health workers.
The paper will therefore focus on the possibility of a reform of Legislative Decree 231/01 which provides for the responsibility of health facilities for organizational deficits, aimed at adequately protecting the work of health professionals in order to stem "defensive medicine".

Sommario: 1. L'emergenza Covid-19 Pandemy - **2.** La responsabilità sanitaria e il "difetto di organizzazione" della struttura - **3.** L'inadeguatezza dell'art. 590 sexies c.p. e le proposte per la previsione di uno scudo *ad hoc* - **4.** Il passaggio dalla responsabilità del singolo a quella dell'ente e le prospettive di applicazione del d.lgs. 231/2001 alle strutture ospedaliere - **5.** Conclusioni e prospettive di riforma.

1. L'emergenza Covid-19 Pandemy.

Il 2020 sarà ricordato come l'anno della grande pandemia degli anni 2000, in cui l'umanità si è trovata a dover fronteggiare un evento dalle dimensioni planetarie che ha influito su ogni contesto della vita sociale.
L'emergenza sanitaria è pertanto destinata ad influire anche sul diritto penale e su uno dei suoi ambiti più controversi quale quello della responsabilità medico/colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario.[1]
Gli esercenti professioni sanitarie, in prima linea nel fronteggiare la pandemia, hanno dimostrato notevole abnegazione e sacrificio, sebbene costretti spesso ad operare in contesti caratterizzati da gravi deficit organizzativi, dalla mancanza di strumenti tecnici indispensabili e, in molti casi, dalla carenza di dispositivi di protezione individuale.
L'intera categoria degli operatori sanitari ha pagato un caro prezzo, essendo tra le professioni più colpite. Anche per questa ragione, a tutela della categoria, il *plenum* del CNF con la delibera del 1 aprile 2020 ha stigmatizzato tutte quelle limitate iniziative di avvocati finalizzate ad avviare azioni legali nei confronti dei sanitari impegnati ad affrontare l'emergenza, anche mettendo in pericolo la loro stessa vita.[2]
Ad oggi, infatti, le terapie e i trattamenti farmacologici riservati ai malati Covid-19 rivestono un valore sperimentale, in mancanza di evidenze empiriche consolidate.
Alla luce di tale dato, solo ipotizzare che un evento di morte o lesioni da Covid-19 possa essere conseguenza di una condotta negligente, imprudente o imperita, sul piano della causalità della colpa, rappresenta certamente un'argomentazione difficilmente sostenibile.
Da tale contesto è scaturita la discussione sulla necessità di prevedere dei meccanismi di *"scudo penale"* per tutelare gli operatori sanitari in prima linea ed è tornata attuale la dissertazione sulla responsabilità della struttura sanitaria in tutti quei casi ove siano ravvisabili *deficit* organizzativi ed errori gestionali dei vertici apicali e dei dirigenti nella loro azione direttiva e di politica aziendale.

2. La responsabilità sanitaria e il "difetto di organizzazione" della struttura.

La discussione sulle tematiche relative alla responsabilità medica si colloca nella più ampia categoria costituita dalla responsabilità sanitaria. Questa può coinvolgere una pluralità di figure professionali, poiché strettamente connessa ad un tipo di attività all'interno della quale si collocano le prestazioni rese da numerosi soggetti con qualifiche

diverse: i medici, gli infermieri, gli ausiliari e le varie figure che esercitano nelle strutture sanitarie.
Sempre più spesso accade che i diversi profili di responsabilità derivanti dalla *malpractice* medica, indipendentemente dal titolo e dal tipo di responsabilità (contrattuale/aquiliana, quindi civile, o penale), siano generati da una disfunzione organizzativa.
In tal caso, anche l'attività professionale del sanitario, potrebbe trovarsi costretta a subire le conseguenze dipendenti dal *deficit* organizzativo della struttura sanitaria.
Tale disfunzione organizzativa può assumere una rilevanza penale, collocabile nell'area del rischio d'impresa della struttura sanitaria. Essa rileva però quale imputazione di responsabilità sia per il singolo operatore sanitario quando non ha provveduto alla segnalazione della problematica, sia per i dirigenti amministrativi della struttura quando mancano la prova dell'errore del medico e la prova del nesso di causalità.
Si pensi ad una lunga attesa di un paziente tra i corridoi del pronto soccorso, nel qual caso, dall'aggravamento delle condizioni di salute del paziente, potrebbero derivare plurime responsabilità: sia per i medici della struttura che non hanno segnalato la disfunzione, sia per il Direttore Sanitario e per il Direttore Generale. [3]
L'attività medica è esercitata da sanitari che operano nell'ambito di strutture complesse. L'atto medico si pone all'interno di un'organizzazione variegata in cui si collocano anche figure e professionisti che svolgono funzioni amministrative, contabili, dirigenziali, le cui condotte possono rilevare nella catena causale che conduce all'evento lesivo dannoso per il paziente.[4]
La frammentazione delle attività e il passaggio a un tipo di responsabilità "allargata" costituisce il problema principale della responsabilità professionale medica.[5]
L'errore medico rappresenta spesso l'evento terminale di una catena di fattori per cui il medico non è l'unico o il solo responsabile dell'evento. L'esito infausto/fatale è dovuto e riconducibile a deficit strutturali e organizzativi, all'inadeguatezza dei mezzi, all'assenza di personale, alla carenza di formazione.[6] Il personale medico dunque non può essere chiamato a rispondere per omissioni e scelte delle strutture sanitarie sui cui vertici dovrebbero ricadere determinate responsabilità riconducibili a politiche di gestione fallaci.
Vista l'impossibilità *de jure condito* di configurare la responsabilità diretta delle strutture sanitarie - che possono essere chiamate a rispondere sul piano civilistico, ove assumono obblighi risarcitori [7] - la giurisprudenza nelle rare pronunce sul tema ripartisce la responsabilità tra i medici e gli organi amministrativi, escludendo che le carenze strutturali e organizzative possano rappresentare una causa di esclusione della colpevolezza del medico.
La normativa attualmente in vigore delinea tre distinti livelli di intervento e controllo della sanità pubblica: nazionale, regionale ed aziendale.
All'interno della struttura al direttore generale è attribuita una posizione di garanzia riguardante la gestione economica dell'ente e la correttezza della stessa; il direttore amministrativo è responsabile dell'organizzazione dei servizi e della predisposizione delle strutture; il direttore sanitario è tenuto al controllo delle condizioni igienico-sanitarie, alla vigilanza del servizio farmaceutico, alla verifica costante della regolarità e dell'assistenza ai degenti, alla razionalizzazione dell'impiego del personale sanitario. Quest'ultimo, tra i dirigenti, è quello su cui ricadono i maggiori rischi di una responsabilità penale nel corso dell'attività.[8]
Non di rado accade che i soggetti titolari di posizioni di garanzia deleghino ad altri il compimento delle proprie funzioni: ciò soprattutto a seguito dell'accentuazione del carattere aziendale delle unità sanitarie che ha comportato un incremento dei compiti organizzativi in capo al dirigente di struttura complessa. Egli si affianca agli organi amministrativi e può essere chiamato a rispondere per fatti avversi dipendenti da *deficit* di organizzazione.
Si presenta così il problema di individuare i soggetti penalmente responsabili all'interno di strutture complesse. In giurisprudenza l'affermazione della responsabilità penale dei funzionari amministrativi stenta ancora ad affermarsi. Sono quindi sporadiche le sentenze in cui a direttori generali, amministrativi e sanitari sono stati attribuiti eventi lesivi ai danni del paziente conseguenti a carenze strutturali.[9]
Le scelte amministrative finiscono così per ripercuotersi inevitabilmente sui sanitari e sulla loro capacità di conformarsi agli *standards* di diligenza.[10]
Il problema sta diventando sempre più attuale, ulteriormente aggravato dall'epidemia Covid-19, per una delle contraddizioni del nostro Paese: al progredire della scienza medica e alle aspirazioni ad una medicina altamente qualificata, di livello nordeuropeo, fanno spesso da riscontro, in concreto, strutture sanitarie di tipo arretrato o terzomondista, dovute anche alle attuali carenze economiche e alle priorità riservate ai consumi individuali rispetto ai servizi sociali.[11]
In tale contesto, soprattutto nei casi in cui il sanitario è costretto ad operare in strutture che

presentino evidenti *deficit* di mezzi e organizzativi, l'operato del medico è esposto a numerosi e rilevanti rischi di responsabilità penale, in cui gli operatori sanitari sono costretti ad accollarsi, nei casi più estremi, quella che in dottrina è definita *colpa per assunzione*.
Sempre più spesso i medici si ritrovano a doversi destreggiare e a scegliere se rendere prestazioni sanitarie anche a fronte di carenze delle strutture, se ricorrere alla cd. *medicina difensiva*, se astenersi dall'attività (scelta non sempre libera nei casi in cui potrebbe rivelarsi dannoso per il paziente).

3. L'inadeguatezza dell'art. 590 sexies c.p. e le proposte per la previsione di uno scudo ad hoc.

La responsabilità penale del medico, negli ultimi anni, è stata sottoposta a due importanti interventi di modifiche legislative, il Decreto Balduzzi e la Legge Gelli-Bianco, finalizzati in buona sostanza a restringere l'ambito di punibilità dell'esercente la professione medica. Ciò soprattutto al fine di arginare la tendenza giurisprudenziale ad un sempre maggiore allargamento delle maglie della condotta medica penalmente rilevante e punibile.
La *ratio* legislativa rispondeva all'esigenza di creare un argine alla *medicina difensiva*, da un lato, e a tutelare ipotesi di punibilità anche penale del medico, dall'altro.
Il legislatore del 2017, introducendo l'art. 590 sexies c.p. ha previsto che *qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge, ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto".*
Si tratta di una norma che ha dato luogo a numerose questioni interpretative, le principali delle quali sono state risolte dalla nota sentenza "Mariotti" n. 8770 del 21 dicembre 2017 – 22 febbraio 2018 con cui le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno delimitato l'ambito operativo della fattispecie.
Lo scudo introdotto dalla norma è limitato alle ipotesi di imperizia non grave relativa ad errori esecutivi, al rispetto delle linee-guida accreditate e alle buone pratiche clinico-assistenziali, previa verifica di adeguatezza delle raccomandazioni contenute nelle linee-guida per il caso specifico.
Risulta pertanto evidente che si tratta di un istituto non adeguato a garantire l'esclusione della punibilità in vicende connesse all'emergenza pandemica in atto, un morbo ancora sconosciuto, che richiederebbe la valorizzazione del profilo inerente il contesto emergenziale in cui l'operatore sanitario si trova ad operare ormai da mesi e la considerazione dei deficit organizzativi- strutturali del sistema sanitario nazionale, male endemico del nostro Paese da decenni.
Tali problematiche vengono in rilievo in maniera ancora più marcata nell'attuale fase di emergenza sanitaria: si ripropone dunque la problematica dell'inadeguatezza dell'art. 590 sexies c.p., introdotto nel codice penale con la legge 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco) e specificamente dedicato alla responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria.
Risulta pertanto evidente come questa area di punibilità colposa appaia assolutamente sproporzionata rispetto alle contingenze emergenziali nelle quali il personale sanitario è chiamato a operare nell'odierna fase di contrasto al Covid-19.
Ne è seguita la proposta di uno "scudo penale", di una norma ad hoc per limitare la responsabilità degli operatori sanitari nell'emergenza Covid-19: al momento sono state assunte diverse iniziative parlamentari sul punto mentre, sul versante dottrinale, ad autorevoli voci contrarie all'introduzione di scudi penali,[12] si sono affiancati autori che auspicano un intervento normativo che segua alcune linee direttrici di fondo e si basi sui seguenti aspetti: - limitazione della responsabilità penale alle sole forme di colpa grave (estesa anche alla negligenza e all'imprudenza); introduzione di una nozione di colpa grave; - allargamento dell'area della irresponsabilità colposa anche a fattispecie diverse dalle lesioni e dall'omicidio; - valutazione sul peso da attribuire alle linee-guida in casi eccezionali di incertezza scientifica dipendenti da una situazione di emergenza.[13]
Secondo altri autorevoli interpreti, in attesa dell'introduzione di una disciplina idonea ed adeguata, evitando il ricorso a normative emergenziali e a "scudi penali", la chiave di volta potrebbe essere al momento rappresentata dal corretto e consapevole governo dei principi dettati dalla giurisprudenza di legittimità in tema di responsabilità penale degli operatori sanitari.
La rigorosa applicazione dei principi sanciti a partire dalla sentenza Mariotti, in relazione agli aspetti inerenti la causalità della colpa e l'elemento soggettivo del reato, congiuntamente alla valorizzazione dell'art. 2236 c.c., principio di razionalità e regola di esperienza da seguire nel giudicare la condotta imperita, quando il caso sia di speciale difficoltà tecnica, rappresentano un utile strumento al fine di evitare una indiscriminata persecuzione giudiziaria del personale sanitario e

di consentire l'adeguata valutazione della *misura soggettiva della colpa.*[14]
Preso atto tuttavia che ci si trova al cospetto di una crisi sanitaria, in cui non si può pretendere dal medico il rispetto delle cautele ordinariamente esigibili, la via obbligata sembra quella di introdurre un'apposita disciplina volta ad ampliare l'area di esonero da responsabilità colposa, plasmata sulle peculiarità della medicina dell'emergenza pandemica, che prospetti uno statuto penale ad hoc per la gestione organizzativa, clinica e assistenziale di tale rischio.[15]

4. Il passaggio dalla responsabilità del singolo a quella dell'ente e le prospettive di applicazione del d.lgs. 231/2001 alle strutture ospedaliere.

Il passaggio dalla responsabilità del singolo a quella dell'ente pone questioni sulle quali si è dibattuto sin dall'introduzione del D. lgs. 231/01 e che richiama alla mente il noto dogma, all'epoca imperante, del *societas delinquere non potest.*[16]
Tralasciando in questa sede l'analisi delle teorie seguite al dibattito sulla natura giuridica della responsabilità degli enti introdotta nel 2001 (amministrativa, penale o *tertium genus)*, si evidenziano le difficoltà nell'attribuzione del fatto alla struttura sanitaria, in caso di carenze strutturali ed organizzative, laddove queste non dipendano da negligenze dei soggetti coinvolti, ma, da interessi di natura gestionale ed economica dell'ente. [17]
Sebbene nel corso degli anni vi sia stato un costante ampliamento del catalogo dei reati-presupposto, questa nuova forma di responsabilità continua a non essere applicabile alle strutture sanitarie per due ordini di ragioni:
L'art. 1 D. lgs. 231/2001 esclude dall'ambito di applicazione del decreto "lo Stato, gli enti pubblici non economici, gli altri enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale";
Eventuali ipotesi delittuose quali l'omicidio e le lesioni colpose conseguenti a carenze strutturali non rientrano nel catalogo dei reati-presupposto.
Secondo l'orientamento prevalente non sussistono dubbi circa la riferibilità dell'esclusione prevista dall'art. 1 alle strutture sanitarie pubbliche le quali debbono qualificarsi come enti pubblici non economici.[18]
Anche se le aziende sanitarie, al pari degli enti pubblici economici, perseguono obiettivi di efficienza, di pareggio di bilancio, di economicità, non sempre agiscono con atti di diritto privato e sono inserite nel mercato in regime di concorrenza.[19]
Si tratta di una questione complessa sulla quale non mancano contrasti: qualche arresto giurisprudenziale della giustizia amministrativa ha infatti qualificato le aziende sanitarie quali enti pubblici economici.[20]
La questione dell'applicabilità del D. lgs. 231/01 agli enti ospedalieri in un'occasione è stata affrontata anche dalla Corte di Cassazione in relazione ad un ente costituito in forma di s.p.a. partecipato al 49% da capitale privato e al 51% da capitale pubblico.
La Corte di legittimità ha affermato che *"la natura pubblicistica di un ente è condizione necessaria, ma non sufficiente, per esonerarlo dalla responsabilità da reato ex D. lgs. 231/01, dovendo altresì concorrere la condizione che lo stesso ente non svolga attività economica".*[21]
Successivamente, la Cassazione a Sezioni Unite è tornata sul punto con la sentenza 38343 del 24 aprile 2014 escludendo l'inapplicabilità della disciplina 231 alle strutture ospedaliere sulla base dell'assunto che l'ente pubblico sia chiamato a svolgere funzioni di rilievo costituzionale. Non si deve confondere il valore della tutela della salute con il rilievo costituzionale dell'ente.
La funzione di una s.p.a., non costituzionale, è pur sempre quella di realizzare un utile economico. Ne conseguirebbe, secondo la giurisprudenza di legittimità, che non è sufficiente ai fini dell'esonero da responsabilità 231, la semplice rilevanza costituzionale di uno dei valori coinvolti nella funzione dell'ente: una siffatta interpretazione porterebbe ad escludere dall'applicabilità della disciplina *"un numero pressoché illimitato di enti",* non solo con riguardo al settore sanitario.
In tale ottica, la Regione Lombardia è una delle poche che ha incentivato l'adozione di Modelli 231 da parte delle strutture ospedaliere, formulando linee guida per l'analisi del rischio, l'elaborazione di modelli e il codice etico, in virtù del processo di depubblicizzazione che le aziende sanitarie hanno subito a partire dalla riforma del 1992: *"… il miglioramento continuo della qualità ha costituito e costituisce un obiettivo verso il quale dirigere gli interventi di politica sanitaria, in quanto in grado di garantire al cittadino la migliore qualità ottenibile delle prestazioni erogate, e pertanto tale processo induce l'ottimizzazione delle risorse e dei processi organizzativi e gestionali delle strutture sanitarie…".*
Anche la giurisprudenza più recente, tornata a pronunciarsi sulla questione, milita nel senso di ritenere che il modello 231 non sarebbe sostituibile con il DVR (Documento Valutazione Rischi).[22]
Tanto premesso, la previsione di una responsabilità dell'ente per eventi lesivi conseguenti a carenze strutturali ed organizzative permetterebbe di risolvere le problematiche attinenti all'individuazione

dei soggetti responsabili e all'imputazione dei fatti criminosi: non sembrano sussistere ostacoli di ordine tecnico-dommatico all'estensione della disciplina 231 agli enti ospedalieri (con le dovute modifiche) ne' all'introduzione di una normativa *ad hoc.*

La normativa 231 configura la responsabilità dell'ente come complementare a quella degli organi che svolgono funzioni di direzione o rappresentanza: l'ente è punito se questi realizzano un reato. I *deficit* strutturali e organizzativi possono essere riconducibili a cause diverse: tra queste, le condotte colpose dei vertici, anche se tale evenienza pone dubbi in ordine alla compatibilità del criterio di imputazione "dell'interesse o vantaggio dell'ente" di cui all'art. 5 del D. lgs. 231/01 con le fattispecie colpose.

Pertanto, proprio per aggirare tale "incompatibilità", in relazione alla responsabilità delle strutture sanitarie, sarebbe opportuno consentire la punizione dell'ente in modo indipendente ed autonomo e, quindi, si potrebbe pensare ad una normativa *ad hoc* al fine di prevedere una forma di responsabilità penale fondata sull'imputazione del fatto che possa, alternativamente, prescindere dalla responsabilità penale delle persone fisiche oppure concorrere con questa. Sarebbe un intervento di grande impatto finalizzato a contenere la medicina difensiva e l'unica soluzione per perseguire eventi lesivi dipendenti da *deficit* organizzativi.[23]

5. Conclusioni e prospettive di riforma.

L'applicazione del D. lgs. 231/01 alle strutture sanitarie in caso di commissione di reati di omicidio o lesioni colposi dipendenti da carenze strutturali ed organizzative risulta impedita dal mancato inserimento di tali fattispecie penali nel catalogo dei reati-presupposto, ove compaiono con il solo riferimento ai casi di "violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro".

Il secondo ostacolo ad una possibile applicazione del D. lgs. 231/01 alle strutture sanitarie è rappresentato dalla difficoltà di armonizzazione dell'elemento psicologico della colpa con il criterio di imputazione di cui all'art. 5 secondo cui l'ente è responsabile per i *"reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio".*[24]

L'attuale normativa, dunque, non consente che un ente possa essere chiamato a rispondere per eventi lesivi conseguenti a carenze strutturali ed organizzative.

Tuttavia, sebbene il sistema 231 delinea una responsabilità dell'ente complementare a quella degli organi apicali, in molti casi i *deficit* strutturali e organizzativi non sono riconducibili a condotte colpose dei dirigenti ma a cattiva gestione aziendale o a scelte di politica aziendale.

In questi casi, ne consegue che le condotte colpose non integrano un fatto di reato: conseguentemente sarebbe utile consentire la punibilità della struttura in maniera autonoma e indipendente.

Pertanto, sarebbe opportuno ragionare sull'introduzione di una normativa mirata – come peraltro auspicato gia' da qualche tempo da Autorevole Dottrina –[25] che preveda la possibilità di un'imputazione del fatto che possa anche essere autonoma dalla responsabilità penale della persona fisica e, se necessario, al contempo, concorrere con la stessa.

In ottica comparata, si potrebbe fare riferimento all'esperienza anglosassone in cui è stato introdotto il *Corporate Manslaughter,* entrato in vigore il 6 aprile 2008, che ha previsto un nuovo modello di omicidio che chiama a rispondere direttamente la *corporation* e non agli amministratori nel caso della commissione di un reato di omicidio in conseguenza di una grave violazione di un dovere di protezione o controllo dell'ente nei confronti di particolari categorie di soggetti.[26]

Laddove dunque vi sia un nesso di causalità tra l'evento dannoso e il difetto di organizzazione, in violazione dei modelli per la gestione del rischio, ne discenderebbe la responsabilità diretta dell'ente.

Una riforma strutturata in tal senso, ancor più oggi, a seguito dell'emergenza sanitaria, rappresenta certamente un obiettivo concreto e realisticamente perseguibile, sul quale il legislatore farebbe bene a svolgere una riflessione accurata, al fine di armonizzare la disciplina della responsabilità sanitaria e a tutelare adeguatamente l'operato dei sanitari.

Un intervento legislativo impostato in tal senso avrebbe sicuramente almeno due conseguenze positive rilevanti: da un lato rappresenterebbe un argine efficace, idoneo a contrastare l'ormai diffusissima e deleteria prassi della *medicina difensiva*, peraltro in molti casi dannosa per il paziente, in altri casi nociva per la spesa pubblica del comparto sanitario; d'altro canto, riporterebbe al centro dell'attenzione il dettato costituzionale dell'art. 32 Cost., riaffermando la tutela della salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività.

Un principio, quest'ultimo, che non può essere certamente immolato sull'altare della persecuzione giudiziaria della classe medica e degli operatori sanitari i quali, in prima linea nella lotta al Covid-19, hanno già pagato un caro prezzo nell'interesse della collettività.

1 M. Giordano, *Colpa ed emergenza: la responsabilità del sanitario,* in AA.VV. (a cura di) G.A. Chiesi – M. Santise , *Diritto e Covid-19*, Giappichelli Editore, 2020, p. 308

2 https://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/677549/Comunicazione+a+COA+e+CDD+%2802.04.2020%29.pdf/78cd32d8-bea6-4344-a076-4ca4b0ab6481

3 Per una riflessione sulla responsabilità sanitaria D. Chindemi, *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria pubblica e privata,* Wolters Kluwer, 2018, pag. 47.

4 A. Palma, *Paradigmi ascrittivi della responsabilità penale nell'attività medica plurisoggettiva: tra principio di affidamento e dovere di controllo,* Jovene Editore, 2016, p. 191.

5 C. Palmiere, D.M. Picchioni, A. Molinelli, R. Celesti, *Carenza delle strutture sanitarie: a chi la responsabilità,* in *Difesa soc.,* 2004, p. 101

6 A. Zanone, *Inidoneità delle strutture sanitarie e responsabilità professionale del medico,* in *Riv. it. Med. Leg., 1981, p. 3;* C.F. Grosso, *Organizzazione dei servizi medici,* cit., p. 33; F. De Ferrari, *Nuovi paradigmi per la responsabilità professionale degli operatori sanitari,* in *Dir.pen. proc.,* 1995, p. 1120; G. De Falco, *Compiti e responsabilità del direttore sanitario delle case di cura private. Profili penali,* in *Cass. Pen.,* 1997, p. 604; C. Lorè, P. Martini, *Sulla responsabilità penale degli amministratori di strutture sanitarie,* in *Riv. it. Med. Leg.,* 1998, p. 403; D. Potetti, *Individuazione del soggetto penalmente responsabile all'interno delle strutture complesse, con particolare considerazione per le strutture sanitarie,* in *Cass. Pen.,* 2004, p. 2403; P. Pisa, G. Longo, *La responsabilità penale per carenze strutturali e organizzative,* in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa,* cit., p. 7.

7 Con riferimento alla responsabilità civile delle strutture sanitarie, cfr. Cass. Civ., sez. III, 16 maggio 2000, n. 6318, in *Mass. Giust. Civ.,* 2000, p. 1030; Cass. Civ. sez. II, 21 gennaio 2000, n. 632, in *Giur. It.,* 2000, p. 1817; Cass. Civ., sez. III, 21 dicembre 1978, in *Mass. Giust. Civ.,* 1978, p. 2566.

8 A. Palma, *cit.,* p. 194 ss.

9 Cass. Pen., sez. IV, 20 settembre 1995, n. 10093, Gazzara, in *Cass. Pen.,* 1996, p. 908; Cass. Pen., sez. IV, 6 ottobre 2005, n. 1147, N., in *D&G*, 2006, P. 70; Cass. Pen., sez. IV, 5 dicembre 2007, n. 1553, Spinosa e altri, in *Foro it.,* 2008, 10, c. 517; Cass. Pen., sez. IV, 14 novembre 1005, n. 5959, S.N., *inedita.* Con riguardo alla responsabilità del direttore sanitario di una casa di cura, ritenuto responsabile dell'omicidio colposo di un paziente avvenuto a causa di imperizia del personale medico, per non aver disposto il trasferimento della paziente in nosocomio più attrezzato nonostante fosse a conoscenza della situazione e dell'inadeguatezza della struttura a gestire in modo opportuno l'emergenza, v. Cass. Pen., sez. IV, 17 gennaio 2012, n. 142, in *Riv. it. Med. Leg.,*2012, p. 1256.

10 Il fenomeno degli esiti infausti di interventi diagnostici o terapeutici, conseguenti a carenze strutturali ed organizzative è in continua espansione. In uno studio di alcuni anni orsono si individuava una percentuale del 33% di casi di esiti infausti connessi a carenze strutturali. Cfr. INTRONA, *Responsabilità professionale medica e gestione del rischio,* in *Riv. it. Med. Leg.,* 2007, p. 641.

11 F. Mantovani, *La responsabilità del medico,* 1980, p. 21

12 F. Palazzo, *Pandemia e responsabilità colposa,* in *Sistemapenale.it,* 2020

13 C. Cupelli, *Emergenza Covid-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari,* in *Sistemapenale.it,* 2020

14 M. Giordano, *cit.,* pag. 318

15 Cass. Sez. un., 21 dicembre 2017 - 22 febbraio 2018, n. 8770, Mariotti, in *Cass. pen.*, 2018, 1470; sui limiti dell'art. 590-*sexies* c.p., sia consentito il rinvio a C. Cupelli, *L'anamorfosi dell'art. 590*-sexies *c.p. L'interpretazione 'costituzionalmente conforme' e i problemi irrisolti dell'imperizia medica dopo le Sezioni unite*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, p. 1969 ss.

16 S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale,* cit., p. 294 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale,* cit., pag. 114 ss. In generale con riferimento alle problematiche connesse alla configurabilità della responsabilità delle persone giuridiche, v. F. Bricola, *Il costo del principio* "societas delinquere non potest" *nell'attuale dimensione del fenomeno societario,* in *Riv. dir. Proc. pen.,* 1970, pp. 951 ss.; A. Alessandri, *Reati d'impresa e modelli sanzionatori,* Milano, 1984; G. Insolera, *Nozione di responsabilità individuale e collettiva,* in *Indice pen.,* 1996, p. 259 ss.

17 A. Palma, *cit.,* pag. 212 ss.

18 Sulla natura giuridica delle Aziende sanitarie locali ed ospedaliere e sulla impossibilità di qualificarle quali enti pubblici economici, v. A. Rossi, *Responsabilità "penale amministrativa" delle persone giuridiche (Profili sostanziali),* in A. Rossi, (a cura di), *Reati societari,* Torino, 2005, p. 518; R. Lottini, *Responsabilità delle persone giuridiche,* in F.C. Palazzo, C.E. Paliero (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari,* Padova, 2007, p. 2285. Per un esame delle questioni connesse all'applicazione del D. lgs. 231/2001 alle aziende sanitarie v. A. Roiati *Medicina difensiva,* cit., p. 358 ss.

19 A. Rossi, *Responsabilità "penale amministrativa",* pag. 521, osserva che questi enti, pur svolgendo attività con parziale rilevanza economica, non esercitano un'attività esclusivamente economica, in quanto l'interesse principale perseguito non è quello di lucro ma, piuttosto, quello pubblico di tutela della salute. In tal senso v. E. Fidelbo, *Enti pubblici e responsabilità da reato*, in *Cass. Pen.,* 2010, p. 484 che evidenzia che la Asl si pone sul mercato al pari di qualsiasi altro soggetto, ma tale presenza "non determina imperativamente l'obbligo di ricavare profitti dall'attività d'impresa, con i quali remunerare il capitale" essendo tali aziende, piuttosto, assoggettate ad un "vincolo di equilibrio tra costi e ricavi".

20 Cons. Stato, sez. V, 14 dicembre 2004, n. 5924, in *Ragiusan,* 2005, p. 251/252, p. 375; TAR Toscana, sez. II, 17 settembre 2003, n. 5101, in *Ragiusan,* 2004, p. 79.

21 Cass. Pen. sez. II, 21 luglio 2010, n. 28699, in *Cass. Pen.,* 2011, p. 1888 e ss., con nota critica di O. Di Giovine. In senso critico v. anche A. Roiati, *Medicina difensiva,* cit., p. 362 ss.

22 Commento a Cass. Pen. n. 3731/2020 V. G. Rizzini, *La responsabilità degli enti: modello 231 non sostituibile con il DVR,* Altalex

23 A. Palma, *cit.,* pag. 219 ss.

24 Per un approfondimento del dibattito dottrinale sul punto si rinvia a A. Palma, *Paradigmi ascrittivi della responsabilità penale nell'attività medica plurisoggettiva: tra principio di affidamento e dovere di controllo,* Jovene Editore, 2016, p. 216 ss.

25 A. Palma, *cit.,* pag. 222

26 V. Torre, *Riflessioni sul diritto britannico in tema di responsabilità degli enti:* il corporate killing, in *Riv. trim. dir. Pen. econ.,* 2009, p. 273

15 Dal D.lgs. 231/2001 al GDPR (Regolamento UE 2016/679) attraversando il D.lgs. 81/2008: il modello di organizzazione gestione e controllo integrato, avanguardia di un progetto di attuazione normativa combinata, un'opportunità per le aziende da intuire e cogliere.

di Milena Cirigliano

Abstract

La compliance integrata per la governance d'impresa è il futuro.

I sistemi organizzativi a protezione della società, del lavoratore e dei dati, possono essere intesi come complementari, progettati con una visione unitaria; le norme si prestano a letture simmetriche.

Il legislatore comanda da anni alle aziende sforzi seri e misure consapevoli a protezione del rischio in almeno tre grossi ambiti:

- responsabilità amministrativa delle società, ma penale è il giudicante, penale è la sede della ritualità processuale (D.lgs. 231/2001);
- salute e sicurezza del lavoratore, il D.lgs. 81/2008 impone un modello organizzativo a garanzia della sicurezza sul luogo di lavoro, matrice normativa questa che, con il primo decreto, si interseca ed innesta, con simmetrici riverberi penali;
- protezione dei dati personali: GDPR e D.lgs. 101/2018, con mostruose misure sanzionatorie (fino al 4% del fatturato del consolidato) per le aziende che operino in spregio alle norme ed alle raccomandazioni del Garante. La declinazione dei reati informatici spicca in tale ambito ed esige una prevenzione del rischio a doppia valenza (D.lgs.231/2001 e privacy).

Se le leggi hanno natali diversi, "*la ratio*" sembra muovere da un comune sentire giuridico, da un unico moto ispiratore, le richieste organizzative si assomigliano tutte. A leggerle in parallelo le tre normative hanno pretese gemelle, identiche esigenze di compliance e impongono modelli di Organizzazione Gestione e Controllo (MOGC) che possono essere immaginati e progettati con un'ottica innovativa: in forma integrata.

Sia il D.lgs. 231/2001 che il D.lgs. 81/2008 e da ultimo il GDPR implicano mappature dei rischi, procedure, regole etiche, procure chiare, atte a prevenire la consumazione di condotte criminose; organi e organismi di vigilanza (DPO, ODV, Dirigente delegato ex art 16 del D.lgs. 81/2008) a presidio del castello organizzativo. Se si ragiona in maniera integrata, si ottimizza e si colgono le migliori opportunità di un agire sicuro. La partitura degli sforzi aziendali non presenterebbe dissonanze, né duplicazioni e brillerebbe per efficacia.

Un progetto organizzativo pensato invece tradizionalmente, in un'ottica di esecuzione separata delle richieste del legislatore confezionate nei diversi pacchetti normativi (D.lgs. 231/2001, D.lgs. 81/2008, GDPR) se eseguito a compartimenti stagni, implica spesso duplicazioni di sforzi, regole e procedure, perde la convenienza delle sinergie, rinunciando alle opportunità offerte da un ragionamento di attuazione normativa combinata.

La trama integrata dei modelli di organizzazione gestione e controllo è tessuta con mappature dei rischi unificabili, procedure plurivalenti, organismi di vigilanza e controllo (DPO, ODV, Dirigente Delegato) in comunicazione osmotica e sincrona tra loro, riuniti in comitati periodici per la valutazione e gestione dei rischi. Il MOGC integrato è un'opportunità di sintesi innovativa per attuare la legalità d'impresa, che va solo intuita e colta.

Integrated management and control organisation models: From Legislative Decree No. 231/2001 to the GDPR (EU Regulation 2016/679), passing through Legislative Decree No. 81/2008 –
The forerunners of a plan to enact integrated legislation that companies should understand and assimilate
Abstract

Integrated corporate governance compliance is the future.

Organisational systems that protect companies, workers and data are to be envisaged as complementing each other and have been conceived as a whole. The provisions governing them can, therefore, be analysed in conjunction with each other.

Italian lawmakers have, for many years now, been requiring companies to make serious efforts and knowingly take measures that protect them from risk in at least three major areas, namely:

- *companies' administrative liability, even though the courts called upon to judge whether there is any such administrative liability are criminal courts that do so according to the Italian Code of Criminal Procedure (Legislative Decree No. 231/2001 and subsequent amendments);*
- *workers' health and safety; Legislative Decree No. 81/2008 imposes an organisational model that guarantees safety in the workplace: this legislation intersects with and is based on Legislative Decree No. 231/2001, which also has repercussions from a criminal law point of view;*
- *protection of personal data (GDPR and Legislative Decree No. 101/2018), which leads to monstrous fines (i.e. up to 4% of consolidated revenues) being imposed on companies that run their businesses in defiance of the orders issued and recommendations given by the Italian Data Protection Authority; IT-related criminal offences are of great importance in this area and require the adoption of a double-risk prevention strategy (Legislative Decree No. 231/01 and privacy).*

Even though the legislation comes from different sources, the line of reasoning on which it is based seems to be inspired by the same legal philosophy. All of the organisational requirements are also similar. When reading the three laws together, one realises, in fact, that they have two requirements: They have the same compliance requisites and impose Organisation, Management and Control Models (OMCMs) that can be imagined and conceived in an integrated fashion and can be of an innovative nature.

Both Legislative Decree No, 231/2001 and Legislative Decree No. 81/08, as well as the GDPR, envisage clear risk mapping activities, procedures, ethical rules and powers of attorney. This is done with a view to preventing criminal conduct being engaged in; supervisory officers and bodies (DPOs, SBs, Officers appointed in accordance with Article 16 of Legislative Decree No. 81/08) must oversee the company's organisational structure. The best opportunities for acting safely are optimised and seized when companies think in an integrated manner. Ensuring that such efforts are conducted by officers inside the company does not give rise to contradictions or duplications and the effectiveness thereof is evident.

An organisational plan that has, with a view to meeting the requirements imposed by the applicable legislation, been conceived, on the basis of which law such requirements arise from (i.e. Legislative Decree No. 231/2 001, Legislative Decree No. 81/2008, GDPR), in a traditional manner leads, on the other hand, to the company's efforts, rules and procedures being duplicated and also leads to such company missing out on convenient synergies and giving up the opportunities provided by a combined legislative compliance approach.

The organisation, management and control models' integrated structures consist of risk mappings and multi-value procedures, as well as supervisory and control bodies (DPOs, SBs, Appointed Officers) that permeate each other. They are synchronised with each other and meet from time to time in risk assessment and management committees. Integrated OMCMs provide an opportunity to bring together innovations and ensure that lawful practices are implemented inside the company. Such practices must, therefore, be understood and assimilated.

Sommario:

1. Il quadro storico normativo - **2.** La crasi dei modelli - **3.** Come costruire un modello integrato - **4.** Procedure plurivalenti - **5.** Deleghe multitasking - **6.** Norme etiche a geometria ellittica - **7.** Formazione multidisciplinare - **8.** Vigilanza osmotica - **9.** La teoria di flussi sincroni e i comitati di controllo

1. Il quadro storico-normativo

Il legislatore è bulimico quando chiede alle aziende di prevenire i rischi di commissione dei reati e di adottare misure serie a riduzione degli stessi.

A volte sente l'esigenza di curare questa patologia che affligge gli ordinamenti e razionalizzare il disordine normativo, emana per esempio il D.lgs. 626/94, che recependo ben otto direttive europee sulla sicurezza e l'igiene sul lavoro, attua la mutazione di sistema da normativo risarcitorio a sistema essenzialmente preventivo.

È una prima iniezione di norme sulla prevenzione, ma l'innesto vero e proprio viene praticato negli anni duemila con il D.lgs. 231/01, il quale introduce la "*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica.*" Da tale innesto germoglia nell'ordinamento giuridico italiano la "colpa di organizzazione" imputata all'ente, radicata nella carenza di controllo e di vigilanza, nonché nell'assenza di misure di prevenzione

protezione.
Compare nella partitura normativa nazionale un canone inverso: *societas delinquere potest;* e se il reato è commesso a vantaggio e nell'interesse dell'ente, il vuoto organizzativo colpevole, accertato in sede penale, è sanzionato con pene rilevanti e temibili:

- sanzioni pecuniarie commisurate alle condizioni economiche e patrimoniali dell'Ente, da applicare tout court;
- sanzioni interdittive, che nei casi più gravi comportano l'interdizione dall'esercizio dell'attività, mentre nei casi meno gravi, il divieto di pubblicizzare beni o servizi, di contrattare con la pubblica amministrazione o l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, sussidi, etc.;
- confisca, anche per equivalente, del prezzo o profitto del reato[1];
- pubblicazione della sentenza, qui saltano agli occhi i riverberi reputazionali.

Che si tratti di responsabilità amministrativa o penale è questione sintattica più che affascinante discussione giuridica[2]; certo è che penale è il giudicante, penale la sede di accertamento della responsabilità dell'ente. La liturgia processuale diventa bifida: se il reato è fra quelli declinati dal D.lgs. 231/2001(e ss. mm. ii.) ed è commesso a vantaggio e nell'interesse della società si iscrive nel registro delle *notizie criminis* e si processa l'autore materiale della condotta criminosa ma anche la società colpevole di non essersi adeguatamente organizzata al fine di prevenire i reati che da declinazione minimalista nel tempo il legislatore ha reso "catalogo".
La filosofia della prevenzione e della responsabilizzazione raggiunge l'apice con il GDPR una pioggia di regole d'ispirazione europea riecheggianti in quelle autoctone, nazionali, contenute nel codice privacy (D.lgs. 196/03)[3] che incutono grande rispetto poiché temibile è l'entità della sanzione (fino al 4% del fatturato del consolidato).
La pioggia di norme diventa tempesta a tratti tsunami se alle leggi sopra esplorate si aggiungono altre "forze normative:" le regole previste in materia di crisi di impresa, di antiriciclaggio, di anticorruzione e trasparenza, antitrust, nonché in ambito di bilancio contabile e di sostenibilità, di cybersecurity, per non dimenticare i regolamenti di settore[4], i codici di autodisciplina, qui le regole si amplificano per le quotate. Alle aziende tocca proteggersi. Spontaneo l'approccio tradizionale tirare su modelli di organizzazione gestione e controllo separati, indotti dalle norme confezionate dal legislatore in pacchetti distinti, concepiti ed efficaci in tempi diversi; ma sono barriere a compartimenti stagni, magari pensati da attori differenti, senza connessione osmotica.
Dalla pratica tradizionale, nelle aziende di medie e grandi dimensioni, nascono almeno tre modelli di organizzazione e gestione e controllo per garantire la sicurezza:
- delle persone in esecuzione del D.lgs. 81/ 2008;
- dell'azienda in esecuzione del D.lgs. 231/2001;
- dei dati in esecuzione del GDPR e del D.lgs. 196/2003 come modificato dal D.lgs. 101 20018.

È naturale da principio, al fine di evitare rischi e costi da mancata conformità[5], adottare ragionamenti a compartimenti stagni, procedere all' esecuzione separata delle leggi e costruire modelli organizzativi segregati dagli steccati normativi.
Ma è superata questa visione tradizionale, è datata, ed a ben guardare sconveniente. Le norme si prestano a letture simmetriche unica la ratio legis, unico il moto ispiratore: la sicurezza e la prevenzione sono un comune denominatore. Anche la meccanica dei modelli è gemellare: i modelli di organizzazione gestione e controllo a tutela della società, delle persone, dei dati, sono costruiti ad hoc ritagliati sulla realtà operativa aziendale non sono statici ma dinamici, seguono i mutamenti degli scenari normativi e dell'organizzazione della società.
In questi tre ambiti (D.lgs. 231/2001, D.lgs. 81/2008, GDPR) ma il ragionamento è estensibile ad altri perimetri normativi, interessa al legislatore una riflessione consapevole e meditata in termini di prevenzione dei rischi, val la pena cogliere questa opportunità, individuare e sfruttare le simmetrie normative nel miglior interesse dell'azienda progettando un MOGC integrato che includa le tre diverse discipline (D.lgs. 231/2001, D.lgs. 81/08, GDPR) con evidenti possibilità di essere implementato abbracciando anche ulteriori quadri normativi la cui attuazione implica organizzazioni interne in termini di gestione e controllo del rischio.

2. La crasi dei modelli

Nelle grosse realtà aziendali è presente perlopiù una tradizionale attuazione dei *dictat* normativi. La separatezza del modelli di organizzazione gestione e controllo a tutela della sicurezza della società, delle persone, dei dati, è suggerita dai natali delle leggi che sono diversi e dalle attribuzioni organizzative che coltivano esecuzioni normative a progetto, imputandole solitamente a diverse specializzazioni aziendali: l'HSE (Health, Safety & Environment) collaborando con il dirigente delegato ex art 16 del D.lgs. 81/08, si occupa per competenza specialistica dell' attuazione del

D.lgs. 81/08 e della legge 152/06; il legale interno (quando istituito il compliance officer) si occupa solitamente di presidiare l'attuazione del D.lgs. 231/01 e sue successive modifiche ed integrazioni; il DPO (Data Protection Officer) sorveglia la corretta attuazione del regolamento europeo (GDPR) e quindi contribuisce progettare un modello di organizzazione gestione e controllo a tutela della privacy. Senza una visione d'insieme, un disegno unitario, la tentazione di procedere all'attuazione separata dei diversi pacchetti normativi è forte ma gli svantaggi saltano agli occhi: brulicano le duplicazioni, le sovrastrutture e si appesantiscono gli apparati organizzativi.

Quando poi si ingaggiano consulenti diversi (per pacchetto) perché diversi sono gli aggiudicatari delle gare organizzate dall'azienda, il rischio di pareri confliggenti e soluzioni non raccordate lievita.

Adempiere ai dettati normativi secondo il metodo tradizionale dell'esecuzione separata delle leggi, non è conveniente: produce schermi frammentati di tutela a pacchetto forse giustificabile anni fa, ma oggi più che mai, per la migliore protezione aziendale, è auspicabile una lettura innovativa e combinata delle norme basata su una visione di compliance integrata. Le norme offrono un'occasione propizia: "la crasi dei modelli" o comunque la progettazione di un modello di organizzazione, gestione e controllo in forma integrata.

Osare, sperimentare questo nuovo approccio, frutto di una visione innovativa di compliance, reca vantaggi che saltano agli occhi:

saving di costi;

evitare duplicazioni procedurali e di controllo;

omogeneità e congruenza documentale.

3. Come costruire un modello integrato

In primo luogo, occorre individuare i comuni denominatori. La tutela dell'azienda, della sicurezza delle persone e dei dati, sottendono tutte una consapevole e meditata mappatura dei rischi, a guardare le best practices, ISO 31000 che guida gli esperti nel risk assessment si presta ad essere un arnese multiuso; metodica comune a tutte le diverse discipline. Con tale strumento è possibile ed auspicabile procedere ad una mappatura unificata che abbracci tutti i rischi aziendali, evitando ragionamenti a compartimenti stagni spesso viziati da duplicazione, sovrapposizioni e stratificazioni.

Se si adotta un approccio valutativo d'insieme le tessere di individuazione del rischio singolarmente intese, come frammenti di un prezioso mosaico si compongono in un quadro unico montato sul principio di *accountability*, ossia di responsabilizzazione dell'ente stesso trasversale a ben guardare in tutti e tre i pacchetti.

La società chiamata dal legislatore a valutare i propri rischi a documentarli per una consapevole pesatura degli stessi, seguendo il metodo proposto, abbandona l'approccio tradizionale consistente nel semplice rispetto della normativa vigente, evolvendo ad un approccio sostanziale (risk based approach) unificato. Le norme tracciano questa linea: La valutazione dei rischi è richiesta certamente dal Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo ex art. 6, comma 2, del D.lgs. 231/01, così come dalla valutazione di impatto prevista dall'art. 35 del Regolamento (UE) 2016/679 (finalizzata a misurare le ripercussioni sui diritti e le libertà delle persone dovute ad un'eventuale violazione dei dati personali) e più in generale dall'adozione di un modello di organizzazione gestione e controllo privacy. L'obbligo di valutare i rischi è poi esplicito nel D.lgs. 81/08 in materia di Salute e sicurezza sui luoghi di lavoro che agli artt. 17, 28 e 29 introduce il Documento di Valutazione dei Rischi (DVR).

La gamma dei rischi si apprende solitamente attraverso interviste ai principali attori espressi dallo scenario dell'organizzazione aziendale, spesso il complemento è un sistema informatico che elabora i risultati delle interviste e produce la mappa e la pesatura degli stessi, i sistemi più evoluti indicano le misure per colmare i gap correlati a rischi non accettabili.

Se questo è il metodo, basta allargare l'ottica di valutazione ai principali rischi aziendali tenendo a mente il perimetro delle attività non i confini normativi.

Tale epilogo metodologico si presta ad essere più conveniente, viene naturale agli addetti ai lavori (giuristi e manager) che, scevri da visioni atomistiche[6], maneggiano l'arnese delle norme. L'utilizzo di tecniche RSA (Risk Self Assessment) per la valutazione del rischio potenziale collegato ad eventi di non conformità, può essere comune a tutti tre gli ambiti normativi in esame, in tale ottica integrata si possono sfruttare le sinergie possibili al fine di rappresentare in una valutazione più completa: l'andamento storico delle perdite operative per eventi di non conformità, la componente reputazionale, valutando possibili effetti della stessa su deterioramento o perdita di relazione con il cliente, possibili conseguenze su volumi fatturato, rilevanza mediatica dei fattori generatori di rischio. Gli esperti della materia lo battezzano Enterprise Risk Management[7]; un sistema omogeneo e sinergico che ingloba i rischi sotto vari profili e che ben si presta ad essere utilizzato alla luce di diverse normative. Una

mappatura unica dei rischi aziendali è conveniente perché meglio monitorabile e implementabile anche in termini di manutenzione. Che si usi il metodo del Tool informatico per raccogliere ed elaborare le informazioni essenziali ad una completa individuazione dei rischi e/o il metodo delle sole interviste in voga da anni, adottare una visione allargata consente senza dubbio un saving di tempo e costi e di monitorare più agevolmente gli aggiornamenti derivanti dai mutamenti esogeni (degli scenari normativi) o endogeni (organizzativi e di business).

Se immaginiamo di dover mappare il rischio di perfezionamento dei reati informatici, la metodologia integrata consente di individuare e pesare sia i profili di rischio rilevanti al fine di prevenire ipotesi di responsabilità amministrativa dell'ente alla luce del D.lgs. 231/2001 e s.s.m.i., sia i profili di rischio inerenti la privacy (GDPR) ma anche i riverberi collaterali sul business e quelli reputazionali. I principali standard internazionali in materia di governance in riferimento alla sicurezza delle informazioni (ISO 27001:2013) e in riferimento alla business continuity (ISO 22301:2019) sono preziosi strumenti di lavoro per un modello organizzativo a tenuta che prevenga al meglio le condotte criminose appartenenti all'alveo dei reati informatici ed al contempo sia idoneo a garantire la sicurezza dei dati riducendo il rischio di data breach.

Si respirano conferme di questi ragionamenti a leggere gli standard internazionali, la Direttiva NIS1148/2016 ed il DL 105/2019 sul perimetro di sicurezza nazionale cibernetico; letture che a ficcarci il naso, avvallano l'adozione di una visione multi disciplinare e integrata delle organizzazioni aziendali.[8]

Esplorando l'ambito della sicurezza sul luogo di lavoro il nucleo dei reati rilevanti in ambito 231, richiama l'art. 589 c.p. – Omicidio colposo (commesso con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro); e l'art. 590 c.p. – Lesioni personali colpose (commesso con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro) e presuppone rischi certamente e per definizioni già mappati in un DVR che si rispetti. Per evitare doppie mappature contenenti rischi sovrapposti o magari descrizioni configgenti di uno stesso rischio, misure di contenimento dei rischi duplicate, la soluzione va solo intuita e colta: ragionare in termini di modelli integrati.

Anche la gestione del rischio fiscale di non conformità si presta bene ad essere inglobata in un modello di organizzazione gestione e controllo integrato. I delitti di frode fiscale sono collegabili a reati rilevanti ai fini della responsabilità amministrativa degli enti (in primo luogo ai delitti tributari di cui all'art. 25-quinquiesdecies, D.Lgs. n. 231/2001 e alla fattispecie criminosa dell'autoriciclaggio, di cui all'art. 648-ter.1 del Codice penale, introdotto dalla Legge n. 186/2014 e inserito nell'art. 25-ocites del ripetuto Decreto n. 231 del 2001). Sono "omozigoti" i modelli di organizzazione gestione e controllo descritti dagli articoli 6 del Dlgs 231/2001 e 4 ("Requisiti") del D.lgs. del 5 agosto 2015, n. 128. La gemellarità degli strumenti di controllo si coglie nella genetica metodologica ed emerge dalle scelte lessicali e sintattiche operate dal legislatore che nel comma 1 dell'art. 4 Dlgs 128/2015 scrive: "*Il contribuente che aderisce al regime (ndr: "regime di adempimento collaborativo") deve essere dotato, nel rispetto della sua autonomia di scelta delle soluzioni organizzative più adeguate per il perseguimento dei relativi obiettivi, di un efficace sistema di rilevazione, misurazione, gestione e controllo del rischio fiscale, inserito nel contesto del sistema di governo aziendale e di controllo interno. Fermo il fedele e tempestivo adempimento degli obblighi tributari, il sistema deve assicurare: a) una chiara attribuzione di ruoli e responsabilità ai diversi settori dell'organizzazione dei contribuenti in relazione ai rischi fiscali; b) efficaci procedure di rilevazione, misurazione, gestione e controllo dei rischi fiscali il cui rispetto sia garantito a tutti i livelli aziendali; c) efficaci procedure per rimediare ad eventuali carenze riscontrate nel suo funzionamento e attivare e necessarie azioni correttive.* Comma 2: *Il sistema di rilevazione, misurazione, gestione e controllo del rischio fiscale prevede, con cadenza almeno annuale, l'invio di una relazione agli organi di gestione per l'esame e le valutazioni conseguenti. La relazione illustra, per gli adempimenti tributari, le verifiche effettuate e i risultati emersi, le misure adottate per rimediare a eventuali carenze rilevate, nonché le attività pianificate*>>. E' il "Tax Control Framework[9]" (TCF) lo strumento di cui diverse aziende si dotano al fine di gestire i rischi fiscali e realizzare la "cooperazione rafforzata" fisco-contribuente, con i benefici che ne derivano,[10] ad un analisi istologica delle componenti, questo sistema di controllo mostra struttura e contenuto analoghi a quelli del Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo previsto dall'art. 6 del D.Lgs. n. 231/2001, anche su questo fronte si potrebbero sfruttare le sinergie che le norme consentono, praticando ragionamenti di compliance integrata e progettando un modello di Organizzazione Gestione e Controllo dall'efficacia amplificata.

Si supera in tal modo il metodo tradizionale di valutazione frammentata dei rischi che deriva

da una pluralità di progetti simmetrica ad una pluralità di mappature. Tale metodologia genera documenti diversi e stratificati che mostrano ad un'analisi comparata alee sovrapponibili, informazioni incoerenti e/o duplicate, controlli ridondanti, alti costi di gestione, coinvolgimento di un eccessivo numero di risorse.
La sfida è trasformare il disagio di una sequenza di interviste necessarie a mappare i rischi, in una opportunità per sfruttare questi snodi di conoscenza e riflessione meditata in un'ottica e con una visione multidisciplinare della legalità d'impresa; dove l'approccio risk- based accomuna tutte le normative esaminate.
La gestione integrata della compliance, basata sulla correlazione fra framework legislativi, si impone come brillante soluzione; sprigiona vantaggi competitivi, mira a focalizzare l'impegno sulle aree di rischio garantendo il coordinamento tra tutte le componenti normative e trasformando la compliance da fattore di costo a fattore generatore di valore aggiunto.

4. Procedure plurivalenti.

Se unica è la mappatura più facile è progettare e costruire procedure plurivalenti. A ragionare prigionieri degli steccati normativi si rischiano processi e regole ridondanti stratificate, sovrapposte, tanto da costituire una "selva oscura" piuttosto che una guida per l'utente che rischia di smarrirsi fra le fronde delle regole costruite dalla preoccupazione aziendale di doversi schermare il più possibile.
Eppure, in più di un ambito, è possibile costruire un unico processo plurivalente a prevenzione e protezione del rischio che conduca l'agire aziendale in conformità con la legge sulla privacy, con il Dlgs 231/2001, ed a voler estendere lo sforzo progettuale con il Dlgs. 81/08.
In alcuni casi è il legislatore che suggerisce esplicitamente procedure bivalenti. Un esempio pratico si coglie a leggere la disciplina sull'Antiriciclaggio.
Affinché il modello di organizzazione gestione e controllo sia idoneo, urgono procedure interne all'azienda per prevenire condotte ricollegabili ai fenomeni di *money laundering*.
Ma a guardare bene le norme, è chiaro il punto di contatto fra disciplina 231 e disciplina privacy i riferimenti ed i richiami, fra obblighi antiriciclaggio e disposizioni in materia di protezione di dati personali, sono continui spesso espliciti:
L'art. 16 del D.lgs. 231/07, nel trattare le procedure di mitigazione del rischio, stabilisce:

- Al comma 3, che *"…I soggetti obbligati adottano misure proporzionate ai propri rischi, alla propria natura e alle proprie dimensioni, idonee a rendere note al proprio personale gli obblighi cui sono tenuti ai sensi del presente decreto, ivi compresi quelli in materia di protezione dei dati personali…".*
- Al comma 4, che "… *I sistemi e le procedure adottati ai sensi del presente articolo rispettano le prescrizioni e garanzie stabilite dal presente decreto e dalla normativa vigente in materia di protezione dei dati personali…*".

Le norme fissano un principio irrinunciabile: la procedura che l'azienda dovesse adottare per arginare il rischio di prevenzione di questo reato non potrà che essere informata anche al rispetto della normativa privacy contenuta nel GDPR.
Poiché tutta la normativa antiriciclaggio si erge per sua intrinseca natura sui dati personali dei clienti e sul trattamento di tali dati per finalità di contrasto al riciclaggio, il rispetto del GDPR si impone. I destinatari delle norme, per adempiere ai propri obblighi di adeguata verifica del cliente, di controllo costante, di segnalazione delle operazioni sospette e conservazione delle informazioni, devono necessariamente gestire, analizzare e conservare dati personali nel rispetto della normativa di settore e dei principi di accountability e proporzionalità. Cambiano i quadri normativi internazionali al mutare dell'autore delle norme, il legislatore statunitense rende i dati patrimonio dell'azienda che li tratta, ma quello europeo vira, prende le distanze da questa impostazione e rende i dati personali proprietà del singolo individuo pari ai diritti umani elevandone rango e tutela. Gli adempimenti antiriciclaggio comportano obblighi di identificazione, conservazione dei dati personali e segnalazione di operazioni sospette, salta agli occhi la bivalenza dello strumento procedurale: tali attività costituiscono a tutti gli effetti trattamento dei dati protetti regolamentati dal GDPR ergo un MOGC che ambisca una valutazione di idoneità *banco iudicis*, dovrà bandire procedure duplicate, ipertrofiche e vessatorie nei dettagli e privilegiare protocolli comportamentali lineari, chiari, concepiti in un' ottica di compliance integrata. Ecco allora che una procedura aziendale concepita al fine di scongiurare e prevenire condotte criminose di riciclaggio (ed il ragionamento si presta ad essere esteso alla prevenzione della corruzione) prevederà anche:

- un'idonea informativa ai clienti nella quale si specifichi che il trattamento dei dati avverrà anche per le finalità previste dalla normativa antiriciclaggio;
- individuazione dei soggetti incaricati al trattamento debitamente istruiti e formati sulle

operazioni da compiere previa individuazione puntuale dell'ambito del trattamento consentito;
- il ricorso a credenziali di autenticazione per l'accesso ai dati conservati elettronicamente;
- identificazione di misure tecniche atte a prevenire la perdita delle informazioni, prevenzione dei rischi di distruzione o perdita dei dati, anche accidentale, garanzia che non venga effettuato un accesso alle informazioni da parte di soggetti non autorizzati;
- tempi di conservazione dei dati giustificati dalla finalità del trattamento e predefiniti.

Le procedure nate dall'attuazione normativa separata sono arnesi obsoleti si stratificano nella realtà organizzativa aziendale producendo un magma di regole interne frammentate in diversi processi guida. Per numero e mole, questi strumenti invece di rendersi utili, si mutano in percorsi labirintici che mal si combinano con un solido modello di prevenzione.

Un protocollo nato da una visione di compliance integrata, ispirato da uno sforzo di riflessione multidisciplinare, snellisce gli apparati costituendo una magnifica occasione di sintesi attuativa per la migliore tutela aziendale.

Altro esempio eclatante di processo a valenza multipla suggerito dai framework normativi integrati, riguarda la disciplina del whistleblowing.

Fa il suo ingresso nel nostro ordinamento alla fine del 2017, prevede una specifica tutela dei soggetti che segnalino reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro.

La tutela richiamata dalla norma implica:
- divieto di ritorsioni;
- riservatezza dell'identità del segnalante;
- sanzioni disciplinari per chi viola le misure di tutela del segnalante o presenta con dolo o colpa grave segnalazioni che si rivelano infondate.[11]

La regolamentazione del whistleblowing nel settore privato è attualmente contenuta nei commi 2-*bis*, 2-*ter* e 2-*quater* dell'art. 6 della L. 231/2001, introdotti dalla L. n. 179 del 2017, ma si infittisce la trama normativa per le banche, le assicurazioni, e l'attività di intermediazione finanziaria, settori particolari nei quali pullulano regole specifiche. Anche il settore pubblico è normato ad hoc (art. 54 del D.lgs 165/2001).[12]

Qualunque sia il comparto o il settore, la novità normativa viene tradotta in moltissimi codici etici aziendali ed impone procedure fitte di regole per guidare i dipendenti alla segnalazione di comportamenti in spregio al modello o che costituiscano reato.

Gli interessati, ossia i soggetti i cui dati sono trattati da parte del titolare nella procedura di whistleblowing, sono il segnalante, il segnalato ed eventuali terzi cui si fa riferimento (direttamente o indirettamente) nella segnalazione.

Saltano agli occhi le possibili e rilevanti implicazioni relative alla tutela dei dati personali, il Garante Privacy è sensibile al tema lo segna in agenda facendone uno dei settori oggetto di attività ispettiva nel primo semestre del 2020.

Qualunque sia la procedura costruita dall'azienda, affinché sia idonea, il canale dedicato alla segnalazione deve essere sicuro e certamente conforme alla disciplina relativa al trattamento di dati. Quelli maneggiati in tale ambito riguardano identificazione del segnalante, dei segnalati e delle altre persone coinvolte (identità, funzioni e recapiti), i fatti segnalati, gli elementi raccolti nella verifica, il rendiconto delle operazioni di verifica e l'epilogo della segnalazione. L'impresa che appronta un protocollo di whistleblowing è Titolare del trattamento ovvero il soggetto che "*determina le finalità e i mezzi del trattamento di dati personali*" (art. 4, n. 7 del Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati – RGPD o GDPR).

Proteggere i dati significa per un titolare accorto: fornire moduli di segnalazione che guidino il solerte "soffiatore" e gli impediscano il rigurgito di informazioni eccedenti rispetto al fatto narrato, nel caso in cui si utilizzi una piattaforma informatica, verificare la sicurezza della piattaforma, limitare i dati protetti da cifratura, dotarsi di preziosi strumenti tecnici *ad adiuvandum*[13]: quello di trasporto dei dati meglio noto come protocollo HTTPS (acronimo di *Hyper Text Transfer Protocol Secure* [14]) tecnicamente affascinante per la verità, sfruttando avanzati sistemi di crittografia, cifra la comunicazione tra server e utente finale proteggendo il contenuto del messaggio e poi la rete TOR (acronimo di "The Onion Router"), che avvolge i dati con una cifratura a strati multipli assicurando l'anonimato del segnalante, rendendo impossibile per il destinatario e per tutti gli intermediari nella trasmissione avere traccia dell'indirizzo internet del mittente.

Impera in questa materia il principio di minimizzazione, i dati raccolti nella procedura di segnalazione sono solo quelli necessari e pertinenti per il raggiungimento della finalità perseguita. I dati ulteriori non potranno essere oggetto di trattamento. Il titolare deve fare in modo che il segnalante inserisca solo i dati necessari (tornano utili a tal fine i sistemi informatici che indirizzano il segnalante nell'inserimento delle informazioni); ma che sia una piattaforma informatica con indicazione dei dati da inserire o la più tradizionale modulistica cartacea, il titolare deve conservare e

trattare solo le informazioni necessarie nella fase istruttoria e d'indagine preziose anche al fine di definire la strategia processuale che l'azienda si trovasse a dover scegliere.

Il processo penale è spettacolo dialettico, tensione agonistica[15], duello tra accusa e difesa, domina la parte che ottiene il controllo delle informazioni; quelle utili alla ricostruzione della vicenda potrebbero essere determinati per accedere ai benefici premiali, (in questo ambito anche l'azzardo dell'autodenuncia può convenire) ma le regole interne da seguire nel corso delle investigazioni difensive condotte dall'azienda per l'accertamento di notizie in spregio al modello o su comportamenti che espongano la stessa, devono esser informate al più rigoroso rispetto della normativa privacy in difetto si trasformerebbero da opportunità a fattore di rischio. E qui si fa strategica la collaborazione fra ODV e DPO, si aprono frontiere di vigilanza integrata.

L'ODV, soggetto preposto al controllo sul funzionamento e il rispetto del Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo (art. 6 del Decreto Legislativo 231/2001) è senza dubbio coinvolto in concorso con il DPO:

- nella valutazione di adeguatezza della procedura di whistleblowing,[16]
- nel vigilare sul corretto corso delle indagini difensive interne.

Il DPO (artt. 37-39 GDPR), coprotagonista nell'attività di controllo, avrà senz'altro un ruolo nella procedura, essendo la figura di riferimento in materia di protezione di dati personali si pone, come supervisore dell'attività del titolare e in tale veste deve vigilare sulla attribuzione delle responsabilità, sulla sensibilizzazione e sulla formazione del personale oltre ad effettuare assieme all'ODV le relative attività di controllo sul corretto svolgimento delle investigazioni difensive condotte dall'azienda.

Nell'improntare un protocollo di whistleblowing attuando ragionamenti di compliance integrata e quindi curando che lo stesso sia conforme alla normativa di legge in materia e a quella privacy, la società si troverà a costruire protocolli a valenza multipla con utilità amplificata. Nell'indicare le modalità di effettuazione della segnalazione, qualificandosi titolare del trattamento la società verificherà anche il rispetto dei principi previsti dall'art. 5 del GDPR[6] si assicurerà i che la tutela delle identità degli interessati sia piena mai a rischio, che all'interno della organizzazione i soggetti che attuano la procedura di segnalazione ricevano specifiche istruzioni ed una adeguata formazione sulla attività da svolgere; dichiarerà le finalità del trattamento[17], la durata del periodo di conservazione: breve (qualche mese) nell'ipotesi in cui, dopo la segnalazione, il caso sia archiviato, ma l'asse temporale si allunga ed è legato all'uso anche processuale del dato, quando si tratti dell' accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto della società in sede giudiziaria .

L'alchimia generata dall'attuazione normativa combinata della legge sulla privacy e di quella sul whistleblowing, è difficile ma necessaria, l'equilibrismo delle aziende nel contemperare le esigenze normative richiede prove di destrezza attuativa; a volte interviene il legislatore *ad adiuvandum*, non transige sulla protezione dell'identità del segnalante Inizio modulo(e dei dati che possano comunque se pur indirettamente riportare a tale identità), e limita in tale ambito, i diritti degli interessati, con il D.lgs. 101/2018 introduce l'art. 2 *undecies* del Codice Privacy con riferimento (anche) alle procedure di whistleblowing (comma 1, lett. f). Tale norma sancisce che i diritti di cui agli articoli da 15 a 22 del Regolamento non possono essere esercitati con richiesta al titolare del trattamento ovvero con reclamo all'Autorità Garante qualora dall'esercizio di tali diritti possa derivare un pregiudizio effettivo e concreto alla riservatezza dell'identità del dipendente che segnala l'illecito di cui sia venuto a conoscenza in ragione del proprio ufficio.

Sono geneticamente polivalenti queste procedure si impongono utili come un vaccino evoluto per la governance d'impresa.

Anche i protocolli di ultima generazione nati per arginare il rischio COVID 19, ad esempio la rilevazione della temperatura all'ingresso della sede di lavoro con valore determinante ai fini del MOGC ex D.lgs. 231/2001, avranno certamente valenza alla luce del DVR in esecuzione del D.lgs.81/ 08 ma saranno ampiamente informate al rispetto della normativa privacy tantopiù che il dato principalmente trattato, perché enormemente rilevante, è in questo caso relativo alla salute, ergo "particolare" a voler usare il lessico del legislatore europeo. Nulla può essere lasciato all'improvvisazione se tutto deve essere a tenuta: i soggetti che subiscono il processo vanno debitamente informati, chi rileva il dato deve essere incaricato ed istruito con apposita nomina; il terreno è scivoloso se il modello organizzativo non viene adeguato nel rispetto delle copiose disposizioni governative emergenziali di recente emanazione, ma in ogni caso anche nel rispetto di antichi paletti: l'art. 5 dello Statuto dei Lavoratori (Legge 300/1970) vieta accertamenti da parte del datore di lavoro sulla idoneità e sulla infermità per malattia o infortunio, ammettendo che il controllo delle assenze per "infermità" possa essere

effettuato soltanto attraverso i servizi ispettivi degli istituti previdenziali competenti. ma tale norma va contemperata - qui l'azienda deve dare prova di equilibrismo nell'esecuzione normativa- con l'art. 2087 del Codice Civile, secondo la quale il datore di lavoro deve "adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro" va da se che un tale sforzo organizzativo torni utile anche al fine di prevenire le condotte criminose di cui agli articoli (589 c.p. 590 c.p.) e quindi evitare il coinvolgimento dell'ente nel processo penale. Tanti gli input normativi che motivano il datore di lavoro a dotarsi di procedure di controllo finalizzate alla protezione della sicurezza dei lavoratori. La misurazione della temperatura corporea, pare misura ovvia e utilissima al fine di consentire l'accesso sicuro ai locali aziendali, è autorizzata direttamente dal DPCM dell' 11 marzo 2020 anche mediante apparecchi automatici, ovvio che sia preziosa una indicazione del medico competente che prescriva una tale misura come idonea a prevenire il rischio, tanto quanto la valutazione del DPO sulla conformità del trattamento di tali dati particolari perché inerenti la salute e la vigilanza dell'ODV ai fini della tenuta del modello.

Questo protocollo (misurazione della temperatura) atto a tutelare la salute del lavoratore e la sicurezza del luogo di lavoro, necessario ai fini della compliance al D.lgs. 231/2001 e al Dlgs 81/08 trasuda necessità di conformità privacy.

Costruire una procedura a norma impone alla società titolare del trattamento di individuare:

- la base giuridica del trattamento -motivi di interesse pubblico: implementazione dei protocolli di sicurezza anti-contagio ai sensi dell'art. art. 1, n. 7, lett. d) del DPCM 11 marzo 2020, in particolare Protocollo Condiviso 14 marzo 2020, Protocollo 24 aprile 2020 e successive integrazione e modificazioni -obbligo di legge: art. 32 Costituzione; art. 2087 c.c.; d.lgs. 81/2008 (in particolare art. 20);
- la finalità del trattamento - prevenzione dal contagio da COVID-19 - tutela della salute delle persone in azienda - collaborazione con le autorità pubbliche e, in particolare le autorità sanitarie;
- tipologia dei dati raccolti e modalità di conservazione degli stessi;
- modalità e tempi di conservazione dei dati posto che nessuna registrazione e/o conservazione è effettuata nel caso di mancato superamento della soglia di temperatura.

I dati identificativi e il superamento della soglia di temperatura, andranno registrati solo qualora sia necessario a documentare le ragioni che hanno impedito l'accesso ai locali aziendali e potranno essere conservati fino al termine dello stato d'emergenza previsto dalle autorità pubbliche competenti; è fatta salva la conservazione dei dati personali, anche particolari, per un periodo superiore, nei limiti del termine di prescrizione dei diritti, in relazione ad esigenze connesse all'esercizio del diritto di difesa in caso di controversie.

Tutte le procedure sopradescritte nate in attuazione del Dlgs 231/2001 complementari ad un modello di Organizzazione gestione e controllo idoneo richiamano la compliance alla legge sulla privacy un fil rouge che se non presente le rende automaticamente non conformi. In tutti e tre i processi esaminati ma il ragionamento vuol essere esemplificativo non certo esaustivo emergono metodologie comuni di costruzione del protocollo:

1. Il titolare del trattamento ha una grande libertà e discrezionalità nell'organizzazione della propria attività di *compliance*, modello *privacy by design* e *privacy by default* (art. 25 GDPR), ma nel definire il *modus operandi* occorre mantenga sempre dritta la barra della protezione dei dati fin dalla progettazione del trattamento.
2. Il titolare ha il potere di tarare gli adempimenti alla propria realtà organizzativa ed economica le norme lo consentono ma nello scegliere il *modus adimplendi* sulla base del principio di *accountability* sarà comunque sempre responsabile delle scelte attuate e dovrà essere in grado di dimostrare di aver adottato le misure (organizzative tecniche e fisiche) idonee a protezione dei dati.
3. Riguardo alle operazioni di trattamento sarà necessario dimostrare di aver impartito specifiche istruzioni ai soggetti coinvolti nei trattamenti che pure dovranno essere adeguatamente formati attraverso contenuti profilati ad hoc in ragione dei trattamenti svolti.

In un'ottica di modello integrato, tutte queste procedure dovrebbero essere concepite partendo dal sistema di prevenzione dei rischi non settoriale ma frutto di un approccio olistico che dovrebbe avere quale naturale approdo la creazione di un sistema di organizzazione, gestione e controllo integrato.[18]

5. Deleghe *multitasking*

L'insieme magmatico delle norme che impongono alle aziende uno sforzo di conformità, generano un vortice documentale di deleghe e procure, il

legislatore le esige ordinate, chiare, ben strutturate, non configgenti. La chiave è un modello integrato che consenta la centralizzazione, gestione e l'aggiornamento delle deleghe di monitorarne le scadenze o gli adeguamenti ai cambi organizzativi o normativi, meglio se con l'aiuto di un tool informatico. Sono svegli i player di mercato, oligopolisti della consulenza best, ne propongono di accattivanti: sistemi di gestione della compliance integrata automatizzata, testata d'angolo dei modelli di organizzazione e gestione e controllo progettati anche questi secondo la metodologia che qui stiamo teorizzando ed auspicando. In ogni caso e a prescindere dal monitoraggio centralizzato delle deleghe anche sui contenuti sarebbe possibile teorizzare una implementazione che tenga conto delle diverse necessità imposte dalle diverse normative.

Ad esempio, l'ODV, che sia interno oppure esterno, è il CDA che lo individua e nomina attribuendo compiti e spesso novando la declinazione delle responsabilità, già sancita dal legislatore, nell'atto di nomina.

Ma non troppo tempo fa è il Garante a precisare in un parere del 12 /05/2020 richiesto dall' associazione dei componenti dell'organismo di vigilanza che i componenti di tali organismi (la best practice li pretende collegiali) vengano debitamente autorizzati al trattamento dei dati dalla società (titolare del trattamento).

"*Sulla base delle valutazioni sopra riportate, si ritiene che l'OdV, nel suo complesso, a prescindere dalla circostanza che i membri che lo compongano siano interni o esterni, debba essere considerato "parte dell'ente". Il suo ruolo - che si esplica nell'esercizio dei compiti che gli sono attribuiti dalla legge, attraverso il riconoscimento di "autonomi poteri di iniziativa e controllo" - si svolge nell'ambito dell'organizzazione dell'ente, titolare del trattamento, che, attraverso la predisposizione dei modelli di organizzazione e di gestione, definisce il perimetro e le modalità di esercizio di tali compiti. Tale posizione si intende ricoperta dall'OdV nella sua collegialità, tuttavia, non può prescindersi dalla necessità di definire anche il ruolo che, in base alla disciplina in materia di protezione dei dati personali, deve essere previsto per i singoli membri che lo compongono. Lo stesso ente, in ragione del trattamento dei dati personali che l'esercizio dei compiti e delle funzioni affidate all'OdV comporta (ad esempio, l'accesso alle informazioni acquisite attraverso flussi informativi), designerà - nell'ambito delle misure tecniche e organizzative da porre in essere in linea con il principio di accountability (art. 24 del Regolamento) - i singoli membri dell'OdV quali soggetti autorizzati (artt. 4, n. 10, 29, 32 par. 4 Regolamento; v. anche art. 2- quaterdecies del Codice)".*

A voler progettare gli atti di nomina in ottica multitasking, si presta bene quella atta all'individuazione e nomina dei i membri dell'ODV ad accogliere anche in forma di allegato le istruzioni cui il Garante fa riferimento.

Stesso metodo ben può essere seguito per costruire la delega/procura ad individuare il dirigente delegato ex art. 16 D.lgs. 81/08, quale miglior supporto per inserirvi tutte le istruzioni del titolare sul corretto trattamento dei dati tantopiù che quelli maneggiati da tale figura aziendale, sono dati riguardanti lo stato di salute o i rischi specifici legati alla mansione e alla idoneità del singolo lavoratore rispetto alla mansione. Anche la delega al dirigente preposto alla corretta tenuta dei documenti contabili[19] può avere a doppia valenza e ricomprendendo le istruzioni impartite dal titolare per un corretto trattamento dei dati personali.

A guardar bene le organizzazioni aziendali si ergono su procure e deleghe che si prestano ad essere implementate alla luce della normativa privacy divenendo strumenti poliedrici, multiuso e purificaci.

6. Norme etiche a geometria ellittica

Il codice etico complemento essenziale di un MOGC che ambisca ad essere considerato idoneo *banco iudicis,* è un meraviglioso strumento per attuare in forma integrata le norme contenute nei tre pacchetti e si presta per duttilità ed efficacia ad essere estensibile ed accogliere le politiche etiche ben oltre i perimetri normativi fin qui esaminati.

Il legislatore lo rende componente essenziale ed integrante di un modello di organizzazione gestione e controllo idoneo, è in sostanza un compendio di policy e regole che diventa prezioso in caso d'uso e se ben strutturato e capillarmente diffuso prova l'impegno delle aziende a prevenire la commissione dei reati rilevanti alla luce del Dlgs 231/2001 e a ridurre i rischi aziendali attraverso la forza del monito etico. La duttilità dello strumento lo rende per definizione materia ideale da plasmare in un'ottica multidisciplinare.

Attraverso le norme etiche si promuove la parità sul luogo di lavoro, la salute e sicurezza dei lavoratori, la tutela dell'ambiente, si gestiscono in modo responsabile i rapporti con i fornitori e con la Pubblica Amministrazione (corruzione pubblica e privata), si sponsorizza la tutela del diritto alla privacy di tutti gli stakeholder, si detta il modus operandi sui mercati con lealtà e trasparenza e nel rispetto delle regole, si forniscono valori guida per evitare condotte che possano integrare reati contro

l'industria e il commercio, in materia di diritto d'autore; si bandiscono condotte volte a foraggiare il terrorismo, il lavoro irregolare, attraverso le regole etiche si punta alla prevenzione dell'ampio catalogo di reati rilevanti in ambito Dlgs 231/2001 (reati tributari, informatici, reati di ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, autoriciclaggio).
Il codice etico ha la finalità precipua di guidare le decisioni dei destinatari (risorse interne ed esterne alle aziende) al fine di compiere azioni coerenti con la cultura della responsabilità e della legalità, è uno strumento poliedrico e versatile; spesso in esecuzione del D.lgs. 231/2001 (art. 6, comma 2, lett. e), ingloba il sistema disciplinare[20] acquisendo efficacia deterrente e sanzionatoria a scapito dei trasgressori di protocolli e norme etiche e di ogni altra misura preventiva indicata dal modello.
Si presta bene geneticamente questo strumento ad essere progettato con una visione integrata, l'efficacia delle norme concepite in ottica multidisciplinare, si amplifica, diventa una bussola di orientamento per evitare smarrimenti di condotta nell'ambito di una geografia normativa attuata in forma integrata.

7. Formazione multidisciplinare

Quale meravigliosa occasione per diffondere i principi di un modello integrato che garantisca la compliance alle norme sulla sicurezza delle persone dei dati e della società. Unico il contenitore, unica la diffusione, unica la formazione, pur mantenendo un dettaglio profilato.
Il legislatore la rende obbligatoria:

1. D.lgs. n. 81/08: l'art. 18, co. 1 lett. l) e l'art. 37 del Decreto 81/2008 prevedono l'obbligo di assicurare ad ogni lavoratore una formazione sufficiente ed adeguata in materia di salute e sicurezza sul lavoro. La formazione deve avvenire in occasione della costituzione del rapporto di lavoro, del mutamento di mansioni o della introduzione di nuove attrezzature o tecnologie e deve essere periodicamente ripetuta.
2. Privacy: il Regolamento Europeo 2016/679 (G.D.P.R.), agli artt. 29 e 32, stabilisce che il responsabile del trattamento, o chiunque agisca sotto la sua autorità o sotto quella del titolare del trattamento, che abbia accesso a dati personali, debba essere istruito in tal senso dal titolare del trattamento.
3. Dlgs 231/2001: il modello organizzativo è facoltativo, ma operata la scelta, per poter essere "efficacemente attuato" - condizione necessaria affinché si sprigioni l'efficacia esimente prevista dall'art. 6 del Decreto - è necessario che la popolazione aziendale sia adeguatamente formata sulla disciplina di legge, e sui contenuti del Modello Organizzativo adottato dalla Società.

I formatori affetti da visione tradizionali lanciano periodicamente l'anatema dei moduli separati per pacchetto normativo che colpisce gli apparati aziendali sfinendo le risorse obbligate ex lege e dai MOGC a non sottrarsi.
Questi moduli, che le aziende progettano sempre più spesso in modalità e-learning per raggiungere capillarmente i destinatari, vengono solitamente vissuti con fastidio dalla popolazione aziendale che si sente distolta dall'operatività quotidiana e obbligata a subire spesso in sequenza la somministrazione della formazione a tema, terminata quella della D.lgs. 231/2001 dopo qualche tempo subentra la necessità di quella sulla sicurezza (D.lgs. 81/08) e come tentare di chiudere l'anno senza la formazione privacy. La serietà dei moduli è spesso legata alla durata degli stessi ed all'impossibilità tecnica di far scorrere i contenuti senza l'adeguata attenzione del discente chiamato puntualmente ad eseguire il test di fine corso.
Spesso concepita ed accettata come una terapia dolorosa ma necessaria cui non ci si può sottrarre, le aziende somministrano a dosi gli inesorabili, obbligatori, moduli formativi in materia di salute e sicurezza sul lavoro privacy, di D.lgs. 231/2001/ ed in materia D. lgs.81/08. La posologia della formazione li vuole almeno annuali, tutti i pacchetti formativi prevedono, per essere compliance, un test di fine corso per comprovare il passaggio dei contenuti dal docente (spesso virtuale) al succube discente.
I modelli integrati ispirano una formazione plurivalente evidentemente conveniente in termini di costi e certamente meglio accolta dalla popolazione aziendale che invece di galleggiare nuoterebbe agevolmente fra i flutti dei contenuti formativi, acquisendo una visione d'insieme, senza rischiare di essere sopraffatta dalle diverse ondate di formazione a pacchetto.

8. Vigilanza osmotica

e Sistema dei controlli rafforzato e capillare Un modello integrato elimina per definizione i controlli ridondanti e crea efficienza e valore essendo basato su un approccio multidisciplinare delle verifiche svolte dai controller interni[21].
Le mappature dei rischi generate da visioni integrate sfruttano la versatilità dei controlli. Il piano di audit aziendale può essere concepito in modo da approcciare più ambiti senza sovrapposizioni.

Si evitano così le maree dei controlli che sfiniscono gli apparati organizzativi.
Se i controlli sono a compartimenti stagni perimetrati e qualificati dai singoli pacchetti di norme la longa manus dei controller interni esplorerà gli *interna corporis* aziendali e verificherà lo stato dell'arte e della compliance senza sfruttare l'opportunità di un controllo combinato. I limiti saltano agli occhi: se l'approccio non è integrato si rischiano duplicazioni e controlli ridondanti e un più alto impiego di risorse. Sia i controllori che i controllati in momenti diversi saranno chiamati a gestire l'attività di controllo per materia normativa, la pecca di questa metodologia è la ripetizione delle verifiche su una stessa funzione e spesso su una stessa "batteria di documenti". Ad esempio, svolto l'audit richiesto dal D.lgs. 231/01 non è escluso, dopo qualche mese, che la stessa funzione aziendale venga raggiunta da una seconda verifica che ha come driver il GDPR magari i controller intervisteranno le stesse risorse ed analizzeranno gli stessi documenti con un'altra ottica.
Queste le pieghe disfunzionali di un sistema di controllo separato lontano dall'integrazione.

9. La teoria dei flussi sincroni e i comitati di controllo.

Il D.lgs. 231/2001 esige un'organizzazione che preveda flussi informativi verso l'"ODV" e da questo, di solito annualmente, verso il "Cda" (Consiglio di amministrazione). Simmetricamente un'organizzazione privacy che si rispetti esige che i dipartimenti aziendali emergano periodicamente dall'apnea dell'operatività quotidiana e facciano una riflessione consapevole e meditata su eventuali profili di criticità rispetto al modello di organizzazione e gestione della privacy riferendo al "DPO" lo stato dell'arte; anche il Dirigente delegato ex art. 16 D.lgs. 81/08 raccoglie e genera flussi, ISO 45000 enfatizza il dialogo strutturato sui temi della sicurezza dei lavoratori.
Molte organizzazioni aziendali tollerano un incedere disorganizzato dei flussi e che gli organismi posti a presidio dei singoli modelli organizzativi lavorino separatamente ognuno nel proprio ambito senza comunicare. Sono datati e superati questi modus operandi.
Se si abbattono le barriere dei perimetri normativi e si segue la logica dei modelli integrati potrebbero essere organizzati flussi informativi sincroni e nascerebbero spontanei comitati di controllo per il miglior monitoraggio dei rischi basati sul dialogo e sul confronto strutturato fra i controller che le diverse leggi "designano": DPO, ODV, Dirigente delegato ex art. 16 del D.lgs. 81/08 quando presente dirigente preposto alla corretta tenuta dei documenti contabili.
Ci sono ambiti dal confine labile fra D.lgs. 231/2001 e privacy (regolamento 2016/679/ Ue), basti pensare al perimetro dei reati informatici la cui prevenzione deve premere all' "ODV" quanto al "DPO", e ancora ci sono perimetri comuni sulla sicurezza delle persone che devono premere tanto al ODV quanto al dirigente delegato ex art. 16 del D.lgs.81/08 e al DPO poiché particolare è la genesi dei dati trattati in tale ambito. Ed ancora ci sono perimetri d'interesse comune fra ODV dirigente preposto alla corretta tenuta dei documenti contabili e DPO che sui flussi a meno che non siano scevri di dati personali, non cessa mai di concorrere al design privacy.
Un modello integrato si basa su flussi informativi sincroni, sul dialogo strutturato e periodico fra soggetti incaricati di effettuare controlli periodici, sono molte e frammentate, le norme che disciplinano istituzione e funzionamento di tali organi di controllo; producono l'effetto talvolta di delineare responsabilità simili e spesso sovrapposte.[22] La chiave per ottenere il massimo risultato in efficacia con riduzione di tempi e di sforzi è la sinergia: intuire e credere che leggi frammentate possano creare un'opportunità di lavoro integrato nell'ambito del quale i controller per genesi normativa "ODV" (articolo 6 D.lgs. 231/2001), "DPO" (articolo 37, regolamento 2016/679/Ue — "GDPR"), dirigente delegato (articolo 16 del D.lgs. 81/2008), dirigente preposto alla corretta tenuta dei documenti contabili, si riuniscono periodicamente in un comitato per il controllo interno che dialoga e si confronta sulla gestione dei rischi mostrandosi in grado per visione allargata, di monitorare, intuire i rischi dell'agire aziendale organizzandolo con protocolli di prevenzione (norme etiche, deleghe e procedure) di sicura efficacia perché ispirati da una visione d'insieme e per ciò stesso illuminata.
La compliance integrata è la chiave, i modelli di organizzazione gestione e controllo progettati con una visione integrata sono avanguardia della migliore tutela aziendale, un concetto sfidante per le aziende che hanno, da un lato, la necessità di stare al passo con la normativa e la sua evoluzione e, dall'altro, di contenere i costi e di mantenere un corretto bilanciamento tra le attività di business e le richieste di adeguamento alla normativa. Se raccolta come un'opportunità di organizzare al meglio i propri presidi di controllo e il coordinamento tra le diverse professionalità coinvolte, la compliance integrata può fornire valore aggiunto nella gestione dei rischi. Il MOGC integrato è un'idea progressista che si presta per

genesi e sin dalla sua progettazione ad essere strumento in grado di abbracciare le diverse esigenze dettate dalla normativa. Un tale disegno muove da una visione d'insieme e sottintende un'opportunità quella dei ragionamenti integrati consentita a tratti suggerita dalle norme e che va solo intuita e colta.

1 . La Cassazione in una recente sentenza del 16 gennaio 2020, n. 1676, ha legittimato il sequestro dei beni dell'amministratore dell'azienda sanzionata ai sensi del D.lgs. 231/2001, essendo il patrimonio dell'ente insufficiente, fissando il seguente principio: nel caso in cui il profitto o il prezzo del reato sia rappresentato da una somma di denaro, questa si fonde con le altre disponibilità economiche dell'autore del fatto: "*la confisca per equivalente del profitto di cui al D.lgs. n. 231 del 2001, art. 19, ha natura di sanzione principale e autonoma", senza che ricorra "rapporto di sussidiarietà o di concorso apparente tra la detta disposizione e le norme del codice penale che prevedono la stessa misura ablativa a carico delle persone fisiche responsabili del reato, fermo restando logicamente che l'espropriazione non potrà, in ogni caso, eccedere nel quantum l'entità complessiva del profitto*".

2 L'intervento a sezioni unite della Corte di cassazione sentenza del 24 aprile 2014, n. 38343 risolve il dibattito insorto sulla natura delle responsabilità dell'ente facendone un "*tertium genus*" ovvero "*un corpo normativo di peculiare impronta"* che assomma i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo.

3 Il D.lgs. 101/2008 ha adeguato il codice privacy nazionale (D.lgs. 196/2003) alle novità introdotte nel GDPR. Il testo del codice novellato presenta le maggiori innovazioni negli articoli amputati più che per quelli rimasti nel corpo normativo.

4 Nel corso degli ultimi 20 anni è stata emessa una vasta gamma di provvedimenti legislativi di normativa primaria, secondaria e di autoregolamentazione. A titolo esemplificativo le quotate sono soggette al TUF emesso con D.lgs. 58/98; poi il D.lgs. 262/05 che ha introdotto la figura del dirigente preposto alla cura dei documenti contabili. Tra le fonti secondarie emergono i regolamenti emessi dalle autorità regolatorie: il Regolamento Emittenti emesso dalla commissione nazionale per la società e la Borsa, i regolamenti congiunti emessi da Banca d'Italia e CONSOB, le disposizioni di vigilanza per e banche; i regolamenti emessi dall' istituto di vigilanza sulle assicurazioni IVASS, i Regolamenti Ministeriali; fra le fonti di autoregolamentazione val la pena citare il Codice di autodisciplina delle quotate. Una tale pressione normativa ha comportato in diverse società l'istituzione della figura del compliance officer definito nelle disposizioni di Vigilanza di Banca D'Italia quale attore del controllo in materia di conformità a leggi e regolamenti.

5 Sul tema: I costi della Non compliance a cura di Accardi F. Rosato R., rivista Internal Audit- Corporate Governance, risk management e controllo interno n. 82, 2014.

6 Sarebbe piaciuta l'idea di compliance integrata a F. P. Ramsey. Oggi, nessuna teoria giuridica o economica può dirsi unisona, ma tutto è interdisciplinare, flessibile. Le nozioni si prestano ad essere utilizzate in più ambiti secondo l'approccio multi-comprensivo che il geniale matematico, filosofo, economista, allievo di Keynes, ha ideato e diffuso.

7 Il modello di ERM proposto dal committee of Sponsoring Organizationof the treadway commission (CoSO release 2017) si scompone in cinque elementi fortemente interconnessi fra loro: Governance and Culture; Strategy & Objective Setting; Performance; Review & Revision; Information &Communication Reporting.

8 Francesco Capparelli - Alessandro Fratini, *l'importanza di una compliance integrata legal-cibersecurity*, Privacy News ottobre-dicembre 2020, p.9

9 Per un approfondimento su un efficace sistema di controllo del rischio fiscale inserito nel contesto del sistema di governo aziendale e di controllo interno (Tax Control Framework) si veda il documento OCSE 2013 - Cooperative Compliance - A Framework . Sui requisiti che un tale sistema deve possedere, OCSE 2016 – Building Better Tax Control Framework che descrive il sistema efficace se è in grado di garantire all'impresa un presidio costante sui rischi fiscali, per far questo il sistema deve presentare i seguenti requisiti essenziali: strategia fiscale; ruoli e responsabilità, procedure, monitoraggio, adattabilità al contesto interno ed esterno, relazione agli organi di gestione.

10 Le aziende dotate di TCF sono considerate contribuenti virtuosi e in quanto tali, possono beneficiare di sistemi premiali: minori adempimenti, riduzioni di sanzioni, forme di interpello preventivo in tempi abbreviati.

11 art. 6 prevede che sia sanzionato – oltre al soggetto che abbia posto in essere atti di ritorsione o discriminatori nei confronti del *whistleblower* – anche colui che "*effettua con dolo o colpa grave segnalazioni che si rivelano infondate.* Occorre un impianto sanzionatorio ad hoc per queste ipotesi da integrare nel sistema disciplinare *ex* art. 6, comma 2, lett. e, del Decreto 231/01. Nell'espletamento dell' attività di vigilanza, particolare attenzione dovrà essere posta dall'ODV su licenziamenti o altre misure (*e.g.* demansionamenti e trasferimenti) che possano avere natura ritorsiva o discriminatoria nei confronti dei segnalanti.

12 La direttiva 2019/1937 del 23 ottobre 2019 sulla protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione,

dovrà essere recepita dagli stati membri entro il 17 dicembre 2021.

13 Si segnalano al riguardo i provvedimenti del Garante n. 215 del 04 12 2019 e n. 17 del 23 gennaio 2020

14 Nota eliminata.

15 Franco Cordero, *Procedura Penale*, Giuffrè p.96

16 L'ODV agisce affinché i segnalanti siano tutelati nel processo di gestione della segnalazione, pur rimanendo protagonista della vigilanza sul rispetto del divieto di "*atti di ritorsione o discriminatori, diretti o indiretti, nei confronti del segnalante per motivi collegati, direttamente o indirettamente, alla segnalazione*" (art. 6, comma 2-*bis*, lett. c, del Decreto 231).

17 Con riferimento ai dati personali la base giuridica su cui si fonda la procedura dovrà essere il legittimo interesse del titolare (ex art. 6 lett. f) GDPR). Con riferimento ai dati "particolari" di cui all'art. 9 del GDPR deve ritenersi che la base giuridica sia quella prevista dall'art. 9, par. 2 lett. f) ossia l'accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria si precisa che per alcuni aspetti legati al rapporto lavorativo, la base giuridica può essere rinvenuta nella lett. b) della medesima disposizione.

18 Per un approfondimento sull'approccio integrato alla gestione dei rischi: Fabio Accardi, *La gestione della compliance,* Luiss, 2020, a cura di Alessandro Adotti e Saverio Bozzolan, cap.2

19 La legge 262/05 ha normato la struttura dei controlli interni alla società identificando per quelli amministrativi -contabili un centro di responsabilità rappresentato dal dirigente preposto.

20 In alcuni casi il sistema disciplinare è inserito nel documento descrittivo del MOGC ex D.lgs. 231/2001
In altri è contenuto in un codice disciplinare ad hoc che si affianca al codice etico ma sono scelte queste compilative e di estetica documentale che il legislatore lascia alle aziende.

21 Solitamente le aziende medio grandi si muniscono di un sistema declinato su tre livelli di controllo: controlli di primo livello o controlli di linea, diretti ad assicurare il corretto svolgimento delle operazioni. Questi controlli sono effettuati nel corso dell'operatività e sono rappresentati ad esempio da presidi di tipo gerarchico svolti da vari responsabili delle unità organizzative possono essere sistematici o a campione diretti ad identificare, valutare, monitorare, attenuare e riportare i rischi derivanti dall'ordinaria attività.
Controlli di secondo livello o controlli sui rischi e sulla conformità che hanno l'obiettivo di assicurare la corretta attuazione del processo di gestione dei rischi; il rispetto dei limiti operativi assegnati alle varie funzioni; la conformità dell'operatività aziendale alle norme, incluse quelle di autoregolamentazione. Le funzioni preposte a tali controlli sono: Compliance, Controllo costi o controllo di gestione, Servizio pianificazione e controllo, Responsabile Sistemi di gestione, HSE, ecc.,
Controlli di terzo livello fisiologicamente affidati all'Internal Audit. Sono volti ad individuare violazioni delle procedure e della regolamentazione nonché a valutare periodicamente la completezza, l'adeguatezza, la funzionalità (in termini di efficienza ed efficacia) e l'affidabilità del sistema dei controlli interni.

22 Saverio Bozzolan e Sara Costanzo, *Corporate governance, sistemi di risk management rischi di compliance,* Luiss, 2020, a cura di Alessandro Adotti e Saverio Bozzolan, cap.1.

16 Reati informatici e tutela dei dati personali: profili di responsabilità degli enti.

di Paolo Balboni e Francesca Tugnoli

Abstract
Gli autori si propongono di analizzare i rapporti tra i reati informatici e il conseguente trattamento illecito di dati personali connesso alla commissione di tali fattispecie. In particolare, verrà approfondito il legame sussistente tra i modelli organizzativi privacy e i modelli di organizzazione e gestione redatti ai sensi del D.lgs. 231/2001, anche in un'ottica di creazione di modelli di gestione integrata dell'ente. Infatti, solo un adeguato presidio privacy che sia efficacemente intersecato con i modelli organizzativi 231 consente all'ente di prevenire adeguatamente la commissione dei reati informatici, ciò anche alla luce delle previsioni di cui all'art. 32 del Regolamento UE 679/16 che impongono alle società di dotarsi di misure tecnico organizzative adeguate alla tutela dei dati personali. Infatti, è solo tramite l'adozione di tali misure di sicurezza che i protocolli allegati alla parte speciale dei modelli potranno definirsi adeguati e idonei a prevenire i rischi di commissione di reati informatici.
Nella seconda parte del contributo, verranno approfondite alcune aree di esposizione a rischio per gli enti, quali la gestione della casella di posta del dipendente da parte del datore di lavoro, nonché le nuove forme di remote working/smart working che si sono rivelate essere foriere di pericoli di esposizione delle società ad attacchi informatici ed infine nuove forme frequenti di attacco, come i ransomware.
In conclusione, verrà analizzata una prospettiva di riforma che possa introdurre tra i reati presupposto quelli di cui agli artt. 167 e ss del Codice Privacy Novellato.

The authors analyze the connection between the cybercrimes and the data protection law. In particular, this article studies the relationship between the Privacy Organizational Model and the Organizational Model pursuant the Italian D.lgs. 231/2001, focusing on the possibility to create an Integrate Organizational Model who is compliant to all the different normative applicable. In fact, only with an adequate data protection linked with Organizational Model pursuant the 231 it is possible for the legal entity to prevent the commission of cybercrimes. This aspect is analyzed also under the provision of the art. 32 of the Regulation EU 2016/679, who imposes to the companies to adopt adequate technical and organizational measure to protect personal data. Only thanks to that measures that the protocols attached to the special part of the Model 231 could be adequate and suitable to prevent the risks of the cybercrimes.
In the second part of this contribution, there is a focus on the new area of risk for the legal entities, as the correct use of the corporate email box of the employers, smart working as a new dangerous space of exposition from cyberattack and the new type of ransomware attack.
In conclusion, a reform perspective will be analysed that could introduce among the predicate offences those referred to in articles 167 et seq. of the Revised Privacy Code.

Sommario
1. Introduzione - **2.** I reati informatici e il trattamento illecito di dati personali: profili di interdisciplinarità - **3.** I reati informatici quale presupposto della responsabilità ex D.lgs. 231/2001 - **4.** Il diritto penale della privacy: gli artt. 167 – 171 del Codice Privacy - **4.1.** Il trattamento illecito di dati personali (Art. 167 Codice Privacy) - **4.2.** Comunicazione e diffusione illecita di dati personali oggetto di trattamento su larga scala (art. 167-bis) - **4.3.** Acquisizione fraudolenta di dati personali oggetto di trattamento su larga scala (art. 167 ter Codice Privacy) - **4.4.** Violazione delle disposizioni in materia di controllo a distanza e indagini sulle opinioni dei lavoratori (art. 171 Codice Privacy) - **5.** I modelli di gestione ex D.lgs. 231/2001 e i modelli organizzativi privacy per una compliance integrata: l'art. 32 del Regolamento - **5.1.** I presidi IT quale strumento di prevenzione nella commissione dei reati informatici - **6.** Nuove forme di esposizione a rischio - **6.1.** La casella di posta elettronica del dipendente - **6.2.** Lo smartworking - **6.3.** Ransomware;

6.4. Profili di diritto definitorio: il concetto di abusività che pervade le norme incriminatrici informatiche - **7.** Prospettive de iure condendo - **8.** Conclusioni.

1. Introduzione

Con l'entrata in vigore del Regolamento Europeo 679/2016 (di seguito "Regolamento"), anche la disciplina ex D.lgs. 231/2001 richiede di essere ripensata alla luce di una nuova idea di compliance integrata.

2. I reati informatici e il trattamento illecito di dati personali: profili di interdisciplinarità

La rubrica dell'art. 24 *bis* del d.lgs. 231/2001, come noto, richiama chiaramente il "*trattamento illecito di dati personali*" ancorché, poi, l'elencazione contenuta nella disposizione non citi nessuna delle fattispecie di cui agli artt. 167 e ss del Codice Privacy novellato. A ben vedere, occorre ricordare come il d.l. n. 93/13 avesse inizialmente disposto l'inserimento delle fattispecie incriminatrici del Codice della privacy (artt. 167,168 e 169) nel novero dei reati presupposto previsti dall'art. 24 *bis* d.lgs. 231/2001 ai fini della responsabilità amministrativa da reato degli enti[1] e, in particolare, proprio tra i 'reati informatici e il trattamento illecito di dati' di cui all'art. 24 *bis* del decreto citato. Tuttavia, in sede di conversione del suddetto decreto-legge, il riferimento esplicito ai delitti privacy è venuto meno, probabilmente per limitare l'impatto che tale nuova impostazione avrebbe comportato sugli enti, anche in considerazione della mole di dati gestiti dagli enti e della quantità di attività di trattamento svolte[2].

Dell'iniziale intento legislativo è rimasta tuttavia la rubrica della norma che mantiene il richiamo al trattamento illecito di dati personali in ragione o di una dimenticanza o, più probabilmente perché – inevitabilmente – in caso di commissione di reati informatici, si intersecano profili di interdisciplinarità con un trattamento illecito di dati personali. Infatti, se si pensa a qualunque delle fattispecie richiamate nel decalogo dei reati indicati all'art. 24 *bis*, si verifica anche un illecito trattamento di dati, tanto che, la società, sia essa titolare o responsabile del trattamento[3], deve avviare le indagini interne al fine di verificare se vi sia stata anche una compromissione dei dati personali trattati ed eventualmente aprire la procedura per la gestione dei casi di violazione dei dati personali ai sensi degli artt. 33 e 34 del Regolamento.

A parere di chi scrive, quindi, l'intento del legislatore, quando ha redatto la rubrica della norma, nonostante l'eliminazione dal decalogo dei reati presupposto dei delitti privacy, è stato quello di sottolineare i profili di interconnessione che sussistono tra l'illecito trattamento di dati personali e i reati informatici.

A ciò si aggiunga che tra le varie tipologie di attacchi informatici ve ne sono diversi che sono spesso caratterizzate da una osservazione – illecita – delle abitudini del soggetto targettizzato volta ad acquisire il maggior numero di informazioni possibili. In altre parole, "*ciò che l'utente medio non attenziona è il valore dell'informazione ed è proprio K.D. Mitnick, un noto informatico e storico hacker statunitense, che parla del "valore nascosto dell'informazione". Qualunque tipo di informazione ha un suo valore economico, che sia poco utile o irrilevante, perché qualsiasi dato che entra in interconnessione con altri dati può consentire di risalire ad infinite informazioni sempre più importanti o significative*"[4]. È evidente, dunque, come quando si affronta il tema dei reati informatici non può non venire in rilievo la tutela e la disciplina in materia di riservatezza e di protezione dei dati personali.

A livello di compliance aziendale, i riferimenti normativi da tenere in considerazione quando si affronta la cybersecurity sono dunque la l. 48/08 che ha introdotto nel novero dei reati presupposto i reati informatici, la Direttiva NIS (2016/1148) attuata in Italia con il D.lgs. 65/2018 e il D.l. 105/2019 in materia di costituzione del Perimetro di Sicurezza Nazionale Cibernetica. Inoltre, si aggiunga la normativa ISO/IEC 27001:2013[5]. Lato privacy ovviamente il Regolamento e il Codice Privacy novellato, oltre ai Provvedimenti del Garante Privacy italiano che seppur fonte di normativa di rango secondario, costituiscono norme vincolanti in materia[6].

3. I reati informatici quale presupposto della responsabilità ex D.lgs. 231/2001

I reati informatici sono disciplinati dall'art. 24-*bis* del D. lgs. 231/2001. Di seguito verranno esaminate le relative fattispecie di reato con esempi di possibili modalità di condotta rilevante per la responsabilità dell'ente.

Accesso abusivo al sistema informatico (615 ter c.p)

Anzitutto, viene punito l'accesso abusivo al sistema informatico ai sensi dell'art. 615 ter c.p. Il delitto viene, come noto, commesso da chi abusivamente si introduce in un sistema informatico o telematico protetto da misure di sicurezza ovvero vi si mantiene contro la volontà espressa o tacita di chi il diritto di escluderlo. Secondo la giurisprudenza ormai consolidata, ne consegue che risponde del delitto in esame anche chi abbia usato il proprio accesso al sistema per il perseguimento di scopi estranei a quelli per i quali era stato autorizzato[7]. Al fine di verificare quando la condotta di accesso sia illecita assume rilievo dunque sia il concetto di abusività che deve appunto caratterizzare l'accesso, sia la presenza di misure di sicurezza[8].
Il reato può essere commesso, ad esempio, nell'ipotesi in cui vengano violati sistemi informatici allo scopo di alterare i dati relativi alla fatturazione dei servizi resi e realizzare un profitto illecito, acquisire informazioni relative alla clientela utili per elaborare strategie di marketing, ovvero allo scopo di acquisire informazioni riservate, ecc.

***Detenzione o diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici o telematici* (art. 615-*quater*, c.p.)**
Il delitto è commesso da chiunque, al fine di procurare a sé un profitto o di arrecare ad altri un danno, abusivamente si procuri, riproduca, diffonda, comunichi o consegni codici, parole chiave o altri mezzi idonei all'accesso ad un sistema informatico o telematico protetto da misure di sicurezza o comunque fornisca indicazioni o istruzioni idonee al predetto scopo.
Il reato deve ritenersi integrato sia nell'ipotesi in cui il soggetto sia in possesso legittimamente delle credenziali di accesso (è il caso, ad esempio, dell'amministratore di sistema) e le comunichi indebitamente a terzi, oppure nel caso di cui detto soggetto se le procuri indebitamente. La condotta è abusiva quando i codici di accesso siano ottenuti a seguito della violazione di una norma o di una clausola contrattuale che vieti quella condotta. Inoltre, rientra nell'alveo di punibilità della disposizione incriminatrice anche il caso di chi rilascia indicazioni o istruzioni per la ricostruzione del codice di accesso al fine di consentirne un indebito utilizzo.
Ipotesi di commissione del reato si rinvengono nel caso di detenzione ed utilizzo di password per l'accesso alle caselle mail dei dipendenti allo scopo di controllare l'attività, svolta oppure nel caso di un attacco di social engineering[9] al fine di individuare le credenziali di accesso ad un sistema di un concorrente.

Diffusione di apparecchiature, dispositivi, o programmi informatici diretti a danneggiare o interrompere un sistema informatico o telematico (art. 615 quinquies c.p.)
Il delitto viene commesso da chiunque, allo scopo di danneggiare illecitamente un sistema informatico o telematico, le informazioni i dati o i programmi in esso contenuti o ad esso pertinenti, ovvero di favorire l'interruzione, totale o parziale, o l'alterazione del suo funzionamento, si procura, produce, riproduce, importa, diffonde, comunica, consegna o, comunque, mette a disposizione di altri apparecchiature, dispositivi o programmi informatici.
A titolo di esempio, il reato potrebbe configurarsi qualora il dipendente della Società effettui attacchi di cracking[10], hacking, per alterare i dati relativi ad un concorrente.

Intercettazione, impedimento o interruzione illecita di comunicazioni informatiche o telematiche (art. 617-quater, c.p.)
Il delitto consiste nella fraudolenta intercettazione ovvero nell'impedimento, interruzione di comunicazioni relative ad un sistema informatico o telematico o intercorrenti tra più sistemi.
Ricorre il reato in esame in caso di intercettazione fraudolenta di enti concorrenti nella partecipazione alle gare di appalto allo scopo di conoscere l'entità dell'offerta dei concorrenti; nell'impedimento o interruzione di una comunicazione per impedire al concorrente di trasmettere i dati/l'offerta per partecipare ad una gara.

Installazione di apparecchiature atte ad intercettare, impedire o interrompere comunicazioni informatiche o telematiche (art. 617-quinquies c.p.)
Il delitto può essere commesso da chiunque installi apparecchiature atte ad intercettare, impedire o interrompere comunicazioni relative ad un sistema informatico o telematico.
Il delitto viene commesso mediante l'installazione di apparecchiature dirette ad intercettare o impedire comunicazioni informatiche commessi dal personale incaricato della gestione delle infrastrutture di rete aziendale.

Danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici (art. 635 bis c.p.) e danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici utilizzati dallo Stato o da altro Ente Pubblico o comunque di pubblica utilità (art. 635 ter c.p.)
Il delitto consiste nella distruzione, deterioramento,

cancellazione, alterazione o soppressione di informazioni, dati o programmi informatici altrui. La giurisprudenza della Suprema Corte è concorde nel ritenere che il delitto in esame sia integrato anche quando «*la manomissione ed alterazione dello stato di un computer sono rimediabili soltanto attraverso un intervento recuperatorio postumo comunque non reintegrativo dell'originaria configurazione dell'ambiente di lavoro. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto la sussistenza del reato in un caso in cui era stato cancellato, mediante l'apposito comando e dunque senza determinare la definitiva rimozione dei dati, un rilevante numero di file, poi recuperati grazie all'intervento di un tecnico informatico specializzato)*» (cfr. Cass. Pen., Sez. V, n. 8555 del 5 marzo 2012)[11].

Per deterioramento si intende la diminuzione della funzione strumentale, valore o utilizzabilità provocata da un'aggressione fisica su supporto materiale, oppure da un attacco a mezzo di un software che, pur non alterando o manipolando il dato, ne limiti l'accessibilità o la fruibilità. Per alterazione si intende una modifica strutturale del dato, programma o informazione, mediante la manipolazione del suo contenuto, con la conseguente apprezzabile perdita, totale o parziale, della sua funzionalità originaria.

Il reato è commesso nel caso in cui il soggetto proceda alla cancellazione della memoria di un computer senza essere stato preventivamente autorizzato da parte del titolare del terminale.

Viene integrata l'ipotesi di cui al 635 ter c.p. nel caso in cui il soggetto passivo titolare del programma informatico sia lo Stato o comunque laddove la condotta sia a protezione di programmi di pubblica utilità. A titolo esemplificativo tale ultima ipotesi può essere commessa nel caso in cui il danneggiamento, distruzione o manomissione abbia ad oggetto documenti informatici aventi efficacia probatoria, registrati presso enti pubblici (es. polizia, uffici giudiziari, ecc.), da parte di dipendenti di enti coinvolti a qualunque titolo in procedimenti o indagini giudiziarie.

Danneggiamento di sistemi informatici o telematici (art. 635 quater c.p.) e danneggiamento di sistemi informatici o telematici di pubblica utilità (art. 635-quinquies c.p.)

Il delitto in esame viene commesso, salvo che il fatto costituisca più grave reato, da chiunque mediante le condotte di cui al 635 *bis* c.p., ovvero attraverso l'introduzione o la trasmissione di dati, informazioni o programmi, distrugge, danneggia o rende inservibili i sistemi informatici altrui o ne ostacola il funzionamento. A differenza, tuttavia, della condotta di cui al 635 *bis*, in questo caso il danneggiamento deve interessare l'intero sistema, ossia l'hardware. Oltre alle condotte di cui al 635 *bis*, il delitto in esame può essere commesso anche mediante l'introduzione o trasmissione di dati, informazioni o programmi. Ciò, ad esempio, riguarda l'ipotesi in cui il reato sia commesso mediante malware atti a cagionare uno degli eventi di distruzione, danneggiamento, procurata inservibilità, o di ostacolo al funzionamento degli stessi. Costituiscono esempio di tali condotte gli attacchi ransoware di cui parleremo più diffusamente nel prosieguo (si veda paragrafo 6.c). Anche in questo caso ove la condotta abbia ad oggetto sistemi pubblici o di pubblica necessità il reato rilevante è l'art. 635 *quinquies* c.p. Esempio di tale ultima ipotesi è il caso di danneggiamento di informazioni, dati o programmi informatici utilizzati da enti pubblici commesso dal personale incaricato della gestione dei sistemi di clienti della Pubblica Amministrazione.

Documenti informatici (art. 491 bis c.p.)

L'art. 491 bis c.p. stabilisce che qualora le falsità regolate dal Capo III del Titolo VII del c.p. riguardino un documento informatico pubblico avente efficacia probatoria, si applicano le disposizioni del capo stesso concernenti gli atti pubblici. Il d.lgs. 7/2016 ha depenalizzato la corrispondente fattispecie relativa ad atti informatici privati e le disposizioni concernenti le scritture private in ragione della corrispondente abrogazione dell'art. 485 c.p.

Un esempio di commissione del reato in esame riguarda l'ipotesi di falsificazione di documenti informatici contenenti gli importi dovuti dall'ente alla PA nel caso di flussi informatizzati dei pagamenti tra privati e pubblica amministrazione.

Frode informatica del soggetto che presta servizi di certificazione di firma elettronica (art. 640 quinquies c.p.)

Commette il reato in esame solo il soggetto che presta servizi di certificazione di firma elettronica il quale al fine di procurare a sé o ad altri ingiusto profitto o di arrecare un danno viola gli obblighi previsti dalla legge per il rilascio di un certificato qualificato.

Esempio di commissione del reato in parola concerne l'ipotesi di aggiramento dei vincoli previsti per la verifica dei requisiti necessari al rilascio dei certificati da parte dell'amministratore di sistema allo scopo di concedere un certificato e produrre un guadagno all'ente.

4. I diritto penale della privacy: gli artt. 167 – 171 del Codice Privacy

La prima volta che in Italia è stata introdotta una norma diretta a tutelare la riservatezza dei dati personali è stato con l'art. 38 dello Statuto dei Lavoratori. Il successivo intervento in materia si è avuto con la legge disciplinante la gestione dei dati personali contenuti nelle banche dati in uso alle forze dell'ordine per la prevenzione e la lotta contro la criminalità, volta a prevenire la commissione di abusi commessi dai pubblici ufficiali preposti al loro trattamento e poi con la legge 23 dicembre 1993, n. 547, integrativa delle nuove fattispecie criminose che hanno completato la parte del codice dedicata al diritto penale dell'informatica. Tuttavia, è stato solo con la legge 31 dicembre 1996, n. 675 («Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali»), che il legislatore ha introdotto il primo presidio organico in materia a corollario della nuova concezione costituzionale della riservatezza quale espressione della solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost. e al principio di uguaglianza dell'art. 3 Cost.[12].

Detta legge, più in particolare, è stata introdotta sia allo scopo di assolvere alle sollecitazioni di matrice sovranazionale ed europea, sia al fine di introdurre per la prima volta un sistema normativo organico, volto a disciplinare le corrette modalità di trattamento dei dati personali che fosse anche corredato da un ampio catalogo di sanzioni, modulate secondo il criterio del duplice binario amministrativo e penale ed in conformità al principio di *extrema ratio* che deve caratterizzare il precetto penale.

Anche il Codice in materia di protezione dei dati personali emanato con il D.lgs. 30 giugno 2003 n. 196, si è posto sulla stessa direttrice già iniziata con la precedente l. 675/1996, riproponendo le medesime problematiche ermeneutico-applicative.

Su questa cornice normativa si sono recentemente inserite anche le nuove disposizioni sia del Regolamento che del Codice della Privacy novellato con il D.lgs. 101/2018 che hanno in parte emendato, in parte abolito ed in parte mantenuto le precedenti fattispecie incriminatrici già previste dal d.lgs. 196/2003.

Con riferimento alla tutela penale nell'ambito della protezione dei dati personali, il Considerando 149 in combinato con l'art. 84.1 del Regolamento sanciscono che i singoli Stati debbano poter stabilire le disposizioni concernenti le sanzioni penali applicabili per la violazione del Regolamento e delle norme nazionali attuative dello stesso[13].

Detta soluzione operata dal legislatore europeo ha però ha restituito all'interprete un sistema caotico, «*caratterizzato da continui rimandi tra normative eterogenee, con problemi interpretativi complessi discendenti dalla sovrapposizione di fonti, potenzialmente, autosufficienti. Ne è scaturito un corpus iuris connotato da sistemi sanzionatori disomogenei — che talvolta conduce alla repressione della mera inosservanza di regole di condotta e/o trattamento pericolosamente omogenee — destinati ad entrare ben presto in conflitto tra loro, con inevitabile vulnus ai principi di logicità e ragionevolezza, con il canone di proporzione e col principio di ne bis in idem*»[14].

Infatti, la scelta di utilizzare norme penali in bianco per sanzionare comportamenti lesivi della privacy mal si concilia con la tassatività e determinatezza che devono invece caratterizzare i precetti penali[15]. La tecnica del rinvio, infatti, rischia non solo di estendere eccessivamente l'ambito di rilevanza penale a fatti che sarebbero privi di quel disvalore che dovrebbe caratterizzare il sistema penale quale *extrema ratio*, ma soprattutto porta con sé il rischio che il rimando a norme secondarie che possono non essere ancora state emanate o successivamente emendate, renda l'opera di interpretazione della condotta vietata di estrema difficoltà per l'interprete e soprattutto per il cittadino che, come noto, deve invece conoscere il precetto (e la conseguente sanzione) prima della possibile commissione del fatto di reato, con conseguenze in termini di certezza del diritto e della pena[16].

A ciò si aggiunga che l'avvenuta abrogazione di alcune delle precedenti sezioni del codice previgente cui le norme penali facevano rimando, determina notevoli problemi anche sotto il profilo di diritto intertemporale e di successione di leggi penali nel tempo. Infatti, come noto, se la condotta assumeva rilevanza penale solo sulla base della norma precedentemente in vigore, ma non più ai sensi del nuovo codice privacy, deve ovviamente ritenersi sussistente un'ipotesi di *abolitio criminis* con la conseguenza che il fatto non è più previsto dalla legge come reato[17].

4.1. Trattamento illecito di dati personali (art. 167 Codice privacy)

Con riferimento ad alcune delle più importanti norme del diritto penale della privacy, si ricordi che l'art. 167 del Codice, punisce chiunque, al fine di trarre per sé o per altri profitto ovvero di arrecare danno, «*operando in violazione di quanto disposto dagli articoli 123[18], 126[19] e 130[20] o dal provvedimento di cui all'articolo 129[21]*» provoca nocumento all›interessato (comma 1).

Inoltre, ai sensi del secondo comma, è punito chiunque, al fine di trarre per sé o per altri profitto ovvero di arrecare danno all'interessato,

procedendo al trattamento dei dati personali di cui agli articoli 9 e 10 del Regolamento[22] in violazione delle disposizioni di cui agli articoli 2-sexies (Trattamento di categorie particolari di dati personali necessario per motivi di interesse pubblico rilevante) e 2-octies (Principi relativi al trattamento di dati relativi a condanne penali e reati) , o delle misure di garanzia di cui all'articolo 2-septies (Misure di garanzia per il trattamento di dati genetici, biometrici e relativi alla salute) ovvero operando in violazione delle misure adottate ai sensi dell'articolo 2-quinquiesdecies (Trattamento che presenta rischi elevati per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico) (comma 2) oppure, ai medesimi fini, procedendo al trasferimento dei dati personali verso un paese terzo o un'organizzazione internazionale al di fuori dei casi consentiti ai sensi degli articoli 45, 46 o 49 del Regolamento» (comma 3), arreca nocumento all'interessato.

Si tratta, come sopra anticipato, di una norma penale in bianco in quanto non contiene la descrizione esaustiva delle condotte vietate, ma per l'identificazione del precetto vietato fa rinvio ad altre norme del codice privacy che stabiliscono i criteri di liceità di un determinato trattamento di dati personali la cui violazione integra appunto la fattispecie *de quo*. In aggiunta a ciò, talvolta, la condotta a cui la norma fa riferimento è addirittura contenuta in altre disposizioni di rango secondario e di futura emanazione o in provvedimenti generali del Garante, con evidenti conseguenze di cui si è detto in termini di tassatività e determinatezza della fattispecie.

La precedente giurisprudenza che si era formata in materia aveva da sempre interpretato il nocumento in termini di condizione obiettiva di punibilità, ossia quale elemento esterno alla fattispecie che di per sé è già perfetta in termini di rispondenza all'ipotesi prevista in astratto dal legislatore, che tuttavia risultava punibile solo al ricorrere di un danno effettivo per l'interessato[23]. Ciò imponeva di interpretare la condotta in termini di pericolo concreto. Si leggeva: «*il reato di trattamento illecito di dati personali, di cui all'art. 167 d.lg. n. 196/03, è un reato di pericolo effettivo e non meramente presunto; conseguentemente, la illecita utilizzazione dei dati personali è punibile, non già in sé e per sé, ma in quanto suscettibile di produrre nocumento alla persona dell'interessato e/o del suo patrimonio. Il nocumento può essere non solo economico, ma anche più immediatamente personale, come, ad esempio, la perdita di tempo nel vagliare mail indesiderate e nelle procedure da seguire per evitare ulteriori invii*».

Nel revirement operato dalla Suprema Corte appena citato, invece, la Corte della Nomofilachia afferma che «*affinché tale condotta assuma rilievo penale, occorre che si verifichi per ciascun destinatario un effettivo "nocumento", che non può certo esaurirsi nel semplice fastidio di dover cancellare di volta in volta le mail indesiderate, ma deve tradursi in un pregiudizio concreto, anche non patrimoniale, ma comunque suscettibile di essere giuridicamente apprezzato, richiedendosi in tal senso un'adeguata verifica fattuale volta ad accertare, ad esempio, se l'utente abbia segnalato al mittente di non voler ricevere un certo tipo di messaggi e se, nonostante tale iniziativa, l'agente abbia perseverato in maniera non occasionale a inviare messaggi indesiderati, creando così un reale disagio al destinatario. "Nocumento" non può essere il solo disagio di dover cancellare pochi e occasionali messaggi non desiderati, richiedendosi, al fine di attribuire rilevanza penale al fatto, un quid pluris, consistente in un pregiudizio effettivo, che si riveli proporzionato rispetto all'invasività del comportamento di chi invia i contenuti sgraditi, restando magari indifferente a eventuali richieste di porre termine alta spedizione di una determinata tipologia di messaggi*»[24].

È proprio su questo peculiare aspetto da cui si evince il cambiamento nell'impostazione giurisprudenziale che dimostra di aver accolto un'interpretazione del nocumento quale elemento costitutivo della fattispecie tipica[25]. Nella parte motiva della sentenza, infatti, la Corte di Cassazione ha precisato infatti che «*la nozione di nocumento, in definitiva, coerentemente con l'etimologia del termine (derivante dal verbo nuocere, ovvero arrecare un danno anche morale), evoca l'esistenza di una concreta lesione della sfera personale o patrimoniale, che, nell'ottica della fattispecie per cui si procede, deve ritenersi direttamente riconducibile a un'operazione di illecito trattamento dei dati protetti*»[26]. Tale modifica interpretativa ricade sia sulla sussistenza in sé della rilevanza penale della condotta, poiché in difetto del nocumento manca il reato, sia sull'elemento soggettivo in quanto il dolo dovendo investire tutto il fatto tipico, ora deve abbracciare anche il nocumento. In altre parole, oggi, secondo questo nuovo orientamento, per rispondere di trattamento illecito di dati personali, è richiesto al titolare del trattamento di agire nella coscienza e volontà di realizzare un trattamento illecito, non solo al fine di profitto, ma anche nella consapevolezza di determinare un nocumento altrui (o quantomeno prevedendo e accettando che tale nocumento vi sia). E tale nocumento, come visto, non consiste più nel mero fastidio di dover cancellare qualche e-mail indesiderata, ma è necessario un *quid pluris* inteso come vero e proprio pregiudizio consistente nella ricezione di molte e-mail indesiderate, ricevute anche dopo una formale opposizione/revoca del consenso.

Ciò, ad avviso di chi scrive, riduce sensibilmente l'ambito di rilevanza penale della condotta, quantomeno sulla sussistenza del profilo soggettivo.
I commi 4 e 5 della norma in esame si occupano di descrivere le modalità di collaborazione tra il Garante e il Pubblico Ministero nei casi di notizia delle predette ipotesi di reato. È previsto infatti sia che il Pubblico Ministero, quando riceve una notizia di reato di cui all'articolo 167, informi senza ritardo il Garante che viceversa, nell'ipotesi in cui il Garante, nel corso delle proprie attività ispettive, rinvenga gli elementi che facciano ritenere sussistente la sussistenza di un reato. La trasmissione degli atti al Pubblico Ministero avviene al più tardi al termine dell'attività di accertamento delle violazioni delle disposizioni del Codice. Ciò in quanto entrambe le Autorità dovrebbero modulare le rispettive sanzioni conformemente a quanto previsto dal Considerando n. 149 del Regolamento e nel rispetto del principio del *ne bis in idem* ed in particolare prevedendosi una riduzione della sanzione penale in caso in cui sia già stata riscossa una sanzione amministrativa[27].

4.2. Comunicazione e diffusione illecita di dati personali oggetto di trattamento su larga scala (art. 167-bis)
Si tratta di una fattispecie di nuovo conio volte a punire la comunicazione o la diffusione illecita di un archivio automatizzato o di una parte sostanziale di esso al fine di trarne profitto o di arrecare un danno. Tale fattispecie in realtà costituisce la riproposizione della condotta che era contenuta nel precedente schema di decreto. Il secondo comma punisce la comunicazione di un archivio o di una parte sostanziale di esso di dati personali oggetto di trattamento su larga scala senza consenso quando il consenso è stabilito per l'attività di trattamento.
Tale nuova fattispecie ha lo scopo di reprimere quei comportamenti che per vastità di dimensioni non si esauriscono nella mera violazione delle norme sul trattamento ed è volta a censurare quella prassi di creazione di database privati, anche utilizzati per fini commerciali, in spregio alle norme sulla liceità dei trattamenti.
Anche questa disposizione presenta elementi di difficile compatibilità con il principio di tassatività stante la mancanza di una definizione univoca di "parte sostanziale" dell'archivio[28] sul quale deve ricadere la condotta e sul concetto di larga scala[29]. Il Gruppo di Lavoro dei Garanti Europei WP29, ora EDPB (European Data Protection Board) suggerisce di tenere in considerazione, per la determinazione della larga scala, fattori quali il numero di soggetti interessati dal trattamento, in termini assoluti o espressi in percentuale alla popolazione di riferimento, il volume dei dati o le diverse tipologie di dati oggetto del trattamento, la durata o la persistenza della attività di trattamento e la portata geografica.
A differenza del trattamento illecito di dati personali che può essere commesso solo dal titolare e dal responsabile del trattamento, in questo caso trattasi di reato comune.

4.3. Acquisizione fraudolenta di dati personali oggetto di trattamento su larga scala (art. 167-ter)
Si tratta di una nuova ed ulteriore fattispecie incriminatrice che sanziona l'acquisizione con mezzi fraudolenti di un archivio automatizzato o una parte sostanziale di esso contenente dati personali al fine di trarre profitto per sé o per altri. È una fattispecie di nuovo conio volta a punire l'acquisizione fraudolenta di dati personali.
Gli elementi essenziali di tale reato sono i medesimi di quelli dell'art. 167 bis.
Il reato in parola presenta elementi di comunanza con i reati informatici e soprattutto rispetto all'accesso abusivo al sistema informatico che, come visto sopra, tutela contro le intrusioni non autorizzate volte a ledere la riservatezza di quei dati personali che sono contenuti nei sistemi informatici protetti da password. «*Non v'è dubbio, infatti, che anche il delitto di accesso abusivo a sistema informatico, per quanto non disciplini espressamente sistemi informatici contenenti dati personali, sia posto a presidio della tutela della riservatezza individuale, coerentemente con la propria collocazione nel Codice penale tra i delitti contro la libertà individuale*»[30].
In realtà, poiché l'accesso al sistema informatico non presuppone l'acquisizione dei dati contenuti nel sistema informatico, deve ritenersi che le due fattispecie siano in concorso tra loro in quanto con l'acquisizione illecita viene punita una condotta ulteriore e consequenziale all'accesso abusivo.

4.4. Violazioni delle disposizioni in materia di controlli a distanza e indagini sulle opinioni dei lavoratori (art. 171)
Si tratta della fattispecie penale volta a reprimere le violazioni dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, ossia di quelle disposizioni che sono funzionali ad evitare le forme anche remote di controllo a distanza dei lavoratori.
Rientrano a titolo esemplificativo nell'alveo di tale fattispecie tutte quelle ipotesi relative alla violazione delle regole sull'installazione degli impianti di videosorveglianza. Sul punto, si ricordi la recente giurisprudenza della Corte di Cassazione a norma della quale «*integra il reato previsto dall'art. 4 st.*

lav. (l. 20 maggio 1970, n. 300) l'installazione di un sistema di videosorveglianza potenzialmente in grado di controllare a distanza l'attività dei lavoratori, anche quando, in mancanza di accordo con le rappresentanze sindacali aziendali e di provvedimento autorizzativo dell'autorità amministrativa, la stessa sia stata preventivamente autorizzata per iscritto da tutti i dipendenti» (cfr. Cass. Pen. Cassazione penale sez. III, 15/07/2019, n.50919). Analogamente, si tratta di tutte quelle ipotesi in cui, nonostante il potenziale controllo del lavoratore, non vengano rispettate le prescrizioni di cui all'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori (ossia richiesta di autorizzazione alla ITL o l'accordo con le rappresentanze sindacali aziendali). Si pensi, ad esempio, alle registrazioni delle chiamate di un call center o alle forme introdotte a seguito del proliferare di meccanismi di smart-remote working funzionali a garantire il corretto espletamento dell'attività lavorativa, nonostante l'impossibilità di verificarne l'effettivo svolgimento da parte del datore di lavoro.

5. I modelli di gestione ex D.lgs. 231/2001 e i modelli organizzativi privacy per una compliance integrata: l'art. 32 del Regolamento.

Nella redazione dei modelli di gestione ex d.lgs. 231/2001, come per tutti i reati presupposto, occorre introdurre specifici presidi per la prevenzione dei reati informatici. Tuttavia, nel settore di cui trattasi la redazione dei protocolli dedicati alla prevenzione dei rischi informatici è particolarmente complessa sia in ragione dell'interconnessione con i profili di riservatezza di cui si è cercato di rendere conto, nonché in forza delle necessarie competenze informatiche che posseggono gli autori di tali illeciti e che devono possedere necessariamente anche i soggetti deputati alla prevenzione della commissione degli stessi. Ciò in aggiunta all'evoluzione delle tecnologie e dei dispositivi in uso che aumenta esponenzialmente le possibilità di commissione di tali reati. Peraltro, l'elevatissimo grado di innovazione tecnologica fa sì che tali reati possano essere commessi anche attraverso dispositivi mobili di larghissimo utilizzo se non regolarmente normati e regolamentati attraverso una serie di rigide politiche aziendali redatte sulla base delle best practice enunciate dai principali standard internazionali in materia di sicurezza informatica e delle informazioni, allo scopo di limitarne l'uso non corretto ed il rischio riconducibile a fattispecie di reato. Va considerato, in tale ottica, come la strumentazione aziendale mobile risulti essere quella maggiormente vulnerabile a sottrazione da personale della Società non autorizzato che potrebbe, tramite la stessa, integrare condotte penalmente rilevanti.

Per tale motivo risulta quanto mai essenziale l'adozione di specifici presidi e protocolli di gestione dell'azienda che siano il più possibile integrati ed interconnessi tra le diverse aree di compliance.

Le policy e i protocolli aziendali, infatti, più in generale, assolvono alla necessità di formalizzare e regolamentare un particolare processo aziendale e indirizzare i comportamenti dei soggetti che a vario titolo sono coinvolti in quell'attività. «*La redazione della policy è il momento in cui si comprende la prassi in essere (c.d. "as is"), si valutano eventuali necessità di miglioramento (sia per tematiche di compliance che di efficienza, nonché di mitigazione dei rischi anche operativi) e si formalizzano le fasi dello stesso, in base a criteri di segregazione e delle funzioni*[31]».

La gestione delle compliance aziendale presuppone in tutti settori un approccio basato sulla responsabilizzazione dei soggetti (*accountability*) e, nell'analisi del processo, occorre adottare necessariamente metodo di analisi basato sul rischio (cd. *risk assessment*) coerente con i presidi aziendali predisposti. Tale mappatura dei rischi impone l'attribuzione di uno specifico punteggio a ciascuna attività o processo sensibile (con riferimento a possibili modalità di commissione dei reati presupposto), oltreché di analisi di quali processi effettivamente possono essere oggetto di rischio per la realtà aziendale e verificare se, alla luce dei presidi in essere, vi sia anche un rischio residuo, ossia la possibilità di commissione dei reati alla luce delle misure correttive e dei protocolli in essere[32]. La mappatura si conclude con l'attribuzione di un livello di rischio esistente che dovrà essere mitigato tramite uno specifico presidio di controllo.

Sono considerate aree di rischio di commissione dei reati informatici le seguenti attività quali (i) la gestione degli accessi, (ii) la gestione dei profili autorizzativi, (iii) la gestione delle attività online, (iv) la gestione della sicurezza informatica, (v) la gestione degli accessi fisici ai locali in cui sono localizzati i sistemi e le infrastrutture IT, (vi) la gestione del processo di creazione, trattamento, archiviazione e distruzione delle informazioni sensibili, (vii) la manutenzione degli applicativi, (viii) la gestione e tenuta dell'inventario, dell'infrastruttura informatica e degli strumenti informatici in uso ai dipendenti, (ix) la gestione della progettazione e della installazione dei software applicativi aziendali interni ed esterni. Ognuna di tali aree di rischio, che si riferiscono

principalmente alle aziende tecnologiche e digitali, ma possono estendersi a tutte le realtà di business che prevedano comunque processi IT e servizi online, dovrebbe essere presidiata con specifici protocolli per la mitigazione degli specifici rischi[33].
Tale approccio al rischio è quello anche disegnato dal Regolamento nell'ambito della tutela dei dati personali. Il predetto nuovo approccio presuppone una tutela non più successiva, ma una preventiva, basata sulla responsabilizzazione del titolare e del responsabile del trattamento (cfr. art. 24 del Regolamento) che si sostanzia nello svolgimento della analisi dei rischi su tutti i trattamenti effettuati, con il riscorso – ove necessario – alla valutazione di impatto sulla protezione dei dati personali (cfr. art. 35 del Regolamento) in un'ottica di *privacy by design* e *by default* che presuppone un approccio di analisi del trattamento sin dalla fase della sua progettazione al fine di ridurre al minimo l'impatto sull'interessato (cfr. art. 25 del Regolamento).
Vi sono essenzialmente tre diversi livelli di valutazione: un primo livello, incentrato su una valutazione del rischio generica e non formalizzata che trova fondamento negli artt. 24 e 35 del Regolamento, strettamente connessa con l'esigenza di effettuare trattamenti che siano il minimo lesivi ed impattanti sui soggetti interessati; un secondo livello, al quale si ricorre se il trattamento è suscettibile di provocare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche oggetto del trattamento che presuppone il riscorso ad una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati ed infine, un terzo livello, a cui si ricorre ove il risultato della valutazione restituisca un rischio elevato che non può essere mitigato dall'adozione di ulteriori misure aggiuntive e che dunque necessita il riscorso ad una valutazione preventiva da parte dell'Autorità di controllo[34].
Con riferimento, più nello specifico ai profili di interdisciplinarietà tra la tutela della riservatezza, la tutela della sicurezza informatica e la responsabilità amministrativa degli enti, si può individuare il trade d'union nell'art. 32 del Regolamento che sancisce, come noto: «*tenendo conto dello stato dell'arte e dei costi di attuazione, nonché della natura, dell'oggetto, del contesto e delle finalità del trattamento, come anche del rischio di varia probabilità e gravità per i diritti e le libertà delle persone fisiche, il titolare del trattamento e il responsabile del trattamento mettono in atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire un livello di sicurezza adeguato al rischio*». Come anticipato, con l'entrata in vigore del Regolamento, è sensibilmente cambiato il modello di approccio alla verifica sul rispetto delle misure di sicurezza introdotte dalla Società, trasformando da una modalità di tutela di tipo formale, ad un approccio sostanziale, anche esso basato sul rischio[35].
Il diritto alla riservatezza e alla tutela della privacy prende in questo ambito un'accezione di riservatezza informatica, termine con il quale si intendono «*quelle nuove aree virtuali ove i soggetti titolari memorizzano ed elaborano con una certa facilità e velocità un'ampia quantità di informazioni e di dati, con conseguente libera valorizzazione della personalità individuale e svolgimento di qualsiasi attività di natura economica, libero-professionale, sociale, culturale [...] L'ambito di tutela di tale bene giuridico è rappresentato dall'esigenza di salvaguardare il pieno diritto di godimento di tali confini virtuali da parte del legittimo titolare, e ciò si proietta non solo sul contestuale sviluppo della personalità umana, ma prefigura anche la possibilità di escludere soggetti terzi dall'illimitata possibilità di intrusione nel sistema informatico altrui*»[36]. Corollario di tale concetto è la sicurezza informatica che consente tra gli altri di salvaguardare la sicurezza e l'intangibilità di dati informatici.
Le misure di sicurezza possono essere sia di natura tecnica che di natura organizzativa (esempio delle prime sono le tradizionali password o altre credenziali logiche di accesso ad un sistema, mentre le seconde possono consistere in un presidio fisico anche solo del luogo ove l'elaboratore è collocato come, ad esempio, l'accesso regolamentato dal badge di servizio o anche semplicemente da una chiave nella sala server o nella stanza ove è custodito il sistema che si intende proteggere, programmi di formazione periodica del personale, predisposizione di procedure formalizzate)[37].
Il punto di contatto tra le due discipline si rinviene anche nell'ipotesi patologica in cui si abbia un incidente di sicurezza in quanto a seguito dello stesso è possibile il verificarsi anche di una violazione dei dati personali; in altre parole, quando la Società subisce un attacco informatico, deve verificare che non vi sia stata anche una perdita di riservatezza, integrità e disponibilità e attivare tutte le azioni di mitigazione dell'incidente anche lato privacy che consistono, tra gli altri, nella valutazione della necessità di notifica al Garante e comunicazione agli interessati ai sensi degli artt. 33 e 34 del Regolamento.
È per questa ragione che le misure di sicurezza adottate sono elemento essenziale per la prevenzione dei reati informatici. In altre parole, nelle realtà aziendali sempre più digitali e complesse, come quelle attuali, il protocollo dedicato alla prevenzione dei reati informatici è quello che maggiormente richiede di essere implementato

e arricchito da una serie di procedure preventive volte alla mitigazione concreta di esposizione ai rischi informatici. In particolare, non sono più sufficienti semplici prescrizioni, ma è sempre più necessario analizzare i rischi informatici e i rischi privacy e assicurare misure di sicurezza adeguate anche di elevata complessità. Solo in tal modo, la società, da un lato riuscirà ad evitare di incorrere in responsabilità penali ai sensi del D.lgs. 231/2001, e dall'altro lato riuscirà ad essere altresì compliant lato privacy ed evitare di incorrere nelle sanzioni amministrative e penali previste dal Codice e dal Regolamento.

È dunque quest'ottica basata sul rischio che abbraccia tutte le aree di compliance aziendali sulla quale lavorare per creare, per quanto possibile, modelli organizzativi e di gestione integrati tra loro e che "si parlino" affinché la gestione del rischio da compliance, nelle realtà aziendali più complesse, venga gestito in modo sostanziale e non solo formale. In altre parole, per andare esenti da responsabilità, secondo l'orientamento costante della giurisprudenza, è essenziale che i presidi e i protocolli siano realmente calati sulla realtà aziendale e non si rivelino un semplice insieme di carteggi privi di un'effettività di utilizzo da parte dell'azienda. Un efficace modello organizzativo ex D.lgs. 231/2001 deve necessariamente tenere in considerazione e richiamare quelle policies e procedure, o linee guida che sono adottate dalla Società in altri settori che sono ormai intrinsecamente interconnessi tra loro. In particolare, si pensi a quelle procedure del modello organizzativo privacy dedicate alla regolamentazione dell'uso degli strumenti IT o volte a regolamentare i rapporti con l'Autorità di controllo. Ciò si rivela ancor più evidente qualora la Società abbia deciso di ottenere delle certificazioni quali la ISO/IEC 27001:2013[38] i cui presidi costituiscono altresì sistemi fondamentali per la prevenzione dei reati informatici. Infatti, in particolare:

- una efficace politica di gestione delle risorse umane (così come previsto al punto A.7 dell'Annex A. della ISO 27001) prevede che l'organizzazione attui delle regole di condotta specifiche in sede di selezione dei candidati e di amministrazione del personale contrattualizzato, nonché di corretta gestione del rapporto di lavoro, nonché di assolvimento di specifici percorsi formativi (anche dal punto di vista etico), fondamentale presidio anche per la prevenzione dai reati di corruzione, così come previsto dallo standard ISO 37001 in materia di sistemi di gestione per la prevenzione della corruzione. Una politica di gestione del personale efficace, consente di svolgere, compatibilmente con le prescrizioni dello Statuto dei lavoratori, monitoraggi sul dipendente, filtrando così comportamenti nocivi che potrebbero comportare vantaggi illeciti al dipendente stesso o ad una funzione aziendale ad esso collegata;
- le politiche e le procedure di gestione degli asset aziendali (così come previsto al punto A.8 dell'Annex A. della ISO 27001) impongono un uso corretto della strumentazione e della documentazione fornita ai dipendenti e conservata in azienda (sia software che hardware);
- le politiche e le procedure di controllo degli accessi logici (così come previsto al punto A.9 dell'Annex A. della ISO 27001) impongono l'adozione di layer di autorizzazione utili al fine della prevenzione da accessi non autorizzati ai sistemi aziendali conformemente ai principi di *least privilege* e *need to know*;
- le politiche di gestione della sicurezza fisica (così come previsto al punto A.11 dell'Annex A. della ISO 27001) consentono l'adozione di misure di sicurezza volte a prevenire accessi fisici non autorizzati ad ambienti ritenuti critici, come ad esempio le sale server;
- le politiche di gestione sicura delle comunicazioni (così come previsto al punto A.13 dell'Annex A. della ISO 27001) impongono l'adozione di misure infrastrutturali idonee a prevenire accessi alla rete aziendale non autorizzati, prevedendo ad esempio, l'implementazione di firewall perimetrali;
- le politiche e le procedure di sviluppo sicuro (così come previsto al punto A.14 dell'Annex A. della ISO 27001) impongono di adottare linee di condotta al fine di sviluppare stringhe di codice in maniera conforme alle best practice riconducibili ai principali standard in materia;
- le politiche e le procedure di gestione delle terze parti (così come previsto al punto A.15 dell'Annex A. della ISO 27001) impongono lo svolgimento di analisi dei rischi e audit di seconda parte sul fornitore in maniera tale da verificare l'assetto tecnico e organizzativo della propria infrastruttura, la quale dovrà presentare misure di sicurezza idonee al fine di impedire ai soggetti coinvolti nella linea di fornitura, sia interni che esterni all'organizzazione, condotte illecite o a scopo fraudolento.

È di tutta evidenza come l'adozione delle procedure funzionali all'attuazione dei controlli e dei principi dello Standard internazionale sopra citato, consentono l'adozione di misure di sicurezza a tutela e protezione dei dati personali e delle

informazioni trattate dall'ente e parallelamente l'introduzione di processi aziendali idonei alla predisposizione di quel sistema di controlli volto alla prevenzione dei reati informatici.

5.1. I presidi IT quale strumento di prevenzione della commissione di reati informatici

Nella redazione dunque di Modelli Organizzativi 231, occorrerà dunque verificare il grado di sviluppo tecnologico dell'ente che, in un'ottica *risk oriented*, consentirà di individuare misure e presidi stringenti e calati sulla struttura della realtà aziendale. Infatti, se è vero come è vero che una piccola impresa edile è sicuramente maggiormente esposta a differenti aree di rischio in quanto, verosimilmente, gli addetti non usano particolari dispositivi tecnologici (e verosimilmente saranno esclusivamente dotati di una casella di posta aziendale o poco altro), per quanto concerne tutte le altre aziende, minimamente strutturate, la verifica puntuale di possibile esposizione al rischio informatico richiede grande attenzione e investimento nell'adozione di presidi adeguati. Lo spettro delle attività sensibili, tra l'altro, è potenzialmente in continua crescita: infatti il Modello Organizzativo 231 e i principi al medesimo sottesi devono ritenersi applicabili a qualunque tecnologia e sistema di trattamento di informazioni e dati di carattere informatico e su qualunque tipo di supporto. Ciò anche in relazione a future tecnologie. L'obiettivo principale per l'ente, quindi, nel perseguimento della finalità di sicurezza informatica è di garantire i seguenti principi:

- la suddivisione dei profili autorizzativi: tale suddivisione preserva il rispetto dei principi di *least privilege*, tracciabilità delle attività di trattamento svolte, preservando dunque il carattere confidenziale e riservato delle informazioni e inibisce la creazione di determinati documenti informatici o di elaborazione di processi autorizzativi di alto livello a chi non ne abbia specifico incarico;
- la riservatezza: tale obiettivo riguarda la garanzia che un determinato dato sia preservato da accessi impropri e sia utilizzato esclusivamente dai soggetti autorizzati. Le informazioni riservate devono essere protette sia nella fase di trasmissione sia nella fase di memorizzazione/conservazione, in modo tale che l'informazione sia accessibile esclusivamente a coloro i quali sono autorizzati a conoscerla nel rispetto di quanto previsto al punto che precede;
- l'integrità: tale aspetto fa sì che ogni dato aziendale sia realmente quello originariamente immesso nel sistema informatico e sia stato modificato esclusivamente in modo legittimo da chi ne ha autorità;
- la garanzia generale, quindi, riguarda la tracciabilità delle informazioni e la sicurezza che queste vengano trattate in modo tale che non possano essere manomesse o modificate da soggetti non autorizzati;
- la disponibilità: la corretta conservazione fa sì che i dati aziendali siano correttamente disponibili e reperibili in funzione delle esigenze di continuità dei processi e nel rispetto delle norme che ne impongono la conservazione storica.

Gli obiettivi sopra indicati sono perseguiti tramite protocolli comportamentali che prevedono obblighi e/o divieti specifici per ogni tipologia di reato, riprendono, talvolta specificandole o integrandole, le norme contenute nel Codice Etico e nella Parte Generale del Modello e sono volti ad uniformare il comportamento dei soggetti che operano nel contesto delle attività sensibili. L'adozione di elevati standard di sicurezza come quelli previsti dalle certificazioni internazionali quali la ISO/IEC 27001:2013, costituisce un presidio a mitigazione dei reati informatici[39].

«*Va detto che nessun sistema è del tutto sicuro: esiste un livello accettabile di sicurezza che è definito dal bilanciamento di varie componenti, come il valore di quanto si intende difendere, l'investimento economico che si è disposti a sostenere, il livello di rischio che si è disposti a tollerare. È quindi necessario addivenire ad un ragionevole compromesso tra tutte le esigenze in gioco*»[40].

Un ulteriore elemento di mitigazione circa la prevenzione dei reati informatici concerne il rispetto del Provvedimento del Garante Privacy[41] sulla nomina e sui requisiti che devono possedere gli Amministratori di Sistema (di seguito "AdS")[42]. Tale Provvedimento impone la designazione delle figure che rivestono il ruolo di amministratori di sistema, unitamente al rispetto delle seguenti ulteriori prescrizioni: (i) valutazione delle caratteristiche soggettive degli AdS: l'attribuzione delle funzioni deve essere preceduta da una valutazione del futuro AdS per verificare se abbia i requisiti di idoneità alla funzione che andrà a svolgere a cui deve essere fatta sottoscrivere una nomina, ossia una designazione ad AdS che contiene gli ambiti di operatività e consente di istruire l'AdS per i propri ambiti delineati; (ii) redazione dell'Elenco degli AdS: in tale elenco occorre riportare i nominativi degli AdS con l'elenco delle funzioni assegnate e renderlo disponibile a tutte le persone autorizzate che operano nell'ente. Tale documento, poi, dovrà essere aggiornato nel tempo; (iii) verifica

delle attività: l'operato degli AdS deve essere oggetto di verifica almeno annuale; (iv) registrazione degli accessi: le attività di log-in, log-out e i relativi tentativi devono essere registrati e conservati per almeno 6 mesi. Le registrazioni devono avere caratteristiche di completezza, inalterabilità e possibilità di verifica della loro integrità.

6. Nuove forme di esposizione a rischio di commissione dei reati informatici per le Società: case studies

Nei paragrafi che seguono verranno esaminate alcune aree di esposizione a rischio ai sensi del D.lgs. 231/2001 per l'ente.

6.1. La casella di posta elettronica del dipendente.

Un aspetto particolarmente delicato concerne l'uso della casella di posta elettronica del dipendente da parte del datore di lavoro. Infatti, se è vero come è vero che la posta aziendale dovrebbe essere uno strumento di lavoro, tuttavia, sia la giurisprudenza che le pronunce dell'Autorità di controllo, assumono in questo ambito un approccio sempre favorevole al lavoratore, ritenendo comunque la casella di posta, seppur con dominio aziendale, appannaggio del domicilio informatico di disponibilità del lavoratore e in quanto tale meritevole di protezione.

Sul punto, la Cassazione ha espresso un orientamento pressoché costante[43] nel ritenere integrato il reato da parte del datore di lavoro nel caso di accesso alla casella aziendale del dipendente. Invero, «*integra il reato di cui all'art. 615-ter c.p. la condotta di colui che accede abusivamente all'altrui casella di posta elettronica trattandosi di uno spazio di memoria, protetto da una password personalizzata, di un sistema informatico destinato alla memorizzazione di messaggi, o di informazioni di altra natura, nell'esclusiva disponibilità del suo titolare, identificato da un account registrato presso il provider del servizio. (In motivazione la Corte di cassazione ha precisato che anche nell'ambito del sistema informatico pubblico, la casella di posta elettronica del dipendente, purché protetta da una password personalizzata, rappresenta il suo domicilio informatico sicché è illecito l'accesso alla stessa da parte di chiunque, ivi compreso il superiore gerarchico)*» (cfr. Cass. pen. Cassazione penale sez. V, 28/10/2015, n.13057)[44].

Secondo la Suprema Corte, in particolare, la «*casella di posta elettronica rappresenta, inequivocabilmente, un "sistema informatico" rilevante ai sensi dell'art. 615/ter cod. pen.. Nell'introdurre tale nozione nell'ordinamento il legislatore ha fatto evidentemente riferimento a concetti già diffusi ed elaborati nel mondo dell'economia, della tecnica e della comunicazione, essendo stato mosso dalla necessità di tutelare nuove forme di aggressione alla sfera personale, rese possibili dallo sviluppo della scienza*» in quanto la «*"casella di posta" non è altro che uno spazio di memoria di un sistema informatico destinato alla memorizzazione di messaggi, o informazioni di altra natura (immagini, video, ecc.), di un soggetto identificato da un account registrato presso un provider del servizio. E l'accesso a questo "spazio di memoria" concreta, chiaramente, un accesso al sistema informatico, giacchè la casella non è altro che una porzione della complessa apparecchiatura - fisica e astratta destinata alla memorizzazione delle informazioni».*

Quanto poi alla qualificazione dello spazio della casella di posta aziendale come afferente al domicilio proprio del dipendente e dunque in quanto tale meritevole di tutela, la Suprema Corte è chiara nell'affermare che laddove al dipendente siano assegnate delle caselle di posta con il proprio nominativo e che siano protette da password, questo è indicativo del fatto che debbano ritenersi espressione del domicilio informatico del dipendente e che dunque questi sia titolare dello *ius escludendi alios*, tanto che, in caso di accesso non autorizzato da parte del superiore gerarchico, questi integra il reato di cui all'art. 615 ter c.p.

È di tutta evidenza che nell'ipotesi di cui si discorre la persona fisica sarà chiamata a rispondere ai sensi dell'art. 615 ter c.p. e l'ente, invece, ai sensi dell'art. 24 bis, comma 1, D.lgs. 231/2001.

A ben vedere, anche il Garante della Privacy, si pone in linea con le pronunce sopra citate in quanto risulta costante il suo orientamento, da ultimo espresso nel dicembre 2019, che conferma come sia illecito mantenere attive le caselle di posta, anche dopo l'uscita di un lavoratore confermando come la casella di posta debba ritenersi espressione del domicilio del dipendente e dunque protetta da riservatezza anche dopo la cessazione del rapporto di lavoro.

Di seguito riportiamo i punti più salienti del provvedimento da ultimo citato[45]: «*il Garante ha ritenuto che "il contenuto dei messaggi di posta elettronica – come pure i dati esteriori delle comunicazioni e i file allegati - riguardano forme di corrispondenza assistite da garanzie di segretezza tutelate anche costituzionalmente, la cui ratio risiede nel proteggere il nucleo essenziale della dignità umana e il pieno sviluppo della personalità nelle formazioni sociali" (punto 5.2 lett. b) e che ciò, trasposto in ambito lavorativo, comporta la possibilità che il lavoratore o soggetti terzi coinvolti (i*

cui diritti devono essere parimenti tutelati), possano vantare una legittima aspettativa di riservatezza su talune forme di comunicazione; rilevato che tali esigenze di tutela devono essere tenute in considerazione anche nell´ipotesi in cui venga a cessare il rapporto di lavoro tra le parti»; «*RITENUTO, in particolare, che il datore di lavoro, in conformità ai principi in materia di protezione dei dati personali, dopo la cessazione del rapporto di lavoro debba rimuovere gli account di posta elettronica aziendali riconducibili a persone identificate o identificabili (in un tempo ragionevole commisurato ai tempi tecnici di predisposizione delle misure), previa disattivazione degli stessi e contestuale adozione di sistemi automatici volti ad informarne i terzi ed a fornire a questi ultimi indirizzi alternativi riferiti all'attività professionale del titolare del trattamento, provvedendo altresì ad adottare misure idonee ad impedire la visualizzazione dei messaggi in arrivo durante il periodo in cui tale sistema automatico è in funzione; l'adozione di tali misure tecnologiche ed organizzative consente di contemperare l'interesse del titolare ad accedere alle informazioni necessarie all'efficiente gestione della propria attività e a garantirne la continuità con la legittima aspettativa di riservatezza sulla corrispondenza da parte di dipendenti/collaboratori nonché dei terzi …*» «*… non risulta conforme ai suesposti principi la prassi già adottata dalla società, consistente nel reindirizzare automaticamente - per un periodo di tempo anche assai ampio - i messaggi pervenuti sull'account dell'ex dipendente su un diverso account aziendale …*».

Le pronunce sopra citate, sono volte ancora una volta ad evidenziare quanto sia necessario il ricorso a policy integrate che siano quanto il più possibili multidisciplinari funzionali ad adempiere sia ai precetti lato privacy che a prevenire la commissione dei reati di cui al D.lgs. 231/2001.

6.2. Lo smart working

La recente pandemia mondiale ha accelerato un processo che era in corso da anni, inducendo le aziende a dotarsi di modalità di *smart-remote working*. La situazione di emergenza in corso, tuttavia, ha imposto l'adozione di questi strumenti senza che nel contempo venissero fatte idonee verifiche tecniche al fine di rendere sicure, sotto il profilo della sicurezza informatica, le modalità di lavoro agile. Infatti, l'impiego forzato ed estemporaneo di strumenti e modalità operative prima poco utilizzate ha creato nuove opportunità per i cybercriminali che, grazie alle vulnerabilità insite nei nuovi strumenti, hanno moltiplicato i propri attacchi nel corso dell'ultimo anno. Gli studi effettuati sul tema, invero, hanno dimostrato che sono stati sferrati 119 attacchi gravi, nel periodo febbraio-giugno 2020 in tutto il mondo. Si tratta del 14% dei cyber attacchi noti. In particolare, oltre la metà degli attacchi a tema Covid-19 (61%) sono stati condotti tramite campagne di phishing e di social engineering, anche in associazione a malware (21%): si tratta di attacchi strutturati per danneggiare il maggior numero possibile di persone e organizzazioni. Tra gli altri spiccano alcuni casi gravi di Bec scam (Business email compromise), portati a segno da cybercriminali nelle prime fasi concitate di approvvigionamento dei presidi di sicurezza (per esempio, le mascherine) che hanno generato danni considerevoli per le loro vittime[46]. Inoltre, il medesimo rapporto Clusit ha evidenziato anche un aumento esponenziale degli attacchi DDoS[47].

Tale ultima forma di attacco, a ben vedere, è molto più frequente di quanto non si pensi in quanto vi sono società informatiche che offrono – anche gratuitamente, seppur in forma limitata – tali forme di penetration test e vulnerability assessment in assenza di verifiche adeguate circa il richiedente l'attacco. In altre parole, qualora una società volesse sferrare un attacco di questo tipo ad un concorrente, sarebbe sufficiente acquistare questo servizio per rendere temporaneamente irraggiungibile, magari in orario di punta, l'e-commerce dell'azienda concorrente oggetto di attacco.

Se l'assenza di misure di sicurezza adeguate atte a prevenire questo tipo di attacchi può già costituire ipso iure un rischio privacy, analogamente non può dirsi lato 231, in cui il rischio da prevenire è quello della commissione di illeciti commessi dall'interno a vantaggio dell'ente. Non si potrà evidentemente incorrere in alcuna responsabilità penale, nel caso in cui, invece, tale attacco venga subito dall'esterno.

È evidente che i maggiori rischi per l'ente sono connessi alla commissione dei reati di accesso abusivo ai sistemi informatici e telematici posti in essere al fine di «*acquisire dati utili alla commissione di ulteriori reati quali il furto di identità, il furto di proprietà intellettuale, lo spionaggio industriale e le estorsioni rivolte alle imprese. Tali reati sono facilitati dall'alta concentrazione di personale tecnico operante con "account ad elevati privilegi" e dall'elevata quantità di dati presenti sulle infrastrutture informatiche, dalla loro diversa natura e grado di sensibilità*»[48]. È proprio a tali reati, come abbiamo visto sopra, che i modelli devono individuare adeguati presidi di controllo e tutela affinché non venga effettuato un uso distorto di tali sistemi. Tra i protocolli da adottare, ad esempio, è opportuno individuarne anche uno

teso a disciplinare correttamente lo svolgimento dell'attività lavorativa in *smartworking,* soprattutto se la stessa venga svolta mediante strumenti personali e non aziendali.

6.3. *Ransomware*

I *ransomware* (dall'inglese *ransom-*, riscatto, e *-ware*, sofware) sono un tipo di *malware (malicious software),* che si infiltrano in un singolo computer o in una rete, ma anche in smartphone e persino dispositivi elettronici come Smart TV, per rubare informazioni, aprire le porte a controlli remoti o, tramite efficaci tecniche di cifratura dei file, per rendere inutilizzabili documenti, archivi, immagini e qualunque altro contenuto memorizzato sul disco fisso. In particolare, l'attaccante, dopo aver criptato i file memorizzati sul disco rendendoli irrecuperabili, invia sulla schermata della vittima una richiesta di riscatto che dovrà essere corrisposta in bitcoin per ottenere il recupero dei propri file. L'effetto del malware in esame può essere anche la compromissione del sistema. L'infezione, più nel dettaglio, avviene in due fasi, prima tramite l'esecuzione di un file contenente, in modo diretto o indiretto, il codice virale: attraverso l'apertura di allegati mascherati da finte fatture, note di credito, bollette di operatori telefonici o elettrici, presenti nelle e-mail e addirittura nella PEC, oppure tramite il download automatico o manuale di file dalla rete e l'istallazione di programmi compromessi, poi con la richiesta di riscatto (*ransom*) perché il virus sia rimosso e sia inviata la chiave di cifratura. Questi malware sono in grado di ricercare i collegamenti in rete e dunque di aggredire non solo il sistema attaccato ma anche il server centrale e i sistemi collegati.

Per giurisprudenza consolidata, i ransomware integrano la fattispecie di cui all'art. 635-*bis* c.p. sopra citato. Infatti, secondo tale orientamento (cfr. *ex multis* Cass. Pen. n. 8555/2012) l'azione malevola condotta tramite i ransomware è da ricondurre alla "soppressione" prevista dalla norma che ricomprende sia i fatti che provocano una eliminazione definitiva dei dati che presuppongono un'impossibilità del loro recupero, sia la temporanea impossibilità degli stessi[49].

In presenza di una condotta estorsiva il soggetto passivo si configura quale vittima. Ne deriva che, anche in caso di pagamento del riscatto, l'utente non commette un illecito, né un reato.

Più delicata è, invece, la posizione di un ente pubblico che effettua il pagamento servendosi della sua disponibilità finanziaria: la Corte dei Conti procederà a un controllo amministrativo e contabile, esponendo eventualmente il funzionario a responsabilità personale per danno all'erario (cfr. Corte dei Conti SU n. 4511 del 2006), salvo la prova che la condotta abbia evitato all'Amministrazione danni maggiori.

Particolare è anche il caso del pagamento del riscatto con risorse aziendali: in base al D. Lgs 231/2001 si potrebbe configurare l'imputabilità della società stessa per responsabilità per illecito da reato presupposto, per reati societari (false comunicazioni sociali, impedito controllo, ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità di vigilanza) nel caso di una costituzione di una provvista per il pagamento, per autoriciclaggio se il pagamento provenisse da un ulteriore illecito (reato di evasione fiscale), ora per reati tributari, oltre che costituire una espressa violazione dei principi contenuti nel Codice etico. Per le Società quotate, poi, si potrebbero configurare le corrispondenti fattispecie penali.

A ciò si aggiunga, poi, che nelle trattative con l'attaccante, in questi casi, spesso si inseriscono anche terze aziende che fungono da mediatori[50] e il pagamento del relativo compenso dovrà anche esso essere giustificato, pena la violazione delle regole di condotta sopra richiamate.

6.4. Profili di diritto definitorio: il concetto di abusività che pervade le norme incriminatrici informatiche

Si è già approfondito in apertura delle fattispecie di cui agli artt. 615 ter e 615-quater c.p. In questa sede si vuole approfondire il concetto di abusività che permea tali fattispecie incriminatrici.

Infatti, il limine tra la liceità ed illiceità della condotta si sostanzia nel concetto di «abusività» che deve permeare la condotta. Invero, secondo una parte della dottrina con tale avverbio il legislatore avrebbe voluto richiamare il giudice al suo dovere di esaminare con particolare attenzione l'assenza di cause di giustificazione. Nell'ambito informatico, come già anticipato sopra, sono frequenti penetration test e vulnerability assessment al fine di verificare la sicurezza e la "tenuta" di un determinato programma o sistema informatico. La legittimità di tali condotte si interseca con il concetto di abusività che dunque abbraccia il dolo piuttosto che l'antigiuridicità. Invero, deve ritenersi che la condotta dell'amministratore di sistema che effettua tali attività con scopo di profitto dovrebbe ritenersi penalmente rilevante in quanto abusiva. Diversamente, dovrà ritenersi legittima la condotta del medesimo che sia funzionale a verificare il livello di sicurezza informatica dei sistemi interni al fine di migliorare le misure di sicurezza adottate[51].

È evidente dunque, come anche in queste ipotesi, debba assumersi estrema cautela nell'impiego di software e tecnologie atte condurre questo tipo di azioni.

7. Prospettive *de iure condendo*

Ad avviso di chi scrive, stante l'essenziale ed inscindibile collegamento che ormai esiste tra i reati informatici e la tutela della riservatezza, in uno con l'impatto che l'entrata in vigore del Regolamento ha avuto su tutte le Società, è maturo anche il tempo per una nuova riflessione in termini di inclusione tra i reati presupposto ex D.lgs. 231/2001 dei reati privacy previsti dal Codice.

Tale novazione normativa, tuttavia, dovrebbe essere effettuata tramite un intervento legislativo mirato e a tutto tondo che sia funzionale ad intervenire correttamente su tutte le disposizioni rilevanti; ciò al fine di evitare la creazione di un doppio binario sanzionatorio (amministrativo e penale) lesivo del principio del cd *ne bis in idem sostanziale*[52]. Invero, tra le maggiori cause di sanzioni amministrative comminate in questi primi due anni da parte delle Autorità garanti europee si rinvengono nel 12% dei casi ipotesi di violazioni di misure di sicurezze (indagini scaturite a partire da una notifica di un data breach all'Autorità); nel 23% dei casi per violazione della base legale. Tali violazioni corrispondono le prime alle fattispecie di cybercrimes previste dal codice penale e le seconde ad ipotesi di trattamento illecito di dati personali.

È evidente dunque, che laddove a seguito di tali violazioni l'Autorità Garante commini una sanzione amministrativa di cui agli artt. 83 e ss. del Regolamento, introdurre anche una sanzione penale per le medesime violazioni ai sensi del D.lgs 231/2001 potrebbe determinare, come detto, problemi circa il rispetto del principio del *ne bis in idem* sostanziale.

Nei sistemi sanzionatori basati sul c.d. "doppio binario", il fenomeno del concorso apparente[53] della norma amministrativa con quella penale è solitamente risolto attraverso l'applicazione del principio di specialità di cui all'art. 15 del codice penale a norma del quale *lex specialis derogat generali*. Analogamente, l'art. 9 della l. 24 novembre 1981, n. 689, di disciplina i rapporti tra la norma penale e quella amministrativa, sancisce che ove vi sia un concorso apparente di norme debba trovare applicazione quella speciale; tale principio è espresso anche in ambito tributario dall'art. 19, d.lgs. 10 marzo 2000 n. 74[54].

Per comprendere quale sia la norma speciale, la giurisprudenza ha individuato alcuni criteri quali, il principale, è quello che fa leva sulla nozione di «medesimo fatto». Sul punto si ricordi anche la pronuncia del 10 febbraio 2015, «Kiiveri c. Finlandia», con la quale la Corte EDU ha approfondito il tema[55]. All'esito di detto giudizio, è stato espresso il principio di diritto secondo cui per accertare se due pronunce abbiano ad oggetto la stessa presunta violazione («medesimo fatto»), è necessario verificare non tanto la condotta così come descritta dalle norme, amministrativa e penale, bensì l'identità materiale e concreta dei fatti[56].

Con riferimento alla responsabilità amministrativa degli enti, tali problemi potrebbero porsi nell'ipotesi in cui le fattispecie privacy diventassero anche reato presupposto ai sensi del D.lgs. 231/2001. Sul punto, per risolvere il conflitto in applicazione dei criteri ermeneutici elaborati a livello europeo, dovrebbe dunque verificarsi se, il fatto oggetto della sanzione amministrativa comminata dal Garante, sia il medesimo che possa dare origine alla sanzione penale.

A ben vedere, ad avviso di chi scrive, ferma la necessità di un intervento legislativo di ampio respiro che non sia unicamente volto a editare l'elenco dei reati presupposto, con la solita tecnica legislativa del "taglia e cuci", ma che sia invece funzionale a introdurre una vera e propria disciplina organica della materia *de quo*, potrebbe effettivamente ammettersi una sanzione penale accanto a quella amministrativa. Infatti, nonostante la possibile duplicazione delle sanzioni, non si addiverrebbe ad una lesione del principio del *ne bis in indem* nella misura in cui il fatto non possa dirsi il medesimo ove le condotte che danno origine alle sanzioni sono in concreto sostanzialmente diverse, poiché, per aversi la responsabilità penale a monte, vi sono trattamenti illeciti che tuttavia possono abbracciare plurime violazioni amministrative che hanno una rilevanza e una valutazione differente sotto il profilo delle prescrizioni del Regolamento. Ciò in quanto la violazione del Regolamento può derivare da una pluralità di violazioni o principi che non necessariamente coincidono con i confini della norma penale, ma possono essere più ampi ed eterogenei. Si pensi, ad esempio, ad una violazione di riservatezza. In queste ipotesi, l'Autorità Garante potrebbe riscontrare sia una violazione delle norme che impongono la corretta trattazione e gestione del data breach (artt. 33 e 34 del Regolamento che disciplinano le ipotesi di notifica del Data Breach all'Autorità e comunicazione agli interessati), così come violazione delle prescrizioni di cui all'art. 32 del Regolamento (in quanto, ad esempio, si verifica che il data breach è stato causato dall'inadeguatezza di misure di sicurezza adottate dalla Società) e per questo comminare una sanzione amministrativa[57]. La corrispondente sanzione ai sensi dell'art. 24 bis del D.lgs. 231/2001 per il crimine informatico o per un eventuale reato privacy potrebbe dirsi appunto violativa del principio del *ne bis in idem* solo

nella misura in cui, secondo i criteri ermeneutici elaborati dalla Corte di giustizia, il fatto che dà origine alle due sanzioni sia il medesimo in concreto, ossia che il fatto materiale per come verificatosi nella realtà fattuale sia lo stesso. Ciò, dunque, ad esempio, non dirsi nel caso in cui un dipendente dell'ente, utilizzando le credenziali a lui in uso nel precedente impiego e per errore non disattivate, acceda e acquisisca indebitamente l'intero database clienti di un sito e-commerce concorrente per fare marketing in assenza di consenso. Nell'esempio citato, lato amministrativo, davanti al Garante sarebbe probabilmente chiamata a rispondere l'azienda parte offesa della condotta di acquisizione illecita di un database e di trattamento illecito di dati personali per violazione delle disposizioni di cui all'art. 32 del Regolamento. Tali ultimi reati sarebbero invece commessi dall'ente ex d.lgs. 231/2001 a favore del quale questi sono stati commessi.

Infine, occorre altresì rilevare che in una eventuale riforma della responsabilità amministrativa degli enti, i soggetti chiamati a rispondere delle violazioni penali privacy ai sensi degli artt. 167 e ss. del Codice Privacy, sono i titolari o i responsabili che, in caso di organizzazioni (*rectius* enti), sarebbero i medesimi soggetti chiamati a rispondere della violazione ai sensi del D.lgs. 231/2001, rischiando sì, in questo caso di incorrere in una violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale. Per superare *l'empasse* dovrebbe ritenersi dunque che – in ipotesi di riforma – la responsabilità penale da Codice Privacy sarebbe limitata ai titolari persone fisiche o a quelle società cui non si applichi la responsabilità ex D.lgs. 231/2001, mentre per gli altri prevedersi esclusivamente la responsabilità ai sensi del D.lgs. 231/2001.

8. Conclusioni

In queste brevi note, emerge un quadro variegato dal quale si desume come comune denominatore l'esigenza sempre più stringente, anche in un'ottica di riforma, di unificare le discipline privacy e 231 al fine di raggiungere livelli di compliance sempre più elevati e coordinati tra loro e ridurre così i cd rischi di compliance.

A ben vedere, infatti, ad esempio, dagli studi condotti dagli analisti economici e finanziari per comprendere le cause della crisi del 2008, è emerso che una delle concause sia certamente da individuare nella mancanza di una adeguata cultura di gestione del rischio. «*Molto spesso, le dinamiche aziendali, che si sono stratificate nel corso dei decenni (dettate da tradizionali sistemi di incentivazione, controllo e valutazione), spingono gli attori organizzativi verso comportamenti non corretti che, a loro volta, portano a scelte errate e potenzialmente dannose. Tali comportamenti possono rappresentare una vera propria minaccia quando rappresentano la prassi e la norma in azienda. Ecco perché è necessario impostare una cultura del rischio che spinga le persone a comportamenti corretti*»[58]. La cultura del rischio è l'insieme delle norme e comportamenti che gli individui e i gruppi dell'organizzazione seguono al fine di accettare i livelli di rischio, dopo adeguate valutazioni volte ad indentificarli, comprenderli e adottare le opportune misure di mitigazione. Per raggiungere questo obiettivo si possono sviluppare diverse direttrici ed in particolare sviluppare piani di formazione, creare modelli di esempio, sensibilizzare le diverse competenze, creare meccanismi di rinforzo, ossia meccanismi premiali nella valutazione delle performance dei singoli dipendenti.

Le linee guida di Confidustria[59] identificano i processi operativi per la gestione dei rischi 231. In particolare, occorre procedere secondo una triplice direzione ossia mediante (i) l'inventariazione degli ambiti aziendali di attività il cui output finale del processo sarà la mappa delle aree aziendali a rischio e dei reati rilevanti, (ii) l'analisi dei rischi potenziali che restituirà la mappa documentata delle potenziali modalità attuative degli illeciti nelle diverse aree a rischio, (iii) la creazione di meccanismo di adeguamento del sistema dei controlli preventivi attraverso la descrizione documentata del sistema dei controlli preventivi attivato e degli adeguamenti si rendano necessari. In particolare, rispetto a quest'ultimo profilo, questo dovrà essere progettato in modo da far sì che i rischi individuati siano ridotti ad un livello accettabile e ciò dovrà avvenire mediante specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione dell'ente in relazione ai reati da prevenire. Sotto il profilo dei controlli Confindustria chiarisce che dovrebbero essere previsti questi controlli a carattere generale:

- previsione nel codice etico di specifiche indicazioni volte a impedire la commissione dei reati informatici;
- previsione di un idoneo sistema di sanzioni disciplinari;
- predisposizione di strumenti tecnologici funzionali a impedire la commissione di reati informatici da parte dei dipendenti;
- pianificazione di programmi di formazione;
- previsione di idonee clausole contrattuali con i provider dei servizi legati all'information technology;
- adozione di procedure volte a disciplinare l'uso de cd BYOD (ossia l'uso di strumenti personali

sul luogo di lavoro);
- utilizzo di sistemi *cloud* che prevedano una selezione dei fornitori ammessi, restrizione nell'uso dei servizi *clouding* per la trasmissione dei documenti aziendali, diffusione di linee guida.

Anche le Linee guida di Confindustria, poi, chiariscono che il rispetto di framework e standard internazionalmente riconosciuti in tema di ICT Security Governance, Management & Compliance rappresenta un elemento qualificante ai fini della predisposizione di possibili presidi e ai fini dell'implementazione di un adeguato sistema di controllo. Tra gli altri possono essere utili i COBIT (Control for information and related technology) e la ISO/IEC 27001:2013 di cui si è detto.

Anche nelle citate Linee guida, poi, viene evidenziato come sia essenziale il richiamo al rispetto delle norme in materia di protezione dei dati personali, nonché ai provvedimenti del Garante.

A ciò si aggiunga che il proliferare di norme e standard certificabili e il richiamo da parte degli stakeholder ad un approccio sistemico alle discipline inerenti alla qualità ha favorito lo sviluppo di plurimi sistemi di gestione. Tuttavia, non è sempre facile integrare i diversi sistemi di gestione, anche al fine di razionalizzare i relativi costi senza incidere sull'efficacia ed efficienza dei modelli e dei sistemi di controllo. L'ISO ha recepito tale necessità e ha revisionato gli standard dei sistemi gestionali prevendendo la creazione di una struttura base comune che ne rappresenta il framework e che è stata denominata *High Level Structure*.

In particolare, al fine di garantire, come detto, livelli di compliance sempre più elevati, soprattutto in quei settori interconnessi come la tutela della riservatezza, la sicurezza informatica e la responsabilità ex D.lgs. 231, sarebbe opportuno predisporre questo framework unico che potrebbe essere comune anche alla parte generale del Modello Organizzativo 231, a partire dal quale sviluppare i diversi modelli di gestione integrati tra loro per consentire in questo modo all'ente di ammortizzare i diversi rischi di compliance a seconda dell'area di riferimento a cui conformarsi.

Solo in questo modo, ossia mediante un approccio comune, multilivello e multidisciplinare integrato, gli enti potranno definitivamente interiorizzare politiche e procedure attuate, applicarle efficacemente al loro interno e realizzare quella cultura del rischio di cui si è detto.

---

1 L'art. 9 del d.l. n. 93/2013 recante 'disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province', qualora convertito (dalla l. n. 119/2013) senza modifiche, avrebbe previsto che «*In relazione alla commissione dei delitti di cui agli articoli 615ter, 617-quater, 617-quinquies, 635-bis, 635-ter, 635-quater, 635-quinquies e 640-ter, terzo comma, del codice penale nonché dei delitti di cui agli articoli 55, comma 9, del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, e di cui alla parte III, Titolo III, Capo II del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da cento a cinquecento quote. (...) 4. Nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nel comma 1 si applicano le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, lettere a), b) ed e). Nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nel comma 2 si applicano le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, lettere b) ed e). Nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nel co. 3 si applicano le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, lettere c), d) ed e)*».

2 Sul punto, si veda la relazione della Corte di Cassazione n. III/01/2013 del 22 agosto 2013, che commenta affermando come il richiamo ai delitti previsti dal Codice della privacy sia «*di grande impatto, soprattutto per la configurazione della responsabilità da reato degli enti per l'illecito trattamento dei dati, violazione potenzialmente in grado di interessare l'intera platea delle società commerciali e delle associazioni private soggette alle disposizioni del d.lgs. n. 231/2001*» (disponibile online su: www.cortedicassazione.it). Si pensi non solo ad aziende di grandi dimensioni con migliaia di dipendenti e clienti, ma anche le piccole medie imprese, a seconda del settore di riferimento in cui operano, effettuano molteplici attività di trattamento e trattano un elevato quantitativo di dati personali.

3 Per un approfondimento sui ruoli di titolare e responsabile del trattamento si vedano le recenti Linee Guida emanate dall'EDPB 7/2020 (*Guidelines07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR*, in https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/consultation/edpb_guidelines_202007_controllerprocessor_en.pdf). Inoltre, cfr. art. 4 del Regolamento:

«*7) «titolare del trattamento»: la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che, singolarmente o insieme ad altri, determina le finalità e i mezzi del trattamento di dati personali; quando le finalità e i mezzi di tale trattamento sono determinate dal diritto dell'Unione o degli Stati membri, il titolare del trattamento o i criteri specifici applicabili alla sua designazione possono essere stabiliti dal diritto dell'Unione o degli Stati membri;*

n. 8) «responsabile del trattamento»: la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica o il servizio o altro organismo che tratta dati personali per conto del titolare del trattamento».

4 Cfr. Peluso F. (a cura di), *La responsabilità nei nuovi reati informatici. Mezzi di ricerca e acquisizione della prova*, MAGGIOLI EDITORE; 2020, cit. p. 180.

5 Lo standard ISO/IEC 27001 (Tecnologia delle informazioni - Tecniche di sicurezza - Sistemi di gestione della sicurezza delle informazioni - Requisiti) è uno standard di sicurezza informatica che definisce i requisiti per impostare e gestire un sistema di gestione della sicurezza delle informazioni (SGSI o ISMS, dall'inglese Information Security Management System), ed include aspetti relativi alla sicurezza logica, fisica ed organizzativa.

6 Ai sensi dell'art. 21 del D.lgs. 101/2018, *"Autorizzazioni generali del Garante per la protezione dei dati personali"* «*1. Il Garante per la protezione dei dati personali, con provvedimento di carattere generale da porre in consultazione pubblica entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, individua le prescrizioni contenute nelle autorizzazioni generali già adottate, relative alle situazioni di trattamento di cui agli articoli 6, paragrafo 1, lettere c) ed e), 9,paragrafo 2, lettera b) e 4, nonché' al Capo IX del regolamento (UE) 2016/679, che risultano compatibili con le disposizioni del medesimo regolamento e del presente decreto e, ove occorra, provvede al loro aggiornamento. Il provvedimento di cui al presente comma è adottato entro sessanta giorni dall'esito del procedimento di consultazione pubblica. 2. Le autorizzazioni generali sottoposte a verifica a norma del comma 1 che sono state ritenute incompatibili con le disposizioni del Regolamento (UE) 2016/679 cessano di produrre effetti dal momento della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana del provvedimento di cui al comma 1. 3. Le autorizzazioni generali del Garante per la protezione dei dati personali adottate prima della data di entrata in vigore del presente decreto e relative a trattamenti diversi da quelli indicati al comma 1 cessano di produrre effetti alla predetta data. 4. Sino all'adozione delle regole deontologiche e delle misure di garanzia di cui agli articoli 2-quater e 2-septies del Codice in materia di protezione dei dati personali di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 producono effetti, per la corrispondente categoria di dati e di trattamenti, le autorizzazioni generali di cui al comma 2 e le pertinenti prescrizioni individuate con il provvedimento di cui al comma 1. 5. Salvo che il fatto costituisca reato, le violazioni delle prescrizioni contenute nelle autorizzazioni generali di cui al presente articolo e nel provvedimento generale di cui al comma 1 sono soggette alla sanzione amministrativa di cui all'articolo 83, paragrafo 5, del Regolamento (UE) 2016/679*». Il Garante ha poi emesso un provvedimento che individua le prescrizioni contenute nelle Autorizzazioni generali nn. 1/2016, 3/2016, 6/2016, 8/2016 e 9/2016 che risultano compatibili con il Regolamento e con il d.lgs. n. 101/2018 di adeguamento del Codice - 13 dicembre 2018 [9068972] disponibile online al seguente link https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9068972.

7 Cfr. Cass. Pen., sez. V, 27 febbraio 2019, n. 8541. Occorre domandarsi cosa si intende per accesso abusivo. Per abusivo, in particolare, analogamente a quanto accade rispetto alla protezione del domicilio personale, si intende un'introduzione non autorizzata, ovvero una permanenza contro la volontà del titolare dello *ius escludendi alios*. L'introduzione abusiva consiste pertanto in un «*accesso alla conoscenza del contenuto del sistema informatico o telematico concretamente considerato: l'immissione nello stesso, infatti, è propedeutico alla cognizione di dati ed informazioni rinvenibili nella memoria di un elaboratore o trasmissibili da una apparecchiatura telematica*» (cfr. Cfr. Cuomo I., Izzi B., *Misure di sicurezza e accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico*, in "Cass. pen.", fasc.3, 2002, pag. 1018).

8 Quanto alle misure di sicurezza poste a protezione del sistema informatico, queste possono essere costituite dai meccanismi logici, tecnologici ed organizzativi che tendono ad impedire la commissione di reati (ciò unitamente alle misure poste a protezione del luogo ove è collocato il server). Pertanto, tali presidi costituiscono al contempo una condizione per la verifica dell'abusività dell'accesso e per semplificare l'accertamento dell'aspetto soggettivo del reato, avvertendo l'attaccante dell'abusività del suo accesso (cfr. Cfr. Cuomo I., Izzi B., Misure di sicurezza e accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico, in "Cass. pen.", fasc.3, 2002, pag. 1018). Sul punto, deve rilevarsi che la Suprema Corte ha ribadito un importante principio, in base al quale per comprendere quando l'accesso debba ritenersi abusivo occorre valutare come detto la presenza delle misure di sicurezza poste a protezione dello stesso che identificano evidentemente la volontà dello ius escludendi alios. A tal fine «*assume rilevanza qualsiasi meccanismo di selezione dei soggetti abilitati all'accesso al sistema informatico, anche quando si tratti di strumenti esterni al sistema e meramente organizzativi*» (cfr. Cass. Pen., 07 novembre 2000, n.12732, sez. V), il che equivale a dire che la complessità e l›efficacia dei meccanismi di protezione prescindono dall›integrazione della fattispecie incriminatrice.

9 Per «*social engineering*» si intende l'analisi dei comportamenti di una persona al fine di sottrarre informazioni utili. Il social engineer è quella forma di attacco tramite la quale l'attaccante si finge una persona vicina alla sua vittima per ottenere, ad esempio tramite email (phishing), all'interno di un sistema per cogliere le informazioni utili per l'attacco informatico che verrà sferrato solo una volta individuata la vulnerabilità del sistema. Per un approfondimento cfr. PELUSO F. u. cit.

10 Con l'espressione *hacking* si è soliti indicare quelle tecniche volte a conoscere, accedere o modificare un sistema informatico. *L'hacker* infatti agisce per prendere possesso di un sistema informatico e di adattarlo alle sue esigenze. Con il termine craking si intendono le attività del craker che consistono, tramite il cd *reverse engineering*, ovvero una tecnica che consente di comprendere il funzionamento del software e studiarne i meccanismi di funzionamento per ricostruirlo in spregio del copywright.

11 «*Il lemma cancella che figura nel dettato normativo non può essere inteso nel suo precipuo significato semantico,*

rappresentativo di irrecuperabile elisione, ma nella specifica accezione tecnica recepita dal dettato normativo, notoriamente introdotto in sede di ratifica di convenzione europea in tema di criminalità informatica (con legge 23 dicembre 1993, n. 547). Ebbene, nel gergo informatico l'operazione della cancellazione consiste nella rimozione da un certo ambiente di determinati dati, in via provvisoria attraverso il loro spostamento nell'apposito cestino o in via "definitiva" mediante il successivo svuotamento dello stesso. L'uso dell'inciso per evidenziare il termine "definitiva" è dovuto al fatto che neppure tale operazione può definirsi davvero tale, in quanto anche dopo lo svuotamento del cestino i files cancellati possono essere recuperati, ma solo attraverso una complessa procedura tecnica che richiede l'uso di particolari sistemi applicativi e presuppone specifiche conoscenze nel campo dell'informatica. Di talché, sembra corretto ritenere conforme allo spirito della disposizione normativa che anche la cancellazione, che non escluda la possibilità di recupero se non con l'uso — anche dispendioso — di particolari procedure, integri gli estremi oggettivi della fattispecie delittuosa. Il danneggiamento che è presupposto della previsione sostanziale, sottospecie del genus rappresentato dal reato di danneggiamento di cui all'art. 635 c.p., deve intendersi integrato dalla manomissione ed alterazione dello stato del computer, rimediabili solo con postumo intervento recuperatorio, e comunque non reintegrativo dell'originaria configurazione dell'ambiente di lavoro. Si tratta, dunque, di attività produttiva di danno, in quanto il recupero, ove possibile, comporta oneri di spesa o, comunque, l'impiego di unità di tempo lavorativo» (cfr. Cass. Pen. Sez. V, 18 novembre 2011 n. 2728). Inoltre, l'oggetto materiale del reato può anche ricadere non necessariamente su un sistema ma anche su un supporto esterno (es. dvd, chiavette usb, hard disk rimovibili).

12 Circa la costituzionalizzazione del diritto alla riservatezza si è avuto un dibattito che è corso in parallelo con la ritenuta natura di clausola aperta dell'art. 2 della Costituzione. Analogamente, per altra parte della dottrina la tutela della riservatezza trova fondamento nell'art. 3 ed in particolare nella parte in cui si riconosce il diritto al pieno sviluppo della persona umana. Per altra parte della dottrina tale tutela si rinviene negli artt. 13 che tutela la libertà individuale, nell'art. 14 posto a protezione dell'inviolabilità del domicilio, nell'art. 15 volto a garantire l'inviolabilità della corrispondenza e art. nell'art. 21 che sancisce e consacra l'espressione della libertà di manifestazione del pensiero. Per un approfondimento cfr. Bellocci M., Magnanesi S., Passaglia P., Rispoli E. (a cura di), *Tutela della vita privata: realtà e prospettive costituzionali, Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzioni spagnola, portoghese e italiana*, Lisbona,1° –4 ottobre 2006 disponibile online https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_190_Vita_privata.pdf

13 Per un approfondimento cfr. Pelino E., Bolognini L., Bistolfi C., Il regolamento privacy europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali, Milano, 2016.

14 Solinas M., Tutela penale della privacy dopo il gdpr: la Frettolosa giustapposizione delle fonti è scaturigine di un sistema farraginoso, che crea Confusione, in "Responsabilità Civile e Previdenza", fasc.1, 1° gennaio 2020, cit. pag. 342.

15 I principi di tassatività e di determinatezza della fattispecie penale costituiscono corollario del principio di legalità secondo il quale *nullun crimen nulla poena sine legit.* Il primo di questi principi implica il divieto di analogia *in malam partem* che consiste nel divieto di applicare il caso previsto e disciplinato dalla norma penale ad altre ipotesi non previste, ma simili o analoghe. Tale principio deve differenziarsi dalla cosiddetta interpretazione estensiva che invece è ammessa in quanto il precetto penale contiene già in sé le esemplificazioni o le ipotesi di applicazione del precetto che vengono semplicemente estensi nella loro portata applicativa. Quanto alla determinatezza, questo principio richiede che la fattispecie tipica sia chiusa ossia chiaramente delimitata nella descrizione della condotta tipizzata e avente rilevanza penale. Come anche di recente ha ribadito la Corte Costituzionale tali principi «*per un verso,* - sono volti - *nell'evitare che, in contrasto con il principio della divisione dei poteri e con la riserva assoluta di legge in materia penale, il giudice assuma un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore, i confini tra il lecito e l'illecito; e, per un altro verso, nel garantire la libera autodeterminazione individuale, permettendo al destinatario della norma penale di apprezzare a priori le conseguenze giuridico-penali della propria condotta*» (sentenza n. 327 del 2008). In altre parole, ciò che discende dall'art. 25 Cost. è che le disposizioni penali devono essere "*chiaramente formulate*", e devono essere rese altresì *conoscibili dai destinatari grazie ad una pubblicità adeguata* (art. 73, comma 3, Cost.): i principi in esame comportano dunque -secondo la Corte -l'adempimento da parte dello Stato di precipui doveri costituzionali, attinenti, anzitutto, alla formulazione del divieto, che deve essere tale da consentire di distinguere tra la sfera del lecito e quella dell'illecito (si vedano, sul punto, i rilievi puntualizzati nella sentenza n. 364 del 1988). Per un approfondimento cfr. Pavarini M., *Corso di Istituzioni di diritto penale,* Bologna: Bononia University Press, 2013, pp. 244; Insolera G., Mazzacuva N., Pavarini M., Zanotti M. (a cura di) *Introduzione al sistema penale,* VOL. 1, Terza edizione, Giappichelli, Torino, 2000.

16 Per un approfondimento cfr. Pavarini op. ult. cit. Sul punto inoltre si vedano anche la Sentenza della Corte Costituzionale n. 364/88 in ordine alla rilevanza della scusabilità dell'ignoranza legit e gli approfondimenti circa il divieto di irretroattività della legge penale, anch'esso espressione dell'art. 25 della Costituzionale e disciplinato a livello di norma di rango primario dall'art. 2 c.p.

17 Cfr. Cass. pen., Sez. fer., 13 agosto-1° ottobre 2019, n. 40140, con riferimento alla fattispecie di trattamento illecito di dati personali ha chiarito che il «nuovo» testo dell'art. 167 — «*che nei due commi della previgente formulazione sanzionava anche la violazione delle disposizioni, oggi abrogate, di cui agli artt. 18, 19, 23 (comma 1), 17, 20, 21, 22, 26, 27, 45 (comma 2) — ha tenuto ferma la rilevanza penale solo di alcuni specifici comportamenti*», seppur differenti da quelli rilevanti nel regime

previgente, connotati «*dal dolo specifico di trarre per sé o per altri profitto, o di recare all'interessato un danno, e purché produttive di "nocumento" a quest'ultimo*». Per un approfondimento cfr. Pavarini op. ult. cit.

18 L'art. 123 disciplina le modalità con le quali risulta ora lecito, secondo il nostro codice, il trattamento dei dati di traffico. La norma, in particolare, stabilisce che «*1. I dati relativi al traffico riguardanti contraenti ed utenti trattati dal fornitore di una rete pubblica di comunicazioni o di un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico sono cancellati o resi anonimi quando non sono più necessari ai fini della trasmissione della comunicazione elettronica, fatte salve le disposizioni dei commi 2, 3 e 5.*

2. Il trattamento dei dati relativi al traffico strettamente necessari a fini di fatturazione per il contraente, ovvero di pagamenti in caso di interconnessione, è consentito al fornitore, a fini di documentazione in caso di contestazione della fattura o per la pretesa del pagamento, per un periodo non superiore a sei mesi, salva l'ulteriore specifica conservazione necessaria per effetto di una contestazione anche in sede giudiziale.

3. Il fornitore di un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico può trattare i dati di cui al comma 2 nella misura e per la durata necessarie a fini di commercializzazione di servizi di comunicazione elettronica o per la fornitura di servizi a valore aggiunto, solo se il contraente o l'utente cui i dati si riferiscono hanno manifestato preliminarmente il proprio consenso, che è revocabile in ogni momento.

4. Nel fornire le informazioni di cui agli articoli 13 e 14 del Regolamento il fornitore del servizio informa il contraente o l'utente sulla natura dei dati relativi al traffico che sono sottoposti a trattamento e sulla durata del medesimo trattamento ai fini di cui ai commi 2 e 3.

5. Il trattamento dei dati personali relativi al traffico è consentito unicamente a persone che, ai sensi dell'articolo 2-quaterdecies, risultano autorizzate al trattamento e che operano sotto la diretta autorità del fornitore del servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico o, a seconda dei casi, del fornitore della rete pubblica di comunicazioni e che si occupano della fatturazione o della gestione del traffico, di analisi per conto di clienti, dell'accertamento di frodi, o della commercializzazione dei servizi di comunicazione elettronica o della prestazione dei servizi a valore aggiunto. Il trattamento è limitato a quanto è strettamente necessario per lo svolgimento di tali attività e deve assicurare l'identificazione della persona autorizzata che accede ai dati anche mediante un'operazione di interrogazione automatizzata.

6. L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni può ottenere i dati relativi alla fatturazione o al traffico necessari ai fini della risoluzione di controversie attinenti, in particolare, all'interconnessione o alla fatturazione».

19 L'art. 126 si occupa di disciplinare il trattamento dei dati di ubicazione. «*1. I dati relativi all'ubicazione diversi dai dati relativi al traffico, riferiti agli utenti o ai contraenti di reti pubbliche di comunicazione o di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, possono essere trattati solo se anonimi o se l'utente o il contraente ha manifestato previamente il proprio consenso, revocabile in ogni momento, e nella misura e per la durata necessari per la fornitura del servizio a valore aggiunto richiesto. 2. Il fornitore del servizio, prima di richiedere il consenso, informa gli utenti e i contraenti sulla natura dei dati relativi all'ubicazione diversi dai dati relativi al traffico che saranno sottoposti al trattamento, sugli scopi e sulla durata di quest'ultimo, nonché sull'eventualità che i dati siano trasmessi ad un terzo per la prestazione del servizio a valore aggiunto. 3. L'utente e il contraente che manifestano il proprio consenso al trattamento dei dati relativi all'ubicazione, diversi dai dati relativi al traffico, conservano il diritto di richiedere, gratuitamente e mediante una funzione semplice, l'interruzione temporanea del trattamento di tali dati per ciascun collegamento alla rete o per ciascuna trasmissione di comunicazioni. 4. Il trattamento dei dati relativi all'ubicazione diversi dai dati relativi al traffico, ai sensi dei commi 1, 2 e 3, è consentito unicamente a persone autorizzate al trattamento, ai sensi dell'articolo 2-quaterdecies, che operano sotto la diretta autorità del fornitore del servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico o, a seconda dei casi, del fornitore della rete pubblica di comunicazioni o del terzo che fornisce il servizio a valore aggiunto. Il trattamento è limitato a quanto è strettamente necessario per la fornitura del servizio a valore aggiunto e deve assicurare l'identificazione della persona autorizzata che accede ai dati anche mediante un'operazione di interrogazione automatizzata*».

20 L'art. 130 del Codice privacy disciplina le cd comunicazioni indesiderate. In particolare, la norma stabilisce che le comunicazioni di marketing possono essere inviate solo previo consenso dell'interessato, salva l'eccezione di cui al comma 4 (cd. soft spam) a norma del quale, se la finalità del trattamento è adeguatamente descritta nell'informativa, è possibile inviare comunicazioni all'interessato a mezzo email relative a prodotti analoghi a quelli acquistati, salvo che l'interessato non si sia opposto al trattamento e purché l'email dell'interessato sia stata fornita nel contesto delle attività di vendita di un prodotto o di un servizio.

21 «*1. Il Garante individua con proprio provvedimento, in cooperazione con l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ai sensi dell'articolo 154, comma 4, e in conformità alla normativa dell'Unione europea, le modalità di inserimento e di successivo utilizzo dei dati personali relativi ai contraenti negli elenchi cartacei o elettronici a disposizione del pubblico.*

2. Il provvedimento di cui al comma 1 individua idonee modalità per la manifestazione del consenso all'inclusione negli elenchi e, rispettivamente, all'utilizzo dei dati per finalità di invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta o per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale nonché per le finalità di cui all'articolo 21, paragrafo 2, del Regolamento, in base al principio della massima semplificazione delle modalità di inclusione negli elenchi a fini di mera ricerca del contraente

per comunicazioni interpersonali, e del consenso specifico ed espresso qualora il trattamento esuli da tali fini, nonché in tema di verifica, rettifica o cancellazione dei dati senza oneri».

22 Si tratta del trattamento delle particolari categorie di dati personali ossia i dati che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, l'appartenenza sindacale, nonché i dati biometrici o genetici e di dati relativi a condanne penali o reati.

23 Cfr. Cass. Pen. Sez. 3, n. 7504 del 16/07/2013, dep. 2014, Rv. 259261 e Sez. 5, n. 44940 del 28/09/2011, Rv. 251448.

24 Cfr. nota precedente.

25 La Corte di Cassazione, nei passaggi della sentenza, dimostra di accogliere un opposto indirizzo che si era formato sul punto e che richiedeva che **"***il nocumento per la persona alla quale i dati illecitamente trattati si riferiscono costituisce, per la sua omogeneità rispetto all'interesse leso, e la sua diretta derivazione causale dalla condotta tipica, un elemento costitutivo del reato, e non una condizione oggettiva di punibilità, con la conseguenza che esso deve essere previsto e voluto o comunque accettato dall'agente come effetto della propria azione, indipendentemente dal fatto che costituisca o si identifichi con il fine dell'azione (Sez. 3, n. 40103 del 05/02/2015, Rv. 264798)".*

26 Cfr. sentenza qui in commento

27 Cfr. Bolognini L., Pelino E., Codice privacy: tutte le novità del d.lgs. 101/2018, Milano, 2019

28 Ai sensi dell'art. 4.6 del Regolamento: «*archivio*»: *qualsiasi insieme strutturato di dati personali accessibili secondo criteri determinati, indipendentemente dal fatto che tale insieme sia centralizzato, decentralizzato o ripartito in modo funzionale o geografico*».

29 Sul concetto di larga scala il Considerando 91 del Regolamento stabilisce: «*Ciò dovrebbe applicarsi in particolare ai trattamenti su larga scala, che mirano al trattamento di una notevole quantità di dati personali a livello regionale, nazionale o sovranazionale e che potrebbero incidere su un vasto numero di interessati e che potenzialmente presentano un rischio elevato, ad esempio, data la loro sensibilità, laddove, in conformità con il grado di conoscenze tecnologiche raggiunto, si utilizzi una nuova tecnologia su larga scala, nonché ad altri trattamenti che presentano un rischio elevato per i diritti e le libertà degli interessati, specialmente qualora tali trattamenti rendano più difficoltoso, per gli interessati, l'esercizio dei propri diritti. È opportuno altresì effettuare una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati nei casi in cui i dati personali sono trattati per adottare decisioni riguardanti determinate persone fisiche in seguito ad una valutazione sistematica e globale di aspetti personali relative alle persone fisiche, basata sulla profilazione di dati dati, o in seguito al trattamento di categorie particolari di dati personali, dati biometrici o dati relativi a condanne penali e reati o a connesse misure di sicurezza. Una valutazione d'impatto sulla protezione de dati è altresì richiesta per la la sorveglianza di zone accessibili al pubblico mediante dispositivi optoelettronici, o per altri trattamenti che l'autorità di controllo competente ritiene possano presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà degli interessati, specialmente perché impediscono a questi ultimi di esercitare un diritto o di avvalersi di un contratto, oppure perchp sono effettuati sistematicamente su larga scala. Il trattamento di dati personali non dovrebbe essere considerato un trattamento su larga qualora riguardi dati personali di pazienti o clienti da parte di un singolo medico, operatore sanitario o avvocato. In tali casi non dovrebbe essere obbligatorio procedere a una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati*».

30 Cfr. Gasparini I., *La tutela penale della 'privacy sanitaria' nell'era del GDPR. the criminal law protection of 'health privacy' in the GDPR era*, in "Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)", fasc.3, 1 GIUGNO 2019, pag. 863

31 Cfr. Adotti A., Bozzolan S (a cura di), *La gestione della compliance. Sistemi normativi e controllo dei rischi*, LUISS University Press, 2020, cit. p. 67.

32 Cfr. Linee guida di Confindustria disponibili qui https://www.confindustria.it/.

33 Per un approfondimento cfr. Vaciago G., *Il settore delle Nuove Tecnologie*, in Luparia donati L., Vaciago G. (a cura di), *Compliance 231. Modelli organizzativi e OdV tra prassi applicative ed esperienze di settore*, Gruppo Sole 24 Ore, Milano, 2020, pp. 187 e ss.

34 Cfr. Iuliani A., *Note minime in tema di trattamento dei dati personali*, in Europa e Diritto Privato, fasc.1, 1 MARZO 2018, pag. 293 e ss.

35 Tale nuova impostazione è di portata rivoluzionaria in quanto rispetto alla precedente impostazione che prevedeva, per garantire la compliance aziendale, il rispetto delle misure elencate nell'Allegato B del Codice Privacy; ora tale elencazione non esiste più e il titolare deve verificare i rischi connessi ai trattamenti svolti e stabilire quali siano i presidi più idonei a scongiurare i relativi rischi.

36 Cfr. Casellato M., Di maio A., La muscatella D., *Il nodo gordiano dello "sviamento di potere" nell'accesso abusivo ad un sistema informatico, tra suggestioni dogmatiche e riflessioni giurisprudenziali. The Gordian knot of the "misuse of power" in the abusive access to an information system, between dogmatic suggestions and jurisprudential reflections*, in Cassazione Penale, fasc.7, 1 LUGLIO 2019, pag. 2771 e ss.

37 Il legislatore nel Regolamento tipizza solo due misure di sicurezza la psuedonimizzazione e la crittografia. Al fine di individuare le ulteriori misure di mitigazione adeguate per la prevenzione dei rischi individuati, è necessario, pertanto, ricorrere a linee guida e standard internazionali. «*Alla luce del contenuto letterale dell'art. 32 GDPR, risulta come le misure di sicurezza che ne derivano e ne contemplano la ratio, siano dettagliate all'interno del documento "Technical Guidelines for*

the implementation of minimum security measures for Digital Service Providers" dell'European Union Agency for Network and Information Security", redatto da ENISA. Tali linee guida, a loro volta, incorporano vari standard, quali ad esempio ISO/IEC 27001:2013 "Information technology - Security techniques - Information security management systems - Requirements" (ISO27001), che, trattandosi di uno standard internazionale, viene spesso usato come parametro per quanto riguarda la gestione dei sistemi di informazioni. Il 7 giugno 2019, è stato pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea il nuovo regolamento sulla sicurezza informatica, Regolamento 2019/881, noto come "Cybersecurity Act" . ENISA, ossia l'agenzia europea per la sicurezza informatica, dal 2004, ha svolto un ruolo centrale per quanto riguarda la sicurezza informatica in Europa, emanando linee guida e fornendo pareri agli Stati membri, al fine di rafforzare il perimetro di sicurezza dell'Unione.
Il mandato dell'ENISA, con l'introduzione del Cybersecurity Act, diventa permanente. Il Regolamento 2019/881, infatti, istituisce un quadro comunitario di certificazione della sicurezza informatica, elaborato dalla stessa ENISA. Il Cybersecurity Act crea, pertanto, un framework di garanzie dell'applicazione delle misure di sicurezza tecniche in prodotti, servizi e processi, aiutando gli utenti finali a compiere scelte informate. ENISA, pertanto, avrà anche il compito di diffondere informazioni sul livello di sicurezza informatica di prodotti, servizi e processi, nonché di effettuare segnalazioni ai produttori o ai fornitori di servizi e processi, e avrà il potere di richiedere loro di migliorare il loro livello di sicurezza informatica.
Il Cybersecurity Act, rafforzando il ruolo di ENISA, fornisce indirettamente indicazioni relativamente al valore delle linee guida sinora emanate dall'agenzia.
Le succitate linee guida rappresentano, pertanto, il fondamentale punto di partenza per definire quali siano le misure di sicurezza nell'ottica del Regolamento 2016/679, poiché provenienti da una fonte autoritativa dal riconosciuto valore e dotate di un buon livello di completezza.
Si ritiene, inoltre, che, sia per il valore intrinseco delle fonti e per la loro autorevolezza internazionalmente riconosciuta, sia per il carattere di operatività che i documenti stessi possiedono, tali misure di sicurezza possano qualificarsi come quanto più prossimo allo stato dell'arte della sicurezza informatica, anche non esclusivamente relativa al trattamento dei dati richiesto dall'art. 32 GDPR.
Tali linee guida contengono un totale di 27 controlli, definiti da ENISA come "Security Objective", la cui implementazione risulta rilevante al fine di evitare e mitigare i rischi sottesi al trattamento dei dati personali». Per un approfondimento cfr. Capparelli F., commento all'Art.32 in Alagna i.m., Bolognini l., Capparelli F., Carpenelli M. E., Cristofari G., d'Ottavio A., Fiaschi A., Grieco L., Macinati A., Marchese M., Pelino E., Policella E., RossiChauvenet C., Sartore F., Toma A., Zipponi S., *Codice della disciplina della privacy*, Giuffrè, 2019

38 Per la definizione si veda nota n. 5.

39 Si veda ut supra quanto specificato al paragrafo 5.

40 Luparia donati L., Vaciago G. (a cura di), *Compliance 231. Modelli organizzativi e OdV tra prassi applicative ed esperienze di settore*, Gruppo Sole 24 Ore, Milano, 2020, cit. p. 196.

41 Cfr. https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1577499

42 Genericamente, possono essere considerati AdS coloro che nell'ambito della Società svolgono le seguenti attività: realizzazione di copie di sicurezza (operazioni di backup e recovery dei dati);

- gestione e custodia di credenziali;
- gestione di sistemi di autenticazione e di autorizzazione;
- possibilità di modificare i privilegi di accesso ai dati;
- possibilità di modificare i livelli di accesso del sistema;
- possibilità di modificare la configurazione del sistema, ad esempio modificando gli accessi da reti esterne o annullando un sistema di autenticazione;
- gestione delle policy di backup e i supporti di backup (trasporto/scambio/custodia);
- gestione dei flussi di rete;
- amministrazione di basi di dati;
- amministrazione di reti e di apparati di sicurezza;
- amministrazione di sistemi *software* complessi.

43 A ben vedere, il precedente indirizzo giurisprudenziale che era stato espresso sul punto da parte della Suprema Corte era in senso inverso e volto a ritenere non vi fosse responsabilità del datore di lavoro in caso di accesso alla casella di posta del dipendente (si vedano in particolare le sentenze G.I.P. presso il Tribunale di Milano, 10 maggio 2002, Tribunale di Torino — Sezione distaccata di Chivasso, 20 giugno 2006-15 settembre 2006, n. 143, in Dir. Internet, 2007, 275 ss. con nota di M. Violante, E-mail aziendale? Solo per lavoro. Inoltre, per maggiori approfondimenti sul tema si veda Grotto M., *La rilevanza penale del controllo datoriale attraverso gli strumenti informatici*, in "Diritto dell'Informazione e dell'Informatica (Il)", fasc.1, 2014, pag. 57

44 In senso conforme si veda Cass. pen., sez. V, 6 giugno 2017 (dep. 17 novembre 2017), n. 52572

45 https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9215890.

46 Per un approfondimento cfr. Rapporto Clusit 2020 sulla sicurezza ICT in Italia, emesso dall'Associazione italiana per la

sicurezza informatica, aggiornato a ottobre 2020 e disponibile al seguente link https://clusit.it/rapporto-clusit/.

47 Un attacco DoS (denial of service) è un attacco volto ad arrestare un computer, una rete o anche solo un particolare servizio. Alcuni attacchi hanno come target una particolare applicazione o servizio, ad esempio Web, SMTP, FTP, etc., altri invece mirano a mettere fuori uso completamente il server o, addirittura, un'intera rete. Gli attacchi DDoS (distributed denial of service) amplificano la portata degli attacchi DoS. Un attacco DDoS viene infatti realizzato utilizzando delle botnet, ovvero decine di migliaia di dispositivi (non più solo computer di ignari utenti), in grado di generare richieste verso uno specifico target con l'obiettivo di saturarne in poco tempo le risorse e di renderlo indisponibile. Per un approfondimento cfr. Rapporto Clusit 2020 da ultimo citato.

48 Cfr. *Responsabilità degli enti per i delitti informatici e trattamento illecito di dati in contesto Cloud Services*, Cloud Security Alliance, in https://cloudsecurityalliance.it/wp-content/uploads/2012/12/Studio-231-IT-2014.pdf, settembre 2014, Document Sponsor, cit. p. 38.

49 Cfr. in senso conforme Cass. Pen. Sez. V, 18 novembre 2011, nn. 2728, in www.penale.it.

50 Sul punto cfr. Tribunale di Cagliari 19/02/2019, n.548: «*Nel caso in cui il ladro o il ricettatore chieda al derubato il pagamento di una somma di denaro come corrispettivo della restituzione della refurtiva, si configura il delitto di estorsione, anche quando l'iniziativa provenga dalla vittima. Nel caso in cui, invece, non vi sia un concorso nel delitto presupposto, si ravvisano due ipotesi se l'intermediario chiede e ottiene dal derubato una somma di denaro come corrispettivo dell'attività di intermediazione vi è comunque estorsione, in quanto la vittima subisce gli effetti della minaccia implicita della mancata restituzione del bene. Se, invece, l'intervento dell'agente abbia avuto la sola finalità di perseguire l'interesse della vittima, per solidarietà umana, e senza conseguire una parte del prezzo, non è configurabile il reato ex articolo 629 del Cp. (Nella fattispecie, il Tribunale ha assolto l'imputato per non aver commesso il fatto, in quanto costui, dopo essere stato interpellato dalla vittima del furto di un autoradio al fine di ottenere la restituzione della refurtiva, era riuscito a far riavere una parte della stessa, senza ottenere alcun compenso per sé)*».

51 Cfr. Salvatori I., *Criminalità informatica e tecniche di anticipazione della tutela penale l'incriminazione dei "dual-use software"*, in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, fasc.2, 1 GIUGNO 2017, pag. 747 e ss

52 Tale principio, come noto, è stato per la prima volta enucleato a livello europeo dalla Corte EDU, sent. 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia, che ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 4, Protocollo n. 7, CEDU, in relazione alla constatata duplicazione tra il procedimento per l'illecito amministrativo di manipolazione di mercato ex art. 187 D.lgs. n. 58 del 1998 (T.U.F.) ed il procedimento per l'illecito penale per il reato di cui all'art. 185 D.lgs. n. 58 del 1998 (T.U.F.). In termini analoghi, seppur con riferimento alla materia tributaria, ove la violazione del criterio ne bis in idem è stata ritenuta nel duplice giudizio che ha condotto all'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria e di una pena per frode fiscale, v. Corte EDU, sent. 20 maggio 2014, Nykänen c. Finlandia. Va detto che la Corte EDU era pervenuta a conclusioni analoghe nel caso Jussila (Corte EDU, Grande Camera, 23 novembre 2006, Jussila c. Finlandia) e che si è pronunciata, in termini corrispondenti, nei casi Glantz (Id., sent. 20 maggio 2014, Glantz c. Finlandia) e Lucky Dev (Corte EDU, sent. 27 novembre 2014, Lucky Dev c. Svezia). Detto principio si sostanzia nel divieto che il medesimo fatto possa essere addebitato più volte allo stesso soggetto, qualora l'applicazione di una sola delle norme in cui il fatto è sussumibile ne esaurisca, per intero, il contenuto di disvalore sia da un punto di vista oggettivo, che soggettivo. Il principio in parola trova il suo fondamento negli artt. 15, 84, 61, 62, prima parte, 68, 581, co.2, c.p. che esprimono, all'evidenza, il criterio ermeneutico per cui è inammissibile, a fronte della medesimezza del fatto, la doppia sanzione, ogniqualvolta la natura del reato (ritenuto e sanzionato), il bene giuridico da esso tutelato e l'evento in senso giuridico che esso contempla, esauriscano integralmente il disvalore della condotta, tanto rispetto alla tipicità del fatto che sotto il profilo soggettivo. Tale concetto si distingue dal divieto di *ne bis in idem processuale* di cui all'art. 649 c.p. che si sostanzia nel divieto di un secondo giudizio per il medesimo fatto. Per un approfondimento cfr. Ranaldi G., Gaito F, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, in Archivio Penale, 2017, n. 1, disponibile online in http://www.archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=48dd6ab5-e271-4730-9b52-12ca7eee974d&idarticolo=15119.

53 Il concorso apparente di norme si verifca quando una medesima condotta pare riconducibile a più precetti penali ciascuno dei quali esaurisce il disvalore del fatto. Al fine di comprendere quale delle due norme trovi applicazione la giurisprudenza e la dottrina hanno elaborato diversi criteri che tuttavia sono stati ricondotti esclusivamente al principio di specialità da parte delle Sezioni Unite (cfr. Cass., SSUU, sent. 22 giugno 2017 (dep. 12 settembre 2017), n. 41588). Per un approfondimento cfr. SERRA G., *Le Sezioni Unite e il concorso apparente di norme, tra considerazioni tradizionali e nuovi spunti interpretativi*, in "Diritto Penale Contemporaneo", fasc. 11/2017.

54 L'art. 19 d.lgs. 10 marzo 2000 n. 74 -rubricato «Principio di specialità»-prevede, alco.1, che «*Quando uno stesso fatto è punito da una delle disposizioni del titolo II e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, si applica la disposizione speciale*» ed, al comma 2, che «*Permane, in ogni caso, la responsabilità per la sanzione amministrativa dei soggetti indicati nell'articolo 11, co.1, del de-creto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472, che non siano persone fisiche concorrenti nel reato*». A ben vedere, seppure in ambito tributario viga tale principio, deve rilevarsi come di sovente, nella prassi applicativa, per un identico fatto vengano instaurati entrambi i procedimenti (amministrativo e penale) nonostante la norma appena

citata consacri la specialità (che dovrebbe comportarne l'esclusiva applicazione) di quello penale.

55 In particolare, l'interessato era stato condannato, in sede tributaria, al pagamento di sanzioni amministrative per aver dichiarato falsamente il proprio reddito ed in parallelo era stato instaurato nei suoi confronti un procedimento penale per frode fiscale e per una «accounting offence» (irregolare tenuta delle scritture contabili). Anche tale secondo procedimento, si era concluso con una condanna dell'imputato, cui aveva fatto seguito al ricorso ai giudici di Strasburgo.

56 Nel caso di specie, i giudici, da un lato, hanno accertato che a seguito dell'esame delle due norme – amministrativa e penale – sotto il profilo meramente descrittivo, queste non sembravano regolare una medesima situazione e, dunque, apparentemente non fosse configurabile il «medesimo fatto»; tuttavia, dall'altro lato, la Corte, analizzando i fatti materiali, ha verificato l'identità concreta delle condotte e dunque ha ritenuto che almeno per una parte degli esercizi contabili l'interessato fosse stato perseguito e punito due volte per il medesimo fatto e, in conseguenza, ha riconosciuto la violazione del principio *del ne bis in idem*. Per un approfondimento cfr. Lissi M., Parolini L., *Limiti alla legittimità del doppio binario sanzionatorio amministrativo e penale in ambito 231,* in Rivista 231.it, Luglio-settembre 2015.

57 Recentemente il Garante ha sanzionato Unicredit per 600 mila euro per un data breach causato da accessi abusivi ai dati personali di oltre 700 mila clienti. Gli accessi abusivi sono stati effettuati utilizzando le utenze dei dipendenti di un partner commerciale esterno e riguardavano una molteplicità di informazioni, inclusi dati anagrafici e di contatto, professione, titolo di studio, estremi identificativi di documenti di riconoscimento e informazioni relative a datore di lavoro, salario, importo del prestito, stato del pagamento, «*approssimazione della classificazione creditizia del cliente*» e codice Iban. Il Garante ha ricordato che la sanzione, legata alla mancanza di adeguate misure tecniche ed organizzative, è stata determinata «*applicando la disciplina precedente l'entrata in vigore del Gdpr*», e che essa «*segue la contestazione di violazioni amministrative notificata alla banca nel maggio 2019, originata a sua volta da un provvedimento adottato dall'Autorità nel marzo 2019 con il quale il Garante aveva accertato la violazione, da parte dell'istituto bancario, delle misure minime di sicurezza previste dal Codice privacy e il mancato rispetto delle regole fissate dalla stessa Autorità nel provvedimento n. 192 del 12 maggio 2011 in materia di tracciamento delle operazioni bancarie*». Analogamente ha sanzionato per 50.000 euro la piattaforma Rousseau per la mancanza di misure di sicurezza adeguate. A livello europeo, ICO ha stabilito che British Airways dovrà pagare una multa di 22 milioni di euro (originariamente fissata in 200 milioni di Sterline, poi ridotta per il Covid a 22 milioni) perché per due anni non si è accorta che alcuni criminali informatici avevano sfruttato per 15 giorni la loro app per cellulari e la versione mobile del sito web per raccogliere i dati dei pagamenti effettuati, consistenti in nomi, cognomi, numeri di carte di credito e codici di sicurezza CVV di ogni cliente, nonché anche dettagli sulle destinazioni dei viaggi, dettagli privati e informazioni di log in, dirottando tutte le informazioni verso un server esterno sotto il loro controllo degli hacker con evidente violazione dell'art. 32 del Regolamento. Ancora ICO vuole multare l'hotel Marriott per 99 milioni di sterline in quanto, a causa di un incidente informatico sono stati esposti dati personali contenuti in circa 339 milioni di registri degli ospiti (circa 30 milioni di residenti nel SEE). In particolare, «*Si ritiene che la vulnerabilità sia iniziata quando i sistemi del gruppo Starwood hotels sono stati compromessi nel 2014. Marriott ha successivamente acquisito Starwood nel 2016, ma l'esposizione all'esterno delle informazioni sui clienti è stata scoperta solo nel 2018. L'indagine di ICO ha rilevato che Marriott non è riuscita a intraprendere un'adeguata due diligence quando ha acquistato Starwood e avrebbe dovuto fare di più per proteggere i suoi sistemi*» con conseguente violazione dell'art. 32 del Regolamento.

58 Capparelli O – Lanzino L., *Modelli di Gestione del rischio e compliance ex D.lgs. 231/2001,* Wolters Kluwer, 2016, cit. p. 67

59 Cfr. https://www.confindustria.it/wcm/connect/03561fa6-5ea6-485f-b464-541b1ee7cebb/Linee%2BGuida%2B231%2BConfindustria%2B-%2BP.%2Bgenerale%281%29.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ROOTWORKSPACE-03561fa6-5ea6-485f-b464-541b1ee7cebb-mu2X6ON

17 Gli illeciti *privacy:* le ragioni di una riforma non procrastinabile.

di Giuseppe Massimo Cannella

Abstract
L'evoluzione del contesto economico e degli strumenti tramite cui l'attività aziendale si svolge ha, nel tempo, determinato la necessità di modificare il perimetro applicativo del D. Lgs. 231/2001 con lo scopo di rendere effettiva la sua funzione di prevenzione e repressione di tutti i rischi di condotte illecite correlate ai processi ed alle attività aziendali. Categoria in cui rientrano anche i rischi correlati ai trattamenti di dati personali eseguiti dall'ente, prodromici alla commissione dei cd. illeciti *privacy*.
Negli ultimi tempi, le predette fattispecie sono state al centro di un animato dibattito generato dall'entrata in vigore del GDPR e del nuovo Codice *Privacy* italiano nonché da una crescente consapevolezza del valore economico e strategico dei dati personali.
Tale percorso evolutivo era in realtà già emerso nel 2013, in un ben diverso contesto economico e tecnologico, quando il Parlamento con il Decreto Legge n. 93/2013 aveva inserito nell'elenco dei reati di cui al D. Lgs. 231/2001 gli illeciti *privacy* all'epoca vigenti.
La riforma del Codice *Privacy* operata nel 2018 e l'evidente cambio di prospettiva attuato dal Legislatore attraverso l'introduzione di illeciti in cui l'elemento della colpa di organizzazione ha sempre maggiore centralità rendono evidente che i tempi appaiono oramai maturi per colmare un *vulnus* normativo anacronistico attraverso l'introduzione degli illeciti *privacy* tra i reati presupposto del D. Lgs. 231/2001.

The last development of economical environment and business activities, throughout time, resulted in the need to amend the scope of Legislative Decree no. 231/2001 in order to make its preventive and repression aim effective in respect of all risks of illegal behaviours related to business procedures and activities. Among such activities, processing of personal data may be instrumental to commit privacy offences.
Over the past years, privacy offences have been the subject matter of a controversial debate due to the entry into force of the GDPR and the new Italian Privacy Code as well as by an increasing awareness of the economic and strategic value of personal data.
This path firstly developed in 2013, in a very different economic and technological context, when the Parliament included privacy offences in the list of offences referred to in the Legislative Decree no. 231/2001, by virtue of the Decree Law no. 93/2013.
The 2018 Privacy Code Reform and the clear change of perspective implemented by the Legislator - through the introduction of offences in which the element of "organisational guilt" is increasingly central - made clear that time is now come to fix an anachronistic loophole by introducing privacy offenses among the "base" offenses of Legislative Decree 231/2001.

Sommario
1. Premessa. – **2.** *Ratio* ed evoluzione del *corpus* normativo "duetreunistico". – **3.** Il longevo intreccio tra gli Illeciti *privacy* e la Responsabilità amministrativa degli enti. – **4.** Codice *Privacy* e GDPR: i nuovi Illeciti *privacy*. – **5.** Le ragioni di una riforma opportuna (e necessaria). – **6.** Conclusioni.

1. Premessa

Nel corso dell'ultimo ventennio, si è osservato un intenso processo di estensione dell'ambito applicativo del Decreto Legislativo n. 231/2001, diretta conseguenza dell'evoluzione del contesto economico e degli strumenti tramite cui l'attività aziendale si svolge.
Il notevole incremento del numero di disposizioni normative, codicistiche e non, rilevanti ai sensi del

D. Lgs. 231/2001 ha inevitabilmente determinato un ampliamento anche delle tematiche, direttamente ed indirettamente, d'interesse in tale ambito.
Si è, dunque, assistito ad un cambio di prospettiva: da un'azione preventiva legata a limitate figure di reato si è traghettati verso una generale gestione di tutti i rischi giuridici connessi ai processi ed alle attività aziendali.
Tale progressivo e perdurante sviluppo della normativa in materia di responsabilità amministrativa degli enti, si è accompagnato ad un ancora più inteso processo di riforma della normativa in materia di protezione dei dati personali, correlato in parte alla necessità di adeguare la normativa nazionale agli *standard* definiti a livello europeo dal Regolamento UE/679/2016 ed in parte alla necessità sempre più cogente di perseguire ed attuare un sistema di tutele effettivo ed efficace a protezione dei dati personali di ciascun cittadino.
Anche con riferimento a tali norme si è, dunque, verificato un progressivo moto da un sistema di adempimenti formali (quasi simbolici) ad un sistema di natura sostanziale, in cui la forma perde ogni rilievo a favore dell'effettività degli adempimenti svolti.
Tuttavia, nonostante la sempre crescente attenzione che la società ed il Legislatore riconoscono al tema e gli interessi economici ad esso correlati, non può non evidenziarsi che la tutela della *privacy* si colloca ancora oggi in un'aurea quasi meramente simbolica, in quanto – seppur in limitati ambiti – il semplice richiamo formale alla normativa sembra ancora per molti ritenersi sufficiente strumento di attuazione degli obblighi normativi vigenti.
La tutela apprestata dall'ordinamento, che trova oggi il proprio perno nella normativa europea in materia di protezione dei dati personali, a parere di chi scrive, potrebbe essere facilmente rafforzata tramite l'inclusione degli illeciti *privacy* tra i reati presupposto della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche di cui al D. Lgs. 231/2001.
Non si dimentichi, invero, che la responsabilità da reato degli enti consente una risposta sanzionatoria anche nei casi in cui non sia possibile individuare il singolo responsabile - ipotesi particolarmente ricorrente in ambito *privacy* - nonché che la stessa assicura una maggiore forza in termini di prevenzione alla luce della causa di esonero dalla responsabilità per gli enti che si siano adoperati nella preventiva adozione ed efficace attuazione dei Modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo di cui all'art. 6 D. Lgs. 231/2001.
Parimenti, non si può poi trascurare che lo stesso Legislatore del 2018 nel costruire i reati a tutela della *privacy* sembra aver individuato nella disciplina della responsabilità amministrativa della persona giuridica la loro naturale collocazione, come desumibile dalle caratteristiche strutturali delle ipotesi di reato oggi previste dal D.Lgs. 231/2001, modellate sull'interesse/vantaggio dell'ente, nonché dalla previsione di una specifica ipotesi attenuante correlata al pagamento della sanzione da parte di quest'ultimo.

2. Ratio ed evoluzione del *corpus* normativo "duetreunistico"

Come anticipato in Premessa, seppur il Decreto Legislativo 231/2001 nasca come strumento di prevenzione dei fenomeni corruttivi, l'ambito di applicazione dello stesso si è nel tempo notevolmente ampliato.
Giova, invero, ricordare che – in attuazione della Legge n. 300 del 29 Settembre 2000 – il Governo con il D. Lgs. 8 giugno 2001 n. 231 ha, per la prima volta, riconosciuto la capacità dell'ente di delinquere nonché la sua natura di "autonomo centro di interessi e rapporti giuridici, punto di riferimento di precetti di varia natura, e matrice di decisioni ed attività di soggetti che operano in nome, per conto o comunque nell'interesse della società"[1].
L'adozione della suddetta normativa ha pertanto consentito da una parte di adempiere agli obblighi discendenti dalla Convenzione OCSE[2] a cui l'Italia aveva aderito, dall'altra di colmare la lacuna normativa consistente nella mancata previsione di una responsabilità degli enti e di rispondere alle esigenze di politica criminale correlate alle sempre più frequenti casistiche di crimini d'impresa.
Ebbene, in tal contesto, al momento della redazione del Decreto Legislativo, ai fini dell'individuazione dell'ambito oggettivo di operatività della responsabilità da reato delle persone giuridiche, si prospettarono dinanzi al Legislatore due diverse scelte metodologiche: quella c.d. della *Natur der Sache* e quella, opposta, dell'elencazione tassativa dei reati-presupposto[3].
Senza soffermarci in queste sede sulle caratteristiche dei criteri redazionali sopra indicati, come noto, il Legislatore italiano ha optato per la seconda alternativa metodologica.
Ciò posto, in modo più o meno inconsapevole, lo stesso ha tuttavia intrapreso la via della c.d. formazione progressiva del "Catalogo 231", procedendo in principio all'inserimento nella c.d. Parte Speciale del Decreto (i.e. artt. 24 e 25) del ridottissimo numero di reati indicati nelle convenzioni europee e internazionali che il Decreto Legislativo era chiamato a ratificare in

attuazione della Legge Delega n. 300/2000. Difatti, mentre nella prima bozza il Decreto presentava una struttura complessa in quanto articolata in ben sedici autonome fattispecie (tra cui, oltre ai reati di corruzione, anche i reati in materia di radiazioni ionizzanti, i reati in materia dei pericoli di incidenti rilevanti connessi con determinate sostanze pericolose, etc.), al momento del varo definitivo della norma il Legislatore ha operato un improvviso ridimensionamento della Parte Speciale, sopprimendo molti dei reati ascrivibili alla politica di impresa ed alla c.d. "criminalità economica"[4].

Tale impostazione minimalista è però stata ben presto abbandonata.

Il numero eccessivamente ridotto delle fattispecie-presupposto che costituiva la Parte Speciale originaria e che si era rivelato sproporzionato per difetto rispetto agli intenti del Legislatore è stato, infatti, successivamente oggetto di plurime integrazioni, aventi quale unico comune denominatore – alle volte solo in principio, altre anche in concreto – la prevenzione e repressione della cd. politica criminale d'impresa e nelle sue logiche del profitto.

Non può tuttavia negarsi che tale meccanismo di "formazione progressiva" ha determinato un'estensione del "Catalogo 231" spesso disorganica, caotica e sorretta da ragioni – a volte – meramente simboliche, correlate a temi di politica criminale propri del momento storico in cui si colloca il singolo intervento normativo.

Da quanto sopra deriva che, in taluni casi, le modifiche normative operate sono state caratterizzate da un'effettività pressoché nulla. Si fa in particolare riferimento alle riforme della prima metà degli anni duemila che hanno portato all'inserimento nel catalogo dei reati-presupposto dei delitti di falsificazione di monete ed in carte di pubblico credito, di terrorismo internazionale o di eversione dell'ordine democratico e di mutilazioni degli organi genitali femminili: reati che non hanno trovato ancora applicazione, né probabilmente mai la troveranno.

Di contro, alcune fattispecie di sicura pregnanza e che trovano frequente applicazione nella realtà, non sono ancora oggi state inserite all'interno del "Catalogo 231" e tra esse figurano anche i cd. illeciti *privacy,* che costituiscono il *focus* del presente elaborato.

3. Il longevo intreccio tra gli Illeciti *Privacy* e la Responsabilità amministrativa degli enti

L'enorme valore del bene giuridico protetto dalle disposizioni in materia di protezione dei dati personali e la rilevanza da questo assunta nell'ambito delle attività d'impresa sono state oggetto di un primo riconoscimento da parte Legislatore del 2013, il quale – seppur in ritardo e con modalità non pienamente condivisibili dal punto di vista sistematico – aveva inserito i cd. delitti *privacy* all'epoca vigenti all'interno del catalogo dei reati presupposto del D. Lgs. 231/2001 per il tramite del D. L. 93/2013.

Il Decreto Legge in parola nasce in realtà come strumento di rimedio ad un errore sistematico commesso precedentemente dal Legislatore.

Difatti, già nel 2008, in attuazione della Convenzione *Cybercrime* di Budapest del 2001[5], con la L. n. 48/2008[6], era stato introdotto nel D. Lgs. 231/2001 l'art. 24-*bis*, che, pur se rubricato "Delitti informatici e trattamento illecito di dati", ha inserito nel novero del "Catalogo 231" i soli reati di natura informatica.

Tale "scollamento" tra la rubrica ed il contenuto della disposizione normativa fu sin da subito oggetto di attenzione. Tanto è vero che, in sede di audizione informale alla Camera dei Deputati, era stata avanzata la proposta di modificare il testo della rubrica dell'articolo 24-*bis* eliminando il riferimento all'inciso "trattamento illecito dei dati" per una maggiore coerenza sistematica della norma.

Nonostante ciò, il Legislatore – pur intervenendo sulla rubrica della norma eliminando il riferimento all'"attentato ad impianti di pubblica utilità" – ha mantenuto inalterato il riferimento al trattamento dei dati.

L'intervento legislativo del 2013 ebbe dunque il fine – tra gli altri – di coordinare la rubrica della norma introdotta 5 anni prima con il testo della disposizione, integrando il comma I dell'art. 24-*bis* D. Lgs. 231/2001 come segue: "*in relazione alla commissione dei delitti di cui agli articoli 615-ter, 617-quater, 617-quinquies, 635-bis, 635-ter, 635-quarter, 635-quinquies e 640-ter, terzo comma, del codice penale nonché dei delitti di cui agli articoli 55, comma 9, del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 23139, e di cui alla Parte III, Titolo III, Capo II del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da cento a cinquecento quote*".

L'inclusione dei reati *privacy* tra i reati presupposto del D. Lgs. 231/2001 fu però molto breve: solo 2 mesi più tardi, nell'ottobre 2013, la Legge di conversione n. 113 ha disposto l'eliminazione di ogni riferimento alle fattispecie delittuose contenute nel D. Lgs. 196/2003 (cd. Codice *Privacy*).

Le motivazioni poste a fondamento di tale mancata finalizzazione sono probabilmente riconducibili

alle critiche provenienti da due fronti.
La dottrina fu, infatti, critica soprattutto con riferimento alla collocazione sistematica delle disposizioni normative in parola[7]. Contrari furono anche gli stessi soggetti destinatari della norma, ossia i rappresentanti delle categorie imprenditoriali che - con molta probabilità preoccupati dell'ingente esborso economico correlato alla necessaria revisione dei Modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo adottati ex art. 6 D. Lgs. 231/2001 -, per il tramite dell'allora Presidente di Confindustria Giorgio Squinzi, chiesero a gran voce l'abrogazione dell'art. 24-*bis* D. Lgs. 231/2001 o almeno l'esclusione dal testo del richiamo ai reati *privacy*[8].
Unica voce di senso opposto fu quella della Suprema Corte: gli Ermellini ebbero invero modo di apprezzare l'opportunità ed adeguatezza dell'intervento normativo nella Relazione n. III/01/2013 del 22 agosto 2013, in cui definirono l'introduzione dei reati *privacy* nel D. Lgs. 231/2001 un evento "*di grande impatto, soprattutto per la configurazione della responsabilità da reato degli enti per l'illecito trattamento dei dati, violazione potenzialmente in grado di interessare l'intera platea /delle società commerciali e delle associazioni private soggette alle disposizioni del D. Lgs 231/2001*".
Come spesso accade a fronte dell'inerzia del Legislatore, è proprio la giurisprudenza a tentare di colmare il *gap* determinato dalla mancata estensione del "Catalogo 231" agli illeciti *privacy*[9], ricorrendo alle categorie degli illeciti amministrativi dei reati informatici, dell'associazione per delinquere e del riciclaggio ed autoriciclaggio.
A conferma di quanto sopra, giova richiamare una recentissima sentenza pronunciata dal T.A.R. Lazio nell'ambito di un procedimento istruttorio avviato nei confronti di Facebook Inc. e Facebook Ireland Limited, su *input* dall'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato nel dicembre 2018[10].
Con la sentenza n. 261 del 10 gennaio 2020[11], il T.A.R. Lazio ha invero espressamente riconosciuto il valore economico dei dati personali.
Difatti, la società ricorrente aveva sollevato un'eccezione di incompetenza affermando che la stessa spettasse all'Autorità Garante per la *privacy*, non ritenendo sussistente nel caso *de quo* "*alcun corrispettivo patrimoniale e, quindi, un interesse economico dei consumatori da tutelare*".
Nel rigettare tale eccezione, il Giudice amministrativo ha chiarito che tale approccio, basato esclusivamente sulla concezione della tutela del dato personale nella sua accezione di diritto fondamentale dell'individuo, "*sconta una visione parziale della potenzialità insite nello sfruttamento dei dati personali, che possono altresì costituire un* "asset" *disponibile in senso negoziale, suscettibile di sfruttamento economico e, quindi, idoneo ad assurgere alla funzione di "controprestazione" in senso tecnico di un contratto*".
Il T.A.R., dunque, ha evidenziato la sussistenza di un campo di protezione per il dato personale, ulteriore a quelli già riconosciuti e disciplinati dal Regolamento UE 2016/679, che vede il dato stesso quale possibile oggetto di una compravendita tra gli operatori del mercato o tra questi e i soggetti interessati.
Pertanto – conclude il Giudice amministrativo - la "patrimonializzazione" del dato personale "*impone agli operatori di rispettare, nelle relative transazioni commerciali, quegli obblighi di chiarezza, completezza e non ingannevolezza delle informazioni previsti dalla legislazione a protezione del consumatore, che deve essere reso edotto dello scambio di prestazioni che è sotteso alla adesione ad un contratto per la fruizione di un servizio, quale è quello di utilizzo di un* social network".

4. Codice *Privacy* e GDPR: i nuovi illeciti *Privacy*

A conferma della sempre crescente rilevanza dei dati personali e dell'aumentare del valore economico agli stessi riconosciuto all'interno del sistema odierno, nel corso del 2018 si è assistito ad un'importante attività di riforma – già avviata in sede europea nel 2016 – che si è concretizzata nelle profonde innovazioni operate dapprima dal Regolamento UE/679/2016 (cd. "GDPR") e successivamente dal D. Lgs. 101/2018.
Come anticipato in Premessa, i due provvedimenti normativi in parola hanno determinato una netta inversione di marcia, determinando un traghettamento delle aziende italiane da un approccio formale - costruito su adempimenti minimi - ad un approccio sostanziale fondato sul cd. principio di *accountability*[12].
Con il Decreto Legislativo n. 101 del 10 agosto 2018, il Legislatore – ritenendo non sufficienti come strumento di repressione dei comportamenti illeciti le già ampie sanzioni amministrative presenti nel Regolamento Europeo – è quindi intervenuto riformando anche gli aspetti penalistici della materia, depenalizzando alcune fattispecie incriminatrici, al fine di scongiurare possibili violazioni del principio del *ne bis in idem,* ed introducendo nuove condotte delittuose.
La prima ipotesi di reato oggi prevista dal Codice *Privacy* è normata dall'art. 167, rubricato "Trattamento illecito di dati". Tale fattispecie, come novellata nel 2018, punisce diverse condotte consistenti nell'arrecare nocumento all'interessato in violazione di specifiche disposizioni normative,

al fine di trarre per sé o per altri profitto ovvero di arrecare danno all'interessato medesimo.
Con riferimento a tale fattispecie, giova poi evidenziare che il Legislatore ha previsto un'ipotesi di riduzione della sanzione penale applicata nei casi in cui "*per il medesimo fatto sia già stata applicata e riscossa a carico dell'imputato o dell'ente una sanzione amministrativa pecuniaria del Garante per la protezione dei dati personali*".
Il Legislatore del 2018 ha poi introdotto due ulteriori fattispecie incriminatrici agli artt. 167-*bis* e 167-*ter* del Codice *Privacy*, rubricati, rispettivamente, "Comunicazione e diffusione illecita di dati personali oggetto di trattamento su larga scala" e "Acquisizione fraudolenta di dati personali oggetto di trattamento su larga scala".
In particolare, l'art. 167-*bis* punisce la comunicazione e la diffusione, al fine di trarre profitto per sé o per altri o al fine di arrecare danno, di un archivio automatizzato o di una parte sostanziale di esso contenente dati personali oggetto di trattamento su larga scala, anche, ai sensi del comma II, quando la condotta sia posta in essere senza consenso e questo sia richiesto per le operazioni di comunicazione e diffusione.
Il reato di acquisizione fraudolenta di dati personali oggetto di trattamento su larga scala di cui all'art. 167-*ter* si configura, al contrario, con l'acquisto, al fine di trarre profitto per sé o per altri o al fine di arrecare danno, di un archivio automatizzato o di una parte sostanziale di esso contenente dati personali oggetto di trattamento su larga scala.
A differenza di quanto previsto dall'art. 167-*bis*, pertanto, l'art. 167-*ter* punisce esclusivamente il soggetto attivo che, con artifizi o raggiri, acquisisca l'archivio elettronico di dati personali o una sua parte sostanziale. Con riferimento a tali ultime fattispecie, appare opportuno osservare che a dispetto dell'utilizzo del termine "chiunque", la relazione illustrativa al D. Lgs. 101/2018 chiarisce che si tratta di reati propri del soggetto tenuto al trattamento professionale dei dati per obbligo di legge.
Un'ulteriore peculiarità di tali disposizioni è poi rinvenibile anche nell'assenza di tassatività laddove rinviano al generico concetto di "larga scala", che non trova definizione né nel Regolamento UE n. 679/2016 né nel Codice *Privacy*.
Ancora, la novella del 2018 è intervenuta con riferimento all'art. 168 del Codice *Privacy* che oggi punisce – oltre alla già prevista condotta di "Falsità nelle dichiarazioni al Garante" – anche la condotta di "Interruzione dell'esecuzione dei compiti o dell'esercizio dei poteri del Garante". Trattasi di un reato particolarmente insidioso in quanto astrattamente realizzabile anche nel caso in cui i fatti o le informazioni non corrispondenti alla realtà non siano direttamente comunicati al Garante ma a soggetti delegati da quest'ultimo (es. il corpo della Guardia di Finanza a cui è delegata l'attività ispettiva).
Appare opportuno precisare che in ogni caso la sopradescritta condotta deve essere necessariamente connotata, sotto il profilo dell'elemento soggettivo, dalla consapevolezza della falsità delle informazioni o delle documentazioni trasmesse e, pertanto, non sarà sufficiente ad integrare il reato la semplice trasmissione di dati forniti da terzi.
Da ultimo, il D. Lgs. 101/2018 ha posto nuovamente in vigore il reato di "Inosservanza dei provvedimenti del Garante" di cui all'art. 170 del Codice *Privacy*, il quale punisce chiunque, essendovi tenuto, non osservi un provvedimento adottato dal Garante.
Ci si riferisce in particolare ai provvedimenti in cui il Garante esercita il proprio potere di imporre una limitazione provvisoria o definitiva al trattamento, ai provvedimenti in materia di misure di garanzia per i trattamenti di dati genetici, biometrici o relativi alla salute, nonché ai provvedimenti generali con cui il Garante conferma le prescrizioni contenute nelle vecchie Autorizzazioni Generali, fatta salva la compatibilità con il GDPR.

5. Le ragioni di una riforma opportuna (e necessaria)

Dato il contesto appena delineato ed entrando in *medias res* nel tema oggetto di analisi, la trattazione si deve soffermare sulle ragioni per cui l'inserimento dei reati *privacy* nel Catalogo dei Reati 231 si configura oggi come un appuntamento non solo opportuno ma anche necessario.
Ebbene, in primo luogo, l'inclusione dei cd. illeciti *privacy* nel Decreto consentirebbe al Legislatore di dotare l'Italia di un ulteriore e più pregnante strumento di contrasto dei *cybercrimes*, in accordo alle previsioni della citata Convenzione di Budapest del 2001.
Difatti, le disposizioni in parola furono adottate prima in sede europea e, successivamente, nazionale al fine di contrastare e prevenire in modo efficace la criminalità in rete.
Non si può però non evidenziare che il *cybercrime* si è nel tempo evoluto, al pari della società e dell'economia: nel 2008 le condotte oggetto di attenzione – in quanto empiricamente verificate e/o verificabili – si identificavano per lo più in accessi illeciti ai sistemi informatici o in attività finalizzate a comprometterne il corretto funzionamento.
Lo stato evolutivo dei dispositivi e delle applicazioni dell'epoca esauriva invero in tali ambiti le attività

concretamente eseguibili.
È però innegabile che nell'ultimo decennio si è assistito ad un'evoluzione straordinaria delle funzionalità dei sistemi informativi e, di conseguenza, delle condotte tramite questi esplicabili.
In tal scenario, "l'attore principale" è dunque divenuta la cd. identità digitale, ovvero l'insieme di informazioni – comuni e particolari – che il singolo sistema o un insieme di sistemi informatici può porre in correlazione con riferimento ad una persona fisica. Informazioni che così strutturate costituiscono una sorta di *alter ego* digitale di ciascun cittadino.
Pertanto, muovendo dal presupposto che nella mente del Legislatore del 2008 - epoca in cui la potenzialità dei sistemi informatici non era ancora oggetto di pieno sviluppo - il bene giuridico di rilievo per le previsioni normative in commento era la sicurezza dei sistemi informatici, le fattispecie introdotte all'art. 24-*bis* D. Lgs. 231/2001 si configuravano come più che sufficienti a soddisfare le esigenze correlate alla Convenzione di cui erano attuazione. Tuttavia, nel contesto socio-economico odierno in cui il vero valore è rappresentato non dal sistema informatico strettamente inteso bensì dalle informazioni in esso contenute, è necessario compiere un'opera di attualizzazione.
Le finalità di tutela proprie della Convenzione del 2001 e della L. 48/2008 potranno quindi essere effettivamente soddisfatte solo quando l'ordinamento vigente sarà implementato con strumenti in grado di perseguire non solo l'integrità dei sistemi ma anche la legittimità dei trattamenti e delle operazioni effettuati per il loro tramite.
Un ulteriore elemento da cui discende l'opportunità di integrazione del "Catalogo 231" in ambito *privacy* è poi ravvisabile nelle caratteristiche strutturali delle fattispecie incriminatrici previste nel Codice *Privacy*.
Invero, come noto, uno dei nodi fondamentali della normativa sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche risiede nell'individuazione nel caso concreto dei criteri d'imputazione anche oggettivi, tra i quali figurano l'interesse o vantaggio dell'ente.
Le due condizioni applicative in parola sono state nel tempo oggetto di molteplici analisi e commenti, soprattutto con riferimento a quelle fattispecie di reato che, ferma la facile individuazione della persona fisica che con la sua condotta positiva o omissiva ha materialmente integrato la fattispecie di reato, non consentono un'identificazione immediata dell'interesse o vantaggio dell'ente (i.e. reati colposi di cui all'art. 25-*septies* D. Lgs. 231/2001).
Ebbene, con riferimento ai reati *privacy* di cui agli artt. 167 e ss. Codice *Privacy* si ravvisa la circostanza opposta: il fatto di reato è (quasi sempre) difficilmente imputabile ad una persona fisica, in quanto strutturalmente "cucito" sull'organizzazione societaria; di contro, lo stesso è (sempre) facilmente riconducibile nell'orbita dell'interesse o vantaggio di un ente.
A conferma di tale asserzione, è sufficiente pensare agli ingenti profitti discendenti dall'utilizzo illecito di dati personali da parte di compagnie telefoniche ed agenzie di *marketing* e ai benefici derivanti dalle medesime attività per la singola persona fisica.
Dalle riflessioni sopra brevemente condotte con riferimento alla "struttura" dei reati *privacy* oggi vigenti discendono ulteriori elementi a sostegno del necessario inserimento dei reati in parola nel "Catalogo 231", attinenti alla *ratio* dell'intero *corpus* normativo *privacy* nonché alla disciplina del D. Lgs. 231/2001.
Si badi invero che gli obblighi ed i divieti di cui agli artt. 2-*sexies* e ss. Codice *Privacy*, il cui mancato adempimento integra la fattispecie di reato di cui all'art. 167 del medesimo Codice, sono vincolanti esclusivamente per le persone giuridiche o per le persone fisiche che operano nell'ambito di un'attività economica-commerciale. La normativa *privacy* oggi vigente trova invero applicazione esclusivamente nel caso in cui il Titolare del trattamento[13] esegue un trattamento dei dati personali per l'esercizio di attività a carattere non personale o domestico.
Alla luce di ciò, come può un privato cittadino commettere un reato di cui non può essere soggetto attivo, non figurando (se non in casi eccezionali) tra i destinatari della normativa la cui violazione è presupposto necessario del reato?
La risposta non può che essere negativa.
La mancata menzione degli illeciti *privacy* tra i reati presupposto appare, dunque, palesemente in contrasto con la logica che anima la normativa europea in materia di dati personali, nonché con lo stesso intervento riformatore del Legislatore italiano del 2018 che sembra aver definito e posto in vigore delle norme atte a punire le condotte illecite eseguite da una persona fisica solo quando opera in nome e per conto di un ente.
La natura "duetreunistica" dei reati in parola emerge poi ancora più chiaramente dal dettato del comma V dell'art. 167 laddove prevede una riduzione della sanzione applicabile al reo quando "*per lo stesso fatto è stata applicata a norma del presente codice o del Regolamento a carico dell'imputato o dell'ente una sanzione amministrativa pecuniaria dal Garante e questa è stata riscossa, la pena è diminuita*".

Lo stesso Legislatore sembra dunque porre la persona giuridica tra i soggetti attivi della fattispecie.
Ulteriori elementi corroboranti la tesi che si sostiene derivano poi dai profili di connessione e sovrapposizione tra le due normative in commento, il D. Lgs. 231/2001 e il Codice *Privacy*.
Le due norme si configurano come norme di *compliance*, che rinvengono la propria funzione teleologica nel prevenire e ridurre il verificarsi dei rischi aziendali e, di conseguenza, si muovono secondo logiche perfettamente coincidenti.
Entrambe presuppongono, pertanto, quale primo adempimento un'attenta analisi del rischio specifico dell'impresa. Infatti, al fine di predisporre un Modello di Organizzazione ex art. 6 D.Lgs. 231/01, occorre procedere con un *risk assessment* ed una *gap analysis* volti a mappare i rischi di verificabilità dei Reati 231 nell'ambito delle attività aziendali ed individuare eventuali azioni correttive finalizzate alla loro mitigazione. Parimenti, in materia di protezione dei dati personali, l'art. 35 del Regolamento (UE) 2016/679 prevede l'obbligo di esecuzione del *Data Protection Impact Assessment* (DPIA), ossia di una valutazione del livello di rischio che una violazione dei dati possa tradursi in una lesione dei diritti e delle libertà degli interessati.
Ma vi è di più. Anche nella fase successiva, ovvero quella di adozione di misure idonee a prevenire o ridurre i rischi identificati, le due norme si muovono in modo sincrono.
Invero, così come l'art. 6 D. Lgs. 231/2001 prevede espressamente che l'ente debba dotarsi di Modelli Organizzativi idonei a prevenire i rischi e controllare le aree rilevanti in ottica 231, la normativa *privacy* richiede l'adozione di sistemi e misure tecnico-organizzative necessarie per il perseguimento del pieno rispetto della disciplina.
A limine di quanto sopra, ci si vuole soffermare su uno dei temi più dibattuti all'indomani dell'entrata in vigore dei nuovi illeciti privacy nel settembre 2018, ovvero la possibile violazione del principio del ne bis in idem di cui agli artt. 4, prot. 7, CEDU e 50 CDFUE nelle ipotesi in cui per gli stessi fatti oggetto di una sanzione amministrativa comminata dal Garante privacy sia avviato un procedimento penale.
Come noto, il principio in parola – come interpretato dall'ormai consolidata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte di Cassazione – vieta di punire due volte un soggetto per un medesimo fatto storico.
Ebbene, il tema del rapporto tra disposizioni penali e amministrative è già stato affrontato dal Legislatore del 2018.
Difatti, nella Relazione al D.Lgs. 101/2018, si è evidenziata la necessità di depenalizzare alcune delle fattispecie incriminatrici vigenti in quanto la loro sovrapposizione alle sanzioni amministrative definite in sede europea avrebbe potuto integrare una violazione del principio del "ne bis in idem".
Lo stesso Legislatore ha poi provveduto all'istituzione di un flusso immediato di coordinamento tra il Pubblico Ministero ed il Garante Privacy, nonché alla previsione di una circostanza attenuante
Meccanismi che, a parere di chi scrive, consentono di soddisfare il cd. criterio della "*sufficiently close connection in substance and time*" elaborato dalla giurisprudenza comunitaria[14].

6. Conclusioni

I tempi appaiono dunque oltre modo maturi per una riforma attesa da tempo.
In primo luogo, appare evidente che le fattispecie di reato introdotte dal D. Lgs. 101/2018 ben si coordinano con le caratteristiche normative ed i principi ispiratori della responsabilità amministrativa degli enti.
Di più, la previsione degli illeciti *privacy* nel D. Lgs. 231/2001 consentirebbe di dare piena attuazione ad un principio cardine del nostro ordinamento penale, ossia il principio di tassatività, riducendo i casi di interpretazioni estensive da parte della giurisprudenza finalizzate a colmare tale anacronistico *vulnus*, determinato dalla previsione di una tutela normativa ad esclusiva protezione del mezzo (i.e. sistema/strumento informatico) e non del suo contenuto e, consequenzialmente, di un bene giuridico particolarmente rilevante quale la dignità umana.
Ancora non può tacersi che, nel contesto odierno, le società e gli enti associativi in genere – soprattutto in ambito medico-farmaceutico – si stanno impegnando in una sempre maggiore digitalizzazione delle attività e delle informazioni e che in tal contesto la *compliance privacy* ha assunto un'importanza sempre crescente. Di conseguenza, perdono ogni attualità anche gli indugi correlati all'eccessiva onerosità delle attività di aggiornamento dei Modelli organizzativi manifestati dagli imprenditori nel 2013.
È tuttavia indubbio che solo un intervento strutturato del Legislatore potrà però perseguire un diffuso cambio di approccio che consenta di sfruttare al meglio le spinte sinergiche che provengono dalle due normative, nonché di ridurre costi ed energie, evitando sovrapposizioni e duplicazioni, e di rendere l'intero sistema di *compliance* maggiormente effettivo ed efficace.

1 Relazione della Commissione presieduta dal prof. Federico Grosso, sul progetto preliminare di riforma del codice penale del 12 settembre 2000.

2 Convenzione sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, Parigi 17 dicembre 1997.

3 G. Amarelli, *Il catalogo dei reati presupposto del d.lgs. n. 231/2001 quindici anni dopo. Tracce di una razionalità inesistente*, Legislazione Penale, maggio 2016.

4 *Ibid.*

5 Convenzione sulla criminalità informatica, Budapest, 23 novembre 2001.

6 Legge 18 marzo 2008, n. 48, "Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica, fatta a Budapest il 23 novembre 2001, e norme di adeguamento dell'ordinamento interno", G.U. n. 80 del 4 aprile 2008 - Supplemento ordinario n. 79.

7 Si è in particolare sostenuto che, nonostante si trattasse di una previsione di per sé apprezzabile, essendo condivisibile l'estensione della responsabilità delle persone giuridiche a tali ulteriori fattispecie, essa fosse inserita secondo logiche di difficile comprensione, data la natura particolarmente eterogenea delle disposizioni normative oggetto dell'intervento normativo. Cfr. Santoriello C., Una ulteriore osservazione sul Decreto Legge 93/2013, in Rivista 231, 2013.

8 Le società del 2013 invero non erano dotate di architetture *privacy* particolarmente solide. La normativa vigente in materia fino ad allora era difatti costruita su un sistema di misure minime, per il cui adempimento era sufficiente dimostrare di aver eseguito gli adempimenti meramente formali dettagliati nelle *check list* fornite dallo stesso Garante della *Privacy*. L'elaborazione e l'attuazione di procedure e modelli finalizzati effettivamente a ridurre il rischio del compimento dei reati di cui al Codice *Privacy* avrebbe richiesto un investimento economico non indifferente, soprattutto per tutte le società che avevano reso il trattamento (*rectius* sfruttamento) di dati personali il proprio *core business*.

9 Cass. Pen., Sez. II, 18 febbraio 2016 (dep. 24 maggio 2016), n. 21596.

10 Le due società erano state sanzionate per violazione degli artt. 20- 21-22-24 e 25 del D. Lgs. n. 206 del 6 settembre 2005, c.d. "Codice del Consumo", perpetrata attraverso più pratiche commerciali scorrette aventi ad oggetto la raccolta, lo scambio con terzi e l'utilizzo, ai fini commerciali, dei dati dei propri utenti.

11 TAR Lazio, sez. I, 18 dicembre 2019 (dep. 10 gennaio 2020), n. 261.

12 In estrema sintesi, si ricorda che il principio di "responsabilizzazione" (o "*accountability*") impone ad ogni Titolare del trattamento di implementare modelli di gestione aziendale ispirati ad un *risk – based approach,* avente quale perno i rischi per la libertà e la riservatezza degli Interessati correlati alle attività dallo stesso svolte.

13 Soggetto definito all'art. 4 del Regolamento UE/679/2016 quale "la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che, singolarmente o insieme ad altri, determina le finalità e i mezzi del trattamento di dati personali".

14 Cfr. Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-524/15, Menci; C-537/16, Garlsson Real Estate e a.; C-596/16 e C-597/16, Di Puma e Zecca.

18 Vent'anni di Decreto 231 e di cambiamenti epocali nel diritto societario: consiglieri di sorveglianza, amministratori indipendenti (e sindaci) di fronte al rischio 231.

di Antonio Morello

Abstract
Il ruolo del consiglio di sorveglianza (nel sistema dualistico) e del comitato per il controllo sulla gestione (nel sistema monistico) nel governo dei rischi 231 presenta ancora molti punti interrogativi: la risposta non può essere ricavata, automaticamente, da quanto in questi vent'anni è stato detto e scritto sul ruolo del collegio sindacale. Questo vale, in particolare, in tema di nomina dell'OdV, di vigilanza sulle scelte organizzative del consiglio di amministrazione e di soggetti del reato presupposto.

As to the crime risk governance, the role of the Supervisory Board (Italian two-tier system) and the Management Control Committee (Italian one-tier system) raises a lot of questions: the answers cannot be automatically found in all that has been said and written during the past twenty years on the role of the Board of Statutory Auditors ("traditional" system). This is particularly true for the appointment of the Surveillance Body (under Decree 231), the supervision of the organizational decision of the Board of Directors and the identification of the author of "231 crime".

Sommario
1. I vent'anni del Decreto 231. – **2.** A diciotto anni dall'avvento di due sistemi di amministrazione e controllo "alternativi". – **3.** L'organo di controllo di fronte alle scelte degli amministratori in ambito 231. – **4.** Sistema tradizionale, dualistico e monistico: rilevanti differenze. – **5.** La nomina dell'organo di controllo quale OdV: la posizione del sindaco. – **6.** La diversa posizione del consigliere di sorveglianza e del membro del comitato per il controllo sulla gestione. - **7.** Segue. Correttivi e mitigazioni, anche de iure condendo. – **8.** Note minime sui flussi informativi, anche nei gruppi. – **9.** MOG "inidonei", per il Decreto 231, e assetti "inadeguati", per il Codice Civile: note minime sulla colpa organizzativa. – **10.** Sulla obbligatorietà dei MOG, da una angolazione lievemente diversa. – **11.** L'organo di controllo tra i soggetti "finali" della sanzione 231, nelle società di capitali. – **12.** Organo di controllo e soggetti del reato presupposto - **13.** Lo svolgimento "di fatto" di funzioni "apicali" quale clausola di chiusura del sistema. - **14.** La permanente neutralità del Decreto 231: punto di partenza e linee evolutive.

1. I vent'anni del Decreto 231.

Nessun ente collettivo può permettersi di agire disorganizzato; se ad essere collettiva è una impresa - e dunque quando l'ente collettivo è personificato da una società - l'organizzazione è, da un lato, elemento costitutivo perché l'impresa, anche quella individuale, è attività necessariamente organizzata e cioè attività che vede la collaborazione tra più soggetti "attuantesi sulla base di un principio organizzativo [e quindi] se manca ogni e qualsiasi organizzazione non vi è impresa"[1]; dall'altro, nell'impresa societaria l'organizzazione rappresenta il termine oggettivo di riferimento di un dovere di condotta che impegna gli amministratori: le società vedono infatti la propria organizzazione al centro di un articolato sistema di norme ai quali l'azione degli amministratori deve sempre conformarsi e che di quella organizzazione fissano i principi di riferimento.
Entro questa cornice si colloca il D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 ("Decreto 231") il cui varo ha rappresentato una novità di assoluto rilievo per il nostro ordinamento: agli enti collettivi – fino a quel momento visti come *persona ficta* incapaci di delinquere – il Decreto 231 ha infatti dedicato una responsabilità chiamata, riduttivamente, "amministrativa"; prima di questa svolta epocale, solo autorevoli esperimenti[2].
In questi vent'anni i contributi della giurisprudenza

teorica e pratica sono stati fondamentali nel dare forma, identità e sostanza a questo nuovo titolo di responsabilità a cominciare dalla sua natura (penale)[3] e dai profili soggettivi: è stato così precisato che il Decreto 231 si rivolge anche agli enti di diritto straniero[4]; che restano sostanzialmente ai margini del perimetro applicativo le società unipersonali[5]; che l'ente quando delinque va trattato alla stregua di un persona "vera" fino al punto di ammetterne, secondo un (contrastato) orientamento della giurisprudenza, la messa alla prova[6], e così via dicendo.

Non meno importanti i chiarimenti sui presupposti applicativi: si tratta di una responsabilità legata alla commissione da parte dell'ente di un illecito che non si identifica nel - ma *presuppone* un - "altrui" reato, sebbene bisogna fare molta attenzione al significato che si assegna al lemma "presupposto": non si dimentichi, infatti, che la sanzione 231 può essere irrogata pur di fronte alla prescrizione del reato nel misurare la quale la speciale tenuità di quest'ultimo è irrilevante[7]; la responsabilità dell'ente sussiste anche quando non è stato possibile identificare o non è imputabile l'autore del reato presupposto e permane anche quando questo reato si estingue per cause diverse dall'amnistia[8]; la natura colposa del reato presupposto non esclude affatto il vantaggio o l'interesse dell'ente[9]; ed è sempre nel solco di questa persuasiva ricostruzione che in un certo senso autonomizza la responsabilità dell'ente che la vicenda processuale contro quest'ultimo e quella contro l'autore del reato presupposto possono imboccare due strade differenti oppure: come accaduto in un recentissimo caso che ha visto l'archiviazione del procedimento penale a favore dell'ente pur di fronte alla condanna per corruzione di alcuni suoi esponenti[10].

In questo quadro che vede associazioni (riconosciute e non), enti di volontariato, fondazioni, enti filantropici e di promozione sociale, enti pubblici economici, società, etc. *delinquere (et puniri) potest* c'è un dato che fa spicco che introduce quanto sarà oggetto di approfondimento: pur a fronte di una capacità applicativa formalmente e quindi potenzialmente illimitata, in questi vent'anni operatori ed interpreti del sistema 231 hanno concentrato sforzi applicativi e meditazioni teoriche non già sul "microcosmo" degli enti collettivi-non societari ma sull'"universo" degli enti-*societari:* da sempre, cioè, il campo di elezione nell'applicazione del sistema 231 e cioè il laboratorio italiano della disciplina sulla responsabilità amministrativa degli enti è rappresentato dalle società e nemmeno da tutte ma principalmente dalle società *di capitali:* specie quelle aventi grandi dimensioni o – se permessa la semplificazione – grandi problemi organizzativi[11].

Sebbene e come noto esistano enti collettivi non societari che hanno scelto di rendersi "231 *compliant*" ad esempio nominando un OdV[12], sin da quando ha cominciato a muovere i primi passi nell'ordinamento italiano "la 231" è stata percepita dai più – e non si dice "da tutti" solo per conservare il beneficio del dubbio - come una disciplina diretta principalmente a prevenire e sanzionare la criminalità nelle imprese aventi forma societaria: o più precisamente l'incapacità delle società di prevenire la commissione al suo interno di reati.

Una conferma, sebbene in chiave patologica, proviene dal riscontro giurisprudenziale che in questo ambito appare più rilevante del solito in quanto la prassi applicativa è andata evolvendosi sul sentiero tracciato dalle sentenze di condanna (le cui massime hanno trovato nella "rete" una fondamentale cassa di risonanza): i repertori giurisprudenziali censiscono bensì casi di enti collettivi diversi dalle società cui è stata comminata una sanzione 231 ma si tratta di assolute rarità[13].

Ed allora si continui pure a dire che in ambito 231 sono stati fatti passi da gigante ma il periodo di osservazione è sufficientemente lungo (venti anni) per riconoscere che il banco di prova del sistema 231 o, come si diceva, il laboratorio dove sono stati sperimentati schemi generali e varianti di "*modelli di organizzazione e di gestione*" (MOG) non sono stati ne francamente si prevede che negli a venire possano essere gli enti collettivi in generale ma le società di capitali: quelle stesse società che, anche in considerazione del loro "statuto legale", hanno provveduto a pubblicare sul sito *internet* istituzionale i propri MOG così inconsapevolmente contribuendo alla creazione di *standard* redazionali che circolando pubblicamente (e cioè in maniera incontrollata) sono stati troppo spesso oggetto di acritico tramandamento (con buona pace dell'art. 6, comma 1, lett. a) e b), Decreto 231).

In sostanza, è nelle società di capitali - specie quelle azionarie o comunque facenti parte di importanti gruppi industriali - che la "cultura 231" si è diffusa o, per lo meno, ha mostrato di attecchire più facilmente; come noto a chi ha esperienza pratica della materia, la decisione se adottare o meno un MOG preoccupa non tanto – per dirla con le parole del Decreto 231 – il "rappresentante", il "soggetto apicale", l' "organo dirigente", etc. dell'ente collettivo in generale quanto e specificamente gli amministratori di società di capitali e, aggiungasi, di quanti vigilano sul loro operato: non appena si completa l'insediamento degli organi (fase costitutiva) o non appena la società comincia ad assumere dimensioni importanti (sul piano organizzativo, del fatturato, dell'estensione

territoriale, etc.) diventa un passaggio ineludibile per l'organo amministrativo decidere se rendersi o meno "*231 compliant*"[14] e nella generalità dei casi il dubbio - "giusto per non sbagliare"[15] - viene sciolto in senso affermativo.
Il riscontro bibliografico è in linea con questo dato di tendenza: i tantissimi studiosi che in questi vent'anni, si sono occupati di responsabilità 231 – il più delle volte per chiarirne natura, criteri di imputazione, profili soggettivi e condotte vietate (limitando l'elenco ai temi più in auge) - hanno, pressocché tutti, più o meno consapevolmente, concentrato l'attenzione su quanto accade nelle società e non negli enti collettivi in generale: non si tratta di una semplice casualità ed anzi la centralità fenomenologica delle società di capitali, come si proverà a dimostrare in questo contributo, è un dato decisamente razionale anche sul piano del ragionamento giuridico.

2. A diciotto anni dall'avvento di due sistemi di amministrazione e controllo "alternativi".

Si tratta allora di vedere se il Decreto 231 (che compie vent'anni) e la riforma di diritto societario (che si appresta a diventare maggiorenne) siano cresciuti assieme e nei limiti di una risposta negativa comprendere se tra questi due autentici pilastri del panorama normativo italiano possa oggi stabilirsi una sorta di "trova maestra" di cui, nei termini che si diranno, sarebbe proprio il sistema 231 a potersi giovarsi; nodi importanti da sciogliere particolarmente ove ci si collochi nella seguente prospettiva: lo statuto legale delle società di capitali esistente al momento del varo del Decreto 231 era sensibilmente diverso da quello attuale e lo era con riferimento a tematiche nevralgiche anche da una prospettiva 231 quali la *governance* societaria ed in particolare gli assetti di controllo interno in quanto quella riforma ha aperto le porte del nostro ordinamento a due organi di controllo alternativi al collegio sindacale e cioè il consiglio di sorveglianza ed il comitato per il controllo sulla gestione nell'ambito dei cosiddetti, rispettivamente, sistema dualistico e sistema monistico.
La domanda non è originale ed anzi ha già ricevuto risposta negativa: non è infatti sfuggito all'esame attento della dottrina che "il diritto delle società, da un lato, e il sistema della prevenzione dei reati, dall'altro, hanno continuato a scorrere lungo percorsi tra loro paralleli"[16]; nel solco di questa persuasiva ricostruzione c'è allora un punto problematico da segnalare: l'impianto del Decreto 231 notoriamente ruota attorno al concetto di organizzazione e precisamente di organizzazione "idonea" in quanto effettivamente capace di prevenire – secondo la tipica logica della prevenzione *indiretta*[17] - la commissione di reati del genere di quelli cosiddetti "presupposto": nelle società di capitali l'organizzazione è nella mani dell'organo amministrativo che nel modellarla opera sotto la vigilanza dell'organo di controllo: la prevenzione di quella *species* di "rischio legale" che va sotto il nome di "rischio 231" si atteggia però in maniera differente a seconda del sistema di *governance* nel quale si ricade e cioè i poteri ad esercizio per lo più doveroso e quindi le responsabilità si distribuiscono diversamente tra amministratori e sindaci (sistema tradizionale), tra amministratori esecutivi e membri del comitato per il controllo sulla gestione (sistema monistico), tra consiglieri di sorveglianza e di gestione (sistema dualistico).
In questi vent'anni, grazie al contributo di commentatori, operatori, regolatori di vario grado e giudici per lo più penali è stato possibile chiarire, tutto sommato con soddisfacente analiticità (anche se le zone d'ombra non mancano), quale deve essere il ruolo del collegio sindacale anche nel rapporto con l'OdV: come si distribuisce, nel sistema monistico ed in quello dualistico, la responsabilità di assicurare che strutture, processi e protocolli siano "idonei" a prevenire la commissione di reati presupposto rappresenta invece una questione ancora irrisolta là dove, scendendo ancora più a fondo, il nodo interpretativo principale riguarda, proprio ed appunto, il ruolo dell'organo di controllo monistico, *sempre che si tratti di un organo*[18], e di quello dualistico.
Complice, forse, la marginalità numerica in Italia delle società monistiche e di quelle dualistiche (ma il dato statistico non può vincolare il ragionamento giuridico), la questione non è stata ancora trattata con quella profondità di analisi che forse meriterebbe: non è questa la sede per farlo anche considerando il settore scientifico di appartenenza della rivista che ospita questo contributo; ci sono però alcuni aspetti che si devono affrontare perché rispetto ad essi anche il giudice penale – in ipotesi titolare di un "fascicolo 231" – non può rimanere indifferente: si guardi, ad esempio, al tema della nomina quale OdV dell'organo di controllo, tema che trova oggi nella legge una risposta chiara ma, nei termini che si diranno, tutt'altro che tranquillizzante nella prospettiva di dover giudicare l'idoneità del MOG di una società con *governance* monistica o dualistica: fino a che punto, cioè, quel genere di società possono valersi dell'opzione offerta dall'art. 6, comma 4-*bis,* Decreto 231? Ed ancora, quale genere di vigilanza ci si deve attendere da sindaci, consiglieri di sorveglianza e amministratori indipendenti sulle

scelte organizzative in tema di prevenzione del rischio 231 e, in stretta relazione con questo tema, quale genere di relazione intercorre tra l'organo di controllo, nelle sue tre diverse configurazioni, e l'OdV? Temi, questi, che si ricongiungano ad uno di vertice: la facoltatività (asserita) dei MOG.
Non si tratta di agitare questioni di coerenza sistematica di disposizioni del Decreto 231 – come quella sulla nomina dell'OdV – frutto di vere e proprie scelte di campo operate dal legislatore che hanno oramai placato il dibattito accademico ma di avere chiaro, nella prospettiva che un reato presupposto venga commesso, quali sono i riflessi che alcune *legittime* scelte organizzative possono sortire sul giudizio di idoneità del MOG a prevenire quel reato e quindi sulla responsabilità dell'ente: si cercherà quindi di offrire *"a legislazione vigente"* spunti di riflessione ma anche vagamente operativi in tema di governo del rischio 231, soffermandosi sui profili di ordine sistematico nei limiti strettamente necessari a tratteggiare possibili linee evolutive del "diritto 231".

3. L'organo di controllo di fronte alle scelte degli amministratori in ambito 231.

La prevenzione del rischio penale nell'impresa e dunque, quando quel rischio assume le sembianze del "rischio 231", l'adozione di un MOG idoneo nell'accezione dell'art. 6, comma 1, lett. a), Decreto 231 costituiscono tasselli indispensabili del sistema di controllo interno e più comprensivamente dell'assetto organizzativo dell'impresa societaria: non solo nei fatti (e cioè per le leggi dell'economia e la scienza aziendale) ma anche per il diritto atteso che l'adeguatezza degli assetti organizzativi rappresenta il termine oggettivo di riferimento di precisi doveri che impegnano i vertici della società e cioè: ad un titolo, l'amministratore delegato (o l'eventuale comitato esecutivo), ad altro titolo, l'organo amministrativo nella sua composizione plenaria (Cda, nel sistema tradizionale e monistico; consiglio di gestione in quello dualistico) e ad altro titolo ancora l'organo di controllo (Collegio sindacale-sindaco unico, consiglio di sorveglianza, comitato per il controllo sulla gestione); a questa triade di soggetti-organi compete infatti e rispettivamente, il compito di *curare* l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, di *valutarlo* e di *vigilare* sul suo concreto funzionamento.
A sancirlo – per richiamarsi alle disposizioni principali - sono gli artt. 2086, comma 2, 2380-*bis*, 2381, comma 5 e 2403 c.c. dalla cui lettura combinata emerge che è dovere *esclusivo* degli amministratori organizzare adeguatamente processi, assetti, organigrammi, etc. sotto la vigilanza dell'organo di controllo: anche da una angolazione di diritto penale, l'adozione di un MOG e, in questo ambito, l'istituzione di un OdV rappresenta allora "una delle modalità organizzative dell'ente attuata dall'organo amministrativo *ex* art. 2381, comma 3, c.c."[19].
Avuto specifico riguardo all'organo di controllo, l'adozione - ed il suo eventuale *upgrade* - di un MOG *idoneo* o per meglio dire, di un MOG che appaia obiettivamente idoneo, entra, in quanto parametro *legale* di corretta amministrazione, nella vigilanza di consiglieri di sorveglianza, amministratori indipendenti membri del comitato per il controllo e di sindaci: non nel senso che la mancata adozione del MOG debba presuntivamente intendersi espressione di *negligente* amministrazione perché questo potrà semmai essere l'esito quel concreto giudizio *post factum* tipico dei procedimenti 231 e non la premessa di un ragionamento teorico; ma nel senso che il controllo di legalità vertendo anche sull'adeguatezza degli assetti organizzativi e sul loro concreto funzionamento finisce inevitabilmente con l'incrociare le valutazioni che gli amministratori compiono in merito all'eventuale adozione di un MOG.
Ancora più esplicitamente, se la premessa maggiore – ugualmente valida dinanzi al giudice penale (procedimento 231) e civile (artt. 2392 e ss.) - è che la società non possa permettersi di agire disorganizzata, l'organo di controllo deve occuparsi (*vigilanza valutativa*) delle scelte organizzative assunte dagli amministratori in ordine alla legalità aziendale a cominciare dal governo del rischio 231 e se ne deve occupare soprattutto quando l'organo amministrativo decida, in linea di principio legittimamente, di non adottare un MOG: di fronte a questa scelta l'organo di controllo si deve infatti interrogare sui razionali che la sorreggono e se questi razionali *non* sono noti o *non* persuadono deve ritornare sull'organo amministrativo al fine di ottenere da questo adeguati e soddisfacenti ragguagli: se il confronto prima e durante i consigli di amministrazioni non porta i frutti auspicati, la relazione al bilancio (art. 2429, c.c.) è la sede deputata ad accogliere i rilievi critici dell'organo di controllo formalizzando i quali l'organo di controllo investe formalmente della questione il consiglio di amministrazione (sistema tradizionale e monistico) o il consiglio di gestione (sistema dualistico) di fronte, aggiungasi, all'assemblea dei soci.
A sospingere il ragionamento verso questa direzione che vede l'organo di controllo in prima linea nel vigilare sulle scelte organizzative anche in ambito 231 si pone una ulteriore considerazione riguardante l'atto di nomina dell'OdV: costituire

un OdV e, più comprensivamente implementare un MOG è, da qualunque angolazione la si osservi, una decisione attratta nel perimetro di competenza – che il recente Codice della Crisi ci ricorda essere esclusiva – dell'organo amministrativo (artt. 2380-*bis* e art. 2086, comma 2, c.c.), una decisione che quindi si colloca naturalmente e cioè già in linea di principio al di là delle competenze assembleari.
In definitiva, il rischio legale *deve* essere correttamente presidiato già ai sensi della "disciplina comune"; quando poi l'organo di controllo ritenga che tra tutti i rischi legali quello 231 assume un certo peso alla luce delle peculiarità operative ed organizzative della società è dovere di quell'organo richiamare formalmente l'attenzione dell'organo amministrativo, un richiamo di attenzione necessario in quanto oggetto di un dovere che non discende dal Decreto 231 ma dal Codice Civile; la disciplina di diritto comune si pone così al servizio di quella "speciale" dettata dal Decreto 231: regole e principi di regolazione civilistici lasciando quindi intravedere profili di una certa obbligatorietà del sistema 231, quella obbligatorietà che il legislatore storico del Decreto 231 ha scelto di non declamare per esplicito ed in via di principio, scelta che in occasione dei successivi interventi riformatori che si sono avuti in questi vent'anni il legislatore non ha "osato" revocare.

4. Sistema tradizionale, dualistico e monistico: rilevanti differenze.

È dovere dell'organo di controllo vigilare sull'adeguatezza ed anzi, per dirla col Decreto 231, sulla *idoneità* di processi e presidi organizzativi a prevenire illegalità ed illeciti *anche* del tipo dei reati presupposto: la vigilanza (come pure l'amministrazione), già per la descrizione che ne offre astrattamente il Codice Civile, si atteggia però in maniera sensibilmente diversa nel sistema tradizionale, dualistico e monistico essendo, i rispetti organi di controllo, muniti di differente capacità operativa ed essendo, in via di conseguenza, gravati da responsabilità altrettanto differenti: i membri dell'organo di controllo monistico, accanto al controllo di legalità, svolgono un *preventivo* controllo di "merito"; quelli dell'organo di controllo dualistico arrivano a nominare gli amministratori ed approvare il bilancio; l'incarico di sindaco è irrevocabile salvo ricorra una giusta causa da accertare in giudizio, solo per citare gli aspetti salienti.
Postula dunque poteri di "impulso e reazione" di differente portata la vigilanza tradizionale, monistica e dualistica sulle decisioni a rilievo organizzativo che assumono gli amministratori, tra cui la decisione "madre": se adottare o meno un MOG.
Pur muovendoci in un contesto – almeno formalmente – di facoltatività giuridica, non è improprio ritenere il merito di quella decisione suscettibile di un sindacato da parte certamente dei consiglieri di sorveglianza e degli amministratori indipendenti membri del comitato per il controllo sulla gestione e, entro certi termini, da parte dei sindaci.
Partendo dal sistema monistico, per il membro del comitato per il controllo sulla gestione la decisione circa l'adozione o meno di un MOG ricade direttamente e *non* per il tramite del dovere di vigilanza sotto la propria responsabilità: differentemente da quanto possa dirsi per i modelli "*dual tier*" – nei quali andrebbe incluso il sistema c.d. tradizionale e cioè il dualistico "atipico" o "all'italiana" – il controllore monistico assume, assieme agli altri consiglieri di amministrazione, la paternità giuridica di quella decisione: i componenti del comitato per il controllo sulla gestione in quanto amministratori hanno cioè titolo per approvarla come pure per contestarla e questo vale ovviamente per ogni scelta organizzativa che il consiglio, nel suo *plenum,* intende assumere e di cui l'organo delegato si fa il più delle volte promotore.
Per il consigliere di sorveglianza il discorso è lievemente diverso ma gli esiti non variano di molto: la decisione organizzativa è del consiglio di gestione ma non può negarsi che la possibilità per il consiglio di sorveglianza di essere parte attiva nella definizione delle politiche di alta amministrazione impedisce di vedere nel controllore dualistico un soggetto completamente "estraneo" all'amministrazione e cioè del tutto terzo come invece è il sindaco: diversamente infatti da quanto possa dirsi per quest'ultimo, è riduttivo e forse anche semplicistico considerare il consigliere di sorveglianza alla stregua di un soggetto che si limita a controllare la legalità delle scelte del consiglio di gestione in ordine alla adozione o meno di un MOG se ci si colloca nella prospettiva che è nella mani del consiglio di sorveglianza la definizione delle linee di indirizzo generali sul governo del rischio "legale" tra cui quello 231 alle quali linee le scelte del consiglio di gestione devono conformarsi.
In definitiva, per i controllori monistici si può parlare di un coinvolgimento formale (strutturale) e sostanziale (funzionale) nella amministrazione mentre per quelli dualistici di un coinvolgimento unicamente – che non significa marginalmente – sostanziale.
Nessun coinvolgimento invece per i sindaci che operano in una posizione di formale e sostanziale terzietà salvo puntualizzare un aspetto che

accorcia, senza annullarla, la distanza del sindaco rispetto all'amministrazione: sebbene i sindaci non siano tenuti a sindacare il merito delle decisioni degli amministratori, non è precluso loro – ed anzi darebbero prova di scrupolosa vigilanza - formulare inviti e raccomandazioni all'organo delegato finalizzati a sensibilizzare quell'organo e l'intero CdA ad adottare formalmente un MOG o comunque a munire l'impresa di assetti organizzativi sostanzialmente "*231 compliant*" apprestando presidi organizzativi adeguati ed idonei.

C'è tuttavia un punto da segnalare che marca appunto la differenza tra il controllo di legalità nel sistema tradizionale rispetto a quello monistico o dualistico, differenza che vale anche in ordine alle scelte di governo del rischio 231 tra cui, come si vedrà nel paragrafo seguente, la nomina dell'OdV: ove ci si collochi nella prospettiva che l'organo delegato ritenga di non conformarsi (caso raro ma giammai di scuola) alle indicazioni dell'organo di controllo, il collegio sindacale potrà reagire solo nei limiti entro cui quella decisione pone - o fondatamente sospetti possa porre - un problema *stricto sensu* di legalità dell'azione amministrativa e dunque, in prospettiva, di potenziale pregiudizio per gli interessi, anche economici, della società: e comunque nelle reazioni che il collegio sindacale può mettere in campo non rientrano certo la revoca del consigliere di amministrazione (potere invece attributo ai consiglieri di sorveglianza rispetto ai consiglieri di gestione) ovvero la revoca delle deleghe all'AD (revoca che invece può essere sollecitata – "messa ai voti" - su impulso interno degli amministratori membri del comitato per il controllo sulla gestione).

È su queste basi di ragionamento - che vedono i componenti del comitato per il controllo sulla gestione occuparsi *a pieno titolo* del merito delle scelte di *compliance 231* assunte dall'organo amministrativo, ed i consiglieri di sorveglianza occuparsene per così *preventivamente* e nei termini detti *dall'alto* – che ogni accostamento tra questi ed i sindaci finisce con l'essere improprio, almeno se operato in automatico.

5. La nomina dell'organo di controllo quale OdV: la posizione del sindaco.

Alla luce delle considerazioni che precedono richiamarsi alla disciplina del collegio sindacale per completare in via interpretativa o addirittura per scrivere la disciplina del consiglio di sorveglianza o del comitato per il controllo sulla gestione è bensì possibile ma dietro attenta valutazione di compatibilità e cioè regole e principi di regolazione dettati per l'organo di controllo tradizionale sono applicabili ma solo "*in quanto compatibili con le specificità*" degli organi di controllo alternativi: a sancirlo per esplicito è l'art. 223-*septies,* disp. att., c.c., che detta quindi una regola la quale se vale in generale a più forte ragione deve valere in un ambito, come quello 231, dove, in considerazione del genere di interessi tutelati, occorre sempre assecondare letture sostanzialiste: in sostanza, da giudici, operatori pratici ed interpreti chiamati ad individuare la *regola iuris* applicabile per colmare una eventuale lacuna deve pretendersi massima attenzione al dato reale e cioè alle reali dinamiche societarie che vedono l'organo di controllo interagire con quello amministrativo.

Vi è allora da chiedersi, venendo ad una disposizione della cui centralità nel sistema 231 alcuno può dubitare, se l'introduzione ad opera delle Legge di stabilità 2012[20] nell'art. 6 Decreto 231 del comma 4-*bis* risponda a questa logica allorquando stabilisce che il consiglio di sorveglianza, il comitato per il controllo sulla gestione ed il collegio sindacale "*possono svolgere le funzioni dell'organismo di vigilanza*": la risposta è negativa e questo, rammentando la necessità di stabilire un certo dialogo tra sistema 231 e innovazioni di diritto societario, è quasi un paradosso.

La disposizione in esame degna bensì di menzione speciale gli organi di controllo "alternativi" così dando l'impressione di muoversi nella più volte auspicata direzione ma lo fa per dettare una disciplina assai discutibile: in sostanza, qui il paradosso, l'unica disposizione del Decreto 231 che, considerando *apertis verbis* gli organi di controllo dualistico e monistico, mostra una certa sensibilità verso le innovazioni introdotte dalla riforma societaria del 2003 appare viziata da una sorta "peccato originale" perché nel momento in cui ammette "semplicemente e puramente" – e cioè senza operare distinguo - che il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza ed il comitato per il controllo sulla gestione possono essere nominati OdV trascura le rilevanti differenze che connotano in termini peculiari struttura e funzionamento di quegli organi, differenze di cui si è già cominciato a parlare nel paragrafo precedente e che ad un così rilevante fine quale la nomina dell'OdV si devono (si sarebbero dovute) tenere in considerazione; e si badi a non considerarlo, da una angolazione di diritto penale, un peccato "veniale" perché anche in nome di quelle istanze di politica criminale che, sin dal suo varo, accompagnano il Decreto 231 sarebbe stato opportuno collocare su due piani il collegio sindacale ed gli organi di controllo a questo alternativi.

Partendo dal primo, affidare al collegio sindacale la

funzione di OdV non solo non appare problematico, là dove ad attestare la linearità di una simile scelta organizzativa è un'esperienza ventennale; ma da quella scelta la vigilanza 231 sembra addirittura uscirne rafforzata ed è di questo che si deve ora occupare.

Il fulcro della vigilanza che compete all'OdV risiede, essenzialmente, nello svolgimento di indagini e verifiche anche di rilievo ispettivo, nella prestazione di veri e propri supporti consulenziali come pure nella promozione di iniziative formative: pur a fronte di una vigilanza che può dunque assumere una molteplicità di sfumature concrete[21] l'OdV non dispone di poteri per così dire impeditivi, di reazione ed intervento anche di natura sostitutiva perché, anche su questo punto, il silenzio serbato dal legislatore non è segno di lacuna ma di volontaria omissione: risponde cioè ad una precisa scelta normativa non estendere ai componenti dell'OdV i poteri del sindaco individualmente o del collegio sindacale nel suo complesso come pure manca in capo all'OdV una potestà sanzionatoria invece attribuita all'organo dirigente.

Non si possono tacere i riflessi sul piano delle responsabilità (anche) penali: mancando i riferiti poteri quella dei componenti dell'OdV non è una posizione di garanzia alla cui stregua immaginarsi una loro incolpazione *ex* art. 40 c.p..

Si può allora essere dell'avviso che il sindaco che entra in OdV "porta in dote" una serie di importanti prerogative individuali, quelle che appunto gli competono quale sindaco e che invece non ridondano in capo al "semplice" componente dell'OdV esterno al collegio sindacale: nominare OdV il collegio sindacale pone dunque le premesse per innalzare la qualità della vigilanza 231 fermo ovviamente restando – almeno una volta per *incidens* va detto – che le buone premesse vengono tradite o confermate a seconda di come la "persona" del sindaco-OdV intende concretamente il suo "doppio ruolo".

Questo ovviamente non significa che l'OdV composto interamente da sindaci sia un "*super*-OdV" in quanto formalmente munito di poteri aggiuntivi rispetto a quelli caratteristici (ma non tipizzati) che ricavano implicitamente dal Decreto 231 ma soltanto che il singolo componente dell'OdV qualora riscontri *in quanto membro dell'OdV* fatti censurabili, è nella condizione di attivare gli strumenti di azione e reazione *in quanto sindaco*[22]: e può farlo *pleno iure* perché, come si ricordava, la vigilanza 231 è uno dei profili della vigilanza sull'adeguatezza degli assetti e quindi del controllo sulla legalità aziendale.

Sul piano delle responsabilità, ne vengono a discendere una serie di importanti corollari: l'inadempimento dei doveri di vigilanza imposti dalla disciplina 231 può certamente riverberarsi sulla stabilità del rapporto "*di sindaco*" potendo quindi assurgere a giusta causa di revoca: in particolare, si può essere di questo avviso qualora l'inadempimento fa fondatamente dubitare delle attitudini, della capacità ed in limine della stessa affidabilità del sindaco-OdV; il discorso va spinto sino alle sue estreme, ma coerenti, conseguenze e cioè: non si può escludere in linea di principio che le negligenze del sindaco-OdV nello svolgimento della vigilanza 231 siano di gravità da giustificare un'azione di responsabilità *ex* art. 2407 c.c.

È su queste basi di ragionamento che vedono l'OdV composto da sindaci maggiormente responsabilizzato che allora va salutato con favore il varo comma 4-*bis* dell'art. 6.

6. La diversa posizione del consigliere di sorveglianza e del membro del comitato per il controllo sulla gestione.

La scelta del legislatore della Legge di stabilità 2012 di introdurre il comma 4-*bis* ha posto la parola fine a quel vivace dibattito durato circa un decennio circa la possibilità di convergere per la nomina dell'OdV sul collegio sindacale[23] possibilità appunto oggi ammessa per esplicito dalla disposizione in commento che, come si è appena finito di osservare, merita di essere condivisa; nel momento in cui livella il trattamento dei tre organi di controllo, il comma 4-*bis* apre però un nuovo fronte di discussione e lo apre proprio perché nell'ambito di quel dibattito che il varo di detta disposizione ha contribuito a sopire si discuteva unicamente ed appunto del collegio sindacale. In sostanza, prima dell'introduzione del comma 4-*bis* si questionava della possibilità di nominare OdV il collegio sindacale lasciando sullo sfondo il consiglio di sorveglianza ed il comitato per il controllo sulla gestione: il legislatore della Legge di stabilità 2012 ha (giustamente) optato per la tesi possibilista ma nel formalizzare questa opzione esteso il medesimo trattamento anche agli organi di controllo nel sistema monistico e dualistico.

La norma è chiara e dunque *non fit interpretatio* ma quanti hanno la responsabilità di dotare l'azienda di MOG "a tenuta" e cioè *idonei* non possono comunque distogliere l'attenzione dalle importante differenze che dividono il collegio sindacale da una parte ed il consiglio di sorveglianza ed il comitato per il controllo sulla gestione perché l'indipendenza, l'autonomia ma anche la "serenità di giudizio" del componente dell'OdV è, nella considerazione del nostro ordinamento 231, un valore "assoluto":

differenze che – è vero - il legislatore della Legge di Stabilità 2012 non ha ritenuto di valorizzare ma che potrebbero validamente motivare, nelle società dualistiche e monistiche, una decisione in deroga rispetto al comma 4-*bis* anche perché – aggiungasi – si sta parlando di differenze "strutturali" che potrebbero invece essere valorizzate da un giudice penale nell'ambito di un procedimento 231 ed in sede di "giudizio di idoneità" del MOG.

Cominciando dal sistema dualistico, il consiglio di sorveglianza, oltre ad approvare il bilancio e nominare gli amministratori, può disporre di poteri di vera e propria alta amministrazione che, se lo statuto lo prevede, possono (addirittura) portare il consiglio di sorveglianza ad approvare operazioni strategiche o piani industriali e finanziari (art. 2409-*terdecies*, lett. *f-bis*, c.c.): la partecipazione attiva alla definizione della politica di impresa fa così essere i consiglieri di sorveglianza soggetti apicali[24].

Per il comitato per il controllo sulla gestione – ma il rilievo critico potrebbe riguardare qualunque comitato interno al CdA[25] - il discorso è ancora più radicale e per certi versi più semplice perché si riduce ad una constatazione: si tratta, nella sostanza e nella forma, di un *pool* di consiglieri di amministrazione; i controllori monistici partecipano dunque formalmente e sostanzialmente all'amministrazione esercitando appieno tutte le prerogative che questo ufficio implica: i componenti del comitato per il controllo sulla gestione, diversamente da consiglieri di sorveglianza e sindaci, possono votare a favore o contro, partecipano – e non assistono – alle riunioni del consiglio di amministrazione, hanno titolo per indirizzare la discussione ed il confronto consiliare, possono proporre formalmente mozioni e delibere, e così via dicendo.

Ancora un dato riguardante stavolta non il funzionamento ma la stabilità del rapporto con la società: quello di sindaco è un incarico di cui l'assemblea può bensì disporre la revoca ma unicamente per giusta causa e dietro suo positivo accertamento in giudizio; l'amministratore indipendente membro del comitato per il controllo sulla gestione ed il consigliere di sorveglianza sono invece revocabili anche senza giusta causa e dunque senza necessità di ottenerne la convalida in giudizio (salvo, in assenza di giusta causa, il risarcimento del danno).

Porre l'accento su questi aspetti rende allora evidente come la contrarietà all'idea di avere un OdV personificato dal consiglio di sorveglianza o dal comitato per il controllo sulla gestione riposi su ragioni del tutto differenti rispetto a quelle che – prima dell'introduzione del comma 4-*bis* – una parte della giurisprudenza[26] e, soprattutto, della dottrina[27] valorizzava per spiegare perché al collegio sindacale non potesse assegnarsi il ruolo di OdV.

Prima di passare alle possibili soluzioni, si deve ricordare, per conclusivo inciso, che la problematicità della questione non sfuma alla luce di quanto previsto – *da sempre,* e cioè sin dal varo del Decreto 231 - dal comma 4 dell'art. 6 per il quale "*Negli enti di piccole dimensioni i compiti indicati nella lettera b), del comma 1, possono essere svolti direttamente dall'organo dirigente*": quasi a dire, cioè, che siccome il Decreto 231 ammette per esplicito che l'OdV possa essere personificato dall'organo dirigente allora non è un "principio 231" la terzietà dell'OdV rispetto all'organo amministrativo. Dal comma 4 non può infatti trarsi una conseguenza (sistematica) di simile portata trattandosi di una disposizione che codifica un dato normativo decisamente parziale ed anzi ad applicazione residuale: la norma in esame abilita bensì gli enti a convergere sull'organo dirigente non però in via generale ma unicamente se trattasi di enti di "piccole dimensioni" e dunque in presenza di un requisito – vagamente ed apparentemente dimensionale[28] – di cui non può tacersi la sfuggevolezza: ancora con altre parole, il comma 4 dell'art. 6 è privo di significatività sistematica sia a causa della sua non perspicua ed anzi equivoca formulazione e sia della sua premessa maggiore che circoscrive ai soli enti di piccole dimensioni il "beneplacito" a nominare OdV l'organo dirigente; in questo quadro, non meno importante è anche l'argomento *a contrario*: se quella disposizione fosse davvero capace di fondare un principio di "*non necessaria terzietà*" dell'OdV allora molte altre – e decisamente più rilevanti - norme del Decreto 231 perderebbero di senso e valore a cominciare proprio dallo stesso comma 4-*bis*.

7. Segue. Correttivi e mitigazioni, anche *de iure condendo*.

Alea iacta est e, quindi, piaccia o no, la possibilità di nominare OdV anche il consiglio di sorveglianza o il comitato per il controllo sulla gestione è legge, una legge che peraltro la prassi applicativa[29] come pure la regolamentazione di settore asseconda pienamente[30].

Ed allora non resta altro che auspicare un intervento correttivo sul comma 4-*bis* finalizzato a (ri)stabilire una certa "distanza di sicurezza" tra OdV e organo amministrativo in tutti gli altri enti diversi da quelli "di piccole dimensioni" in testa a tutti le società: una sorta cioè di "contro-riforma" del comma 4-*bis* che porti a riscrivere il comma

4-*bis* limitando il suo raggio d'azione alle sole società con *governance* tradizionale.
Non si può però fare a meno di osservare come una così radicale conclusione collida non solo con il "comune sentire" ma anche, e lo si è visto, con le scelte già operate in alcune società e da alcuni "regolatori": si deve quindi ammettere che limitare nel senso detto la portata applicativa del comma 4-*bis* è soluzione eccentrica o in controtendenza visto che la presenza di un consigliere di amministrazione non esecutivo e indipendente nell'OdV ha oramai ricevuto un sigillo regolamentare; senza peraltro dimenticare che l'idea di introdurre – perché di questo, alla fine, si sta parlando - l'incompatibilità tra l'incarico di consigliere di sorveglianza o amministratore (anche indipendente) e quello di componente di OdV stride con la filosofia di fondo del Decreto 231 che considera, ancora oggi, l'istituzione di un MOG atto *formalmente* (e dunque teoricamente) facoltativo.
Quale alternativa riformulazione, si potrebbe allora pensare di lasciare inalterata la scelta di fondo confermando anche per le società "monistiche" e "dualistiche" la possibilità di convergere sui rispettivi organi di controllo, ma chiarendo che di quella possibilità dette società possono valersi in via di eccezione e cioè: nel contesto di una disposizione che preveda esplicitamente che quelle società *di norma* non nominano OdV il consiglio di sorveglianza o il comitato per il controllo sulla gestione specificare che l'organo amministrativo che volesse invece seguire la via "non raccomandata" è tenuto a illustrare le ragioni che spiegano, alla luce delle peculiarità del caso concreto, la scelta di affidare al consiglio di sorveglianza o al comitato per il controllo sulla gestione la funzione di OdV.
Nel dare conto di queste peculiarità l'organo amministrativo potrà anzitutto richiamarsi al genere di questioni che sono tradizionalmente e specificamente oggetto del controllo di legalità all'interno della singola realtà aziendale; ma nell'ambito di questa motivazione è soprattutto il MOG a poter giocare un ruolo decisivo e cioè nel MOG l'organo amministrativo potrebbe smussare gli angoli di una scelta organizzativa che, nei termini che si è detto, potrebbe suscitare (anche nel giudice penale) qualche perplessità: in sostanza, per mitigare il rischio che l'OdV personificato dal consiglio di sorveglianza o da amministratori indipendenti venga considerato *non* realmente imparziale, i MOG delle società con sistema monistico o dualistico che optano per un "OdV interno" *ex* comma 4-*bis* potrebbero ad esempio riproporre le "guarentigie" legali del sindaco in punto di stabilità del rapporto (giusta causa per la revoca)[31]; oppure prevedere una composizione "necessariamente" mista dell'OdV e cioè la necessaria presenza di soggetti esterni al consiglio rispettivamente "di amministrazione" o "di sorveglianza": in sostanza, si a consiglieri di sorveglianza e amministratori indipendenti nell'OdV ma non in via esclusiva; per questa via quel *gap* esistente tra collegio sindacale da una parte e organi di controllo alternativi dall'altro verrebbe accorciato all'interno del MOG così risultando più agevole per gli amministratore assolvere al riferito onere giustificativo.
In definitiva, anziché impedire del tutto alle società con sistema monistico e dualistico di valersi del "beneficio", si può immaginare un regime di accesso vagamente ispirato alla logica del "*comply or explain*", come già avviene in ambito bancario avuto specifico riguardo alla scelta dell'organo amministrativo di *non* affidare al collegio sindacale le funzioni di OdV[32]; una logica che, si ricordi per conclusivo inciso, ha già guidato la penna del nostro legislatore in altri importanti settori normativi: in tema di organi amministrativi di società a controllo pubblico, società – non si dimentichi – ricadenti nell'ambito di applicazione del Decreto 231, l'art. 11 del D. Lgs. 175/2016 dispone che l'organo amministrativo è composto "*di norma, da un amministratore unico* (…) *l'assemblea della società a controllo pubblico, con delibera motivata con riguardo a specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa e tenendo conto delle esigenze di contenimento dei costi, può disporre che la società sia amministrata da un consiglio di amministrazione composto da tre o cinque membro ovvero che sia adottato uno dei sistemi alternativi di amministrazione e controllo".* Nel riformulare il comma 4-*bis* ci si potrebbe dunque ispirare a disposizioni come il citato art. 11.
Si arrivi o meno ad un riscrittura del comma 4-*bis,* a legislazione vigente, il senso nemmeno tanto nascosto del discorso è questo: per le società monistiche e dualistiche nominare OdV il consiglio di sorveglianza o il comitato per il consiglio di gestione non può rappresentare la "prima scelta"; darebbero quindi prova di apprezzabile ed anzi doverosa prudenza quegli amministratori che pur di fronte ad una norma che li abilita *senza riserve* in questo senso *non* nominano membro dell'OdV "uno di loro" (sistema monistico) oppure i soggetti da cui promana la loro nomina (sistema dualistico). O se li nomina, adeguano in via di conseguenza, e nel senso detto, il MOG.

8. Note minime sui flussi informativi, anche nei gruppi.

Si tratta a questo punto di vedere, ove la singola società non si valga dell'opzione offerta dall'art. 6, comma 4-*bis,* c.c. e sempre nella prospettiva di un giudizio di idoneità, quale genere di relazione va stabilita – già all'interno del MOG – tra l'organo di controllo e l'OdV: la relazione sarò anzitutto di ordine informativo.

Il silenzio serbato dal legislatore del Decreto 231 sul tema dei flussi informativi ha portato la prassi applicativa, l'autodisciplina di settore e le norme della deontologia a suggerire convincenti risposte che, in termini semplificati, vedono l'OdV *necessariamente* destinatario di adeguati flussi in entrata: l'effettività della vigilanza 231 viene inevitabilmente a dipendere dalla quantità, qualità e tempestività delle informazioni a disposizione dell'OdV comprese quelle "create" dallo stesso organismo in quanto frutto di attività valutative compiute nell'esercizio dei poteri di vigilanza.

Esistono naturalmente anche flussi in uscita e non solo, come noto, verso l'organo amministrativo[33] e quello di controllo[34] ma anche verso soggetti esterni alla società: si guardi alla disciplina antiriciclaggio che accosta emblematicamente l'OdV al collegio sindacale, al consiglio di sorveglianza ed al comitato per il controllo sulla gestione avuto specifico riguardo all'obbligo di vigilare sul rispetto dei precetti del Decreto 231/2007 e dunque di segnalare *malpractices* o episodi anche solo sospetti[35]; si tratta di un accostamento che, diversamente da quanto si osservava in precedenza, appare qui indicato: ad esempio, in nome della necessità di avere una prevenzione effettiva ed a larga scala di questo genere di criminalità - effettività che dipende anche dalla tempestività della segnalazione e dalla reattività nella risposta repressiva - il *pool* di amministratori che formano il comitato per il controllo sulla gestione devono disporre di un autonomo potere di iniziativa rispetto al consiglio di amministrazione in composizione plenaria e lo stesso vale per l'OdV rispetto all'organo di controllo e così via dicendo.

Discorso a parte merita un altro genere di relazione tra organo di controllo e OdV che si pone al di là del mero ma significativo scambio di informazioni e cioè il controllo di un organo sull'altro anche in esito a ciò che si apprende dallo scambio di informazioni: trattandosi però di un tema estremamente controverso, di questo genere di controllo vanno precisati presupposti abilitanti e confini.

Anzitutto non possono esservi dubbi sul fatto che il collegio sindacale possa ed anzi debba di vigilare sulla corretta gestione del *budget* ovvero sul corretto funzionamento dell'OdV anche in considerazione dell'ampiezza del "mandato istituzionale" dell'organo di controllo e cioè del fatto che la vigilanza 231 entra naturalmente nel controllo nel controllo di legalità; a sua volta l'OdV svolge in primo luogo una vigilanza che, in alcune aree tematiche, appare sostanzialmente concorrente rispetto a quella del collegio sindacale[36]: in secondo luogo ove se tra i soggetti che possono commettere un illecito a rilevanza 231 rientrano anche i sindaci, sotto la vigilanza dell'OdV ricade non può allora che ricadere anche l'operato di questi ultimi; quest'ultimo spunto invita a completare, con una puntualizzazione, il precedente ragionamento circa la possibilità di convergere sull'organo di controllo per la nomina dell'OdV: si è detto che valersi di quella possibilità non presenta significative criticità qualora sia il collegio sindacale a personificare l'OdV; è chiaro però che le criticità affiorano nella prospettiva di una vigilanza dell'OdV anche sull'operato dei sindaci in quanto la decisione dell'organo amministrativo di valersi dell'opzione offerta dal comma 4-*bis* dell'art. 6 finirebbe col delimitare una zona franca dalla vigilanza 231 in quanto non vi sarebbe un organo *altro* organo, diverso dall'organo di controllo tradizionale, incarica di vigilare sull'attività di quest'ultimo.

Passando dalle società "monadi" alle grandi organizzazioni pluri-societarie e cioè i gruppi è di nuovo la nomina dell'OdV ed in particolare l'individuazione dei soggetti che andranno a comporlo a presentarsi problematica.

Sembra anzitutto doversi escludere la possibilità di istituire una sorta di OdV "di gruppo" preliminarmente perché la prevenzione del rischio da reato (presupposto) impegna *individualmente* ciascuna società: l'art. 6 considera l'OdV un "*organismo dell'ente*" e non del gruppo o della rete di imprese cui l'ente appartiene; il tema, tuttavia, non è (soltanto) formale – sebbene l'argomento testuale risulti non superabile - ma decisamente sostanziale e per prenderne coscienza ci si deve sempre collocare nella prospettiva di un possibile procedimento 231 nell'ambito del quale è facile che possa considerarsi inidoneo quel MOG che affidi la vigilanza 231 sulla singola società controllata non già ad un OdV "dedicato" ma ad un OdV istituto "presso" la capogruppo impegnato a vigilare oltre che sulla stessa capogruppo anche su un numero, più o meno esteso, di controllate: si guardi ad esempio a quei gruppi dove le controllate operano in settori industriali che, sebbene complementari, espongono le singole realtà aziendali a differenti (già sul piano qualitativo) rischi 231 e quindi, in

via di ulteriore conseguenza, potrebbero reclamare professionalità o "sensibilità" differenti.
Non meno problematica è la parziale identità, a livello cioè di singoli componenti, tra OdV della capogruppo e OdV delle controllate: sempre nell'ottica di un possibile giudizio di idoneità, è indicato presidiare effettivamente – che in questo caso significa "strutturalmente" – l'autonomia dell'OdV delle singole società facenti parte del gruppo rispetto all'OdV "di vertice" non tanto, si noti, per mitigare il rischio di responsabilità in risalita argomento di cui spesso si abusa e che comunque – a parere di chi scrive – non si mitiga con un mero accorgimento formale (come evitare compresenze nei vari OdV), quanto e piuttosto perché sul monitoraggio e governo del rischio 231 le singole società controllate devono avere la possibilità di interloquire ed in limine contraddire le scelte organizzative che in ipotesi la capogruppo avesse in animo di assumere: nel che non deve ravvisarsi nulla di sovversivo o contraddittorio rispetto all'idea di una direzione unitaria del gruppo: per tutti gli altri aspetti, la direzione infatti può continuare ad essere definita dalla capogruppo "senza contraddittorio" e dunque unilateralmente (ovviamente nel rispetto dell'art. 2497 c.c.) né il fatto di ritagliare un'area – quella del rischio 231 – dove le controllate conservano, anche formalmente, una certa autonomia di azione indebolisce affatto l'unitarietà di quella direzione.
Questi spunti incrociano un altro tema nevralgico e cioè la titolarità del potere di nomina: anche su questo piano una lettura sostanzialista di regole e principi di regolazione sconsiglierebbe di allocare quel potere in capo alla controllante o almeno in capo al suo *management*[37].
Il ragionamento si apre invece a conclusioni diverse avuto riguardo all'eventuale *interlooking* orizzontale che veda gli OdV delle società soggette a comune controllo partecipati, anche in parte, dai medesimi soggetti: si tratta di uno scenario non soltanto ammissibile ma anzi "promettente" nell'ottica di assicurare una efficace vista d'insieme – anche alla "base" e non solo "al vertice" - su quelle operatività che espongono le singole realtà aziendali a rischi comuni particolarmente quando le società di gruppo sono legate da sinergie industriali che vedono alcune società operare al servizio di altre: per questa via, la condivisione di uno o più componenti dell'OdV pone le società controllate e soggette alla medesima direzione unitaria nella condizione di disporre di un quadro informativo tendenzialmente completo, non frammentato e unitario sui rischi per così dire "di gruppo".
Quando poi al vertice del gruppo vi è una *holding* cosiddetta operativa dare al rischio di gruppo questo genere di assetto è fondamentale anche in funzione di un corretto – in quanto legale – esercizio della direzione unitaria: diversamente dalle *holding* cosiddette finanziarie, quelle operative non si limitano infatti ad esercitare i comuni poteri di socio ma operano esse stesse sul mercato avvalendosi, nei più diversi modi, dell'attività delle controllate: la collaborazione, nel senso detto, tra OdV delle controllate come pure la loro composizione in parte comune si pone allora al servizio *della legalità* della politica di direzione unitaria attuata dalla capogruppo: assurge cioè a strumento di governo dei rischi di gruppo di cui può utilmente servirsi l'OdV della *holding*.

9. MOG "inidonei", per il Decreto 231, e assetti "inadeguati", per il Codice Civile: note minime sulla colpa organizzativa.

Se al centro della "buona" *governance* si pone il dovere di organizzare l'impresa in maniera tale da governare adeguatamente i rischi legali che ad essa pertengono allora il verificarsi di un evento a potenziale rilievo 231 – si arrivi o meno ad accertare la sussistenza di un reato presupposto e la responsabilità dell'ente – è la spia di assetti inadeguati e cioè un "segnali di allarme": uno di quei segnali sulla cui omessa o ritardata captazione o corretta gestione la giurisprudenza da sempre fonda la responsabilità civile e penale (per concorso) di sindaci e amministratori privi di deleghe[38].
Si è già infatti ricordato essere dovere dei sindaci – ma lo stesso vale per consiglieri di sorveglianza ed membri del comitato per il controllo sulla gestione - vigilare "*sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento*" assetti che l'organo delegato e quello amministrativo in composizione plenaria devono, a loro volta e rispettivamente, curare e preventivamente valutare: i principi di comportamento del collegio sindacale attestano per esplicito l'esistenza di questa relazione tra MOG, assetti organizzativi e, dunque, sistemi di controllo interno[39] per tale intendendosi "*l'insieme delle direttive, delle procedure e delle prassi operative adottate dall'impresa allo scopo di raggiungere, attraverso un adeguato processo di identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi*"[40], tra cui devono allora includersi anche i rischi 231.
Pertanto, se all'esito di quel giudizio *post factum* caratteristico dei procedimenti 231 dovesse giungersi all'irrogazione di una sanzione 231, la società dovrà guardare a questa responsabilità

come ad una responsabilità non già per fatto altrui e di automatica affermazione[41] ma "propria" in quanto si radica e viene a dipendere da una "sua" – e non di altri – colpa: quella colpa organizzativa che il diritto societario arricchisce di specifici contenuti e che il legislatore del Decreto 231 presuntivamente, di fronte ad un reato presupposto, ravvisa sia pure secondo due diverse gradazioni a seconda che il reato presupposto sia commesso da un apicale o da un "sottoposto".

Di nuovo, quindi, un elemento peculiare dell'ente collettivo-società (di capitali) ed anzi della sua disciplina legale nel senso che *anche* per il diritto delle società di capitali il reato che viene commesso dall'apicale *è* un reato direttamente dell'ente e cioè: da un lato, ricadendo nell'art. 5, comma 1, lett. a) e quindi di fronte ad un reato commesso da un apicale, si peccherebbe di riduttivismo se si parlasse di "colpa" dell'ente; dall'altro, il reato commesso dal sottoposto (lett. b), *potrebbe* aver trovato una situazione favorente nell'incapacità del vertice aziendale di organizzare processi, definire organigrammi a tenuta, stabilire regole chiare, e così via dicendo: in somma, di fronte alla commissione di un reato presupposto, il rimprovero che viene mosso alla società è di aver permesso all'autore di agire "indisturbato" grazie ad organigrammi inadeguati (deleghe "finte", distribuzione irrazionale di ruoli e responsabilità, organigrammi disegnati con cura sulla carta ma privi di "effettività", etc.), alla mancanza di protocolli organizzativi, processi e regole "a tenuta" ovvero, se le regole esistono, alla loro mancata conoscenza (assenza di formazione) o alla loro mancata effettività (perché la loro inosservanza non è sanzionata per la mancanza di un appropriato sistema di monitoraggio e sanzionatorio).

Ecco perché non può esservi assetto organizzativo "adeguato" anche per gli effetti dell'art. 2086, comma, 2, c.c. in presenza di un MOG giudicato come "*non idoneo*" nell'ambito di un procedimento 231: a sua volta, la prevenzione 231 è effettiva anche in quanto il rispetto formale degli adempimenti o, secondo l'impostazione più liberista, dei "suggerimenti" del Decreto 231 sia preceduto, accompagnato, seguito e cioè avvenga nell'ambito di processi e protocolli correttamente funzionamenti di cui la società deve *comunque* munirsi (essersi già munita) nell'ottica non solo di evitare una sanzione ma di salvaguardare la qualità – intesa anche come legalità - dei risultati e delle *performance aziendali*. Del resto, si è già fatto notare in dottrina che i protocolli organizzativi dell'impresa societaria rappresentano un *a priori* della corretta amministrazione in un ambito dove il sistema dei controlli societari svolge una funzione centrale nella *governance* delle grandi imprese azionarie[42].

In conclusione, il "criterio di connessione" tra il reato e l'ente risiede nell'incapacità dei massimi vertici aziendali di apprestare un'organizzazione idonea a ridurre quello specifico fattore criminogeno all'origine dello specifico reato presupposto effettivamente commesso: un criterio che va sotto il nome di "colpa organizzativa" e che il diritto societario si occupa di rendere esplicito munendolo di una certa concretezza.

10. Sulla obbligatorietà dei MOG, da una angolazione lievemente diversa.

Si dispone a questo punto di sufficienti elementi per dare alla questione della facoltatività-obbligatorietà dei MOG una, lievemente diversa, impostazione.

Alla luce del fatto che l'*effettività* della "prevenzione 231" e *l'adeguatezza* dell'assetto organizzativo dell'impresa rappresentino, nel senso che si è appena finito di osservare, un tutt'uno, si peccherebbe di riduttivismo ove si continui a porre quella questione in termini astratti e generali: se si rimane ancorati a questa impostazione la risposta sarà infatti sempre la medesima (adottare un MOG non è obbligatorio), salvo ricadere in quegli ambiti dove a pretendere l'implementazione di un MOG è il legislatore speciale[43] o lo statuto legale della società assurgendo la necessità di essere *231 compliant* a requisito *obbligatorio* di governo societario[44].

Quando l'ente collettivo è una società discutere quindi in termini teorici – e cioè di astratta necessità giuridica e con lo sguardo rivolto unicamente al Decreto 231 - dell'adozione di un MOG oltre ad essere inutile (perché, come detto, la risposta non cambia da vent'anni) rischia di risultare anche fuorviante e dunque pericoloso per l'ente: tanto più se si considera come il legislatore del Decreto 231 ha distribuito l'onere probatorio in caso di reato presupposto (in pratica, invertendolo).

I tempi sono allora maturi – ed anzi sono le epocali riforme del diritto di impresa tra cui le recenti in tema di crisi d'impresa ad averli fatti maturare – per inquadrare diversamente il tema della obbligatorietà dei MOG: si deve cioè passare dalla logica che pone in primo piano l'interesse economico della società a prevenire le sanzioni 231 alla logica della legalità quale valore che non solo *conviene* presidiare per evitare una sanzione la quale, si ricordi, può anche essere interdittiva, che non solo trova indiretto ma significativo riscontro in disposizioni normative di vario rango la cui inosservanza espone a responsabilità gli amministratori, ma al quale l'agire di questi ultimi deve *sempre* informarsi per assicurare all'esercizio

dell'impresa un indirizzo virtuoso: è collocandosi da questa prospettiva che emerge chiaramente perché è giusto non far rientrare il rischio di non conformità 231 tra i rischi "accettabili da parte degli amministratori"[45].

Avanzando nel ragionamento è allora decisiva l'angolazione soggettiva e cioè per evitare conclusioni semplicistiche è sempre indicato precisare "per chi" o, se si preferisce, in nome di quale interesse ci si chiede se l'adozione di un MOG assurga, o meno, a necessità giuridica: spostando invero l'attenzione dalla società – quale soggetto che potrebbe subire la sanzione e per il quale l'adozione del MOG rimane formalmente facoltativa - agli amministratori in quanto gestori di interessi altrui suscettibili, oggi, di considerazione decisamente più lata, appare giuridicamente doveroso se non adottare un MOG quanto meno svolgere una seria attività di *risk assessment*[46] finalizzata a stabilire se quell'adozione sia necessaria o (anche solo) opportuna, con la precisazione aggiuntiva che gli esiti di questa attività devono poi essere costantemente (di anno in anno) manutenuti.

Dare impulso a quell'*iter* valutativo e dunque al processo decisionale che *potrebbe* portare all'adozione di un MOG assurge così a principio di corretta amministrazione sulla cui osservanza da parte dell'organo amministrativo è chiamato a vigilare l'organo di controllo e di cui, aggiungasi per conclusivo inciso, i soci possono – e se il socio è pubblico *devono* – chiedere conto.

Se poi si sposta l'attenzione dagli amministratori ai vari *stakeholders* che a vario titolo investono nell'impresa il discorso si fa ancora più specifico: avvalora l'idea che il rischio 231 non rientri tra quelli "accettabili" la scelta del legislatore del Decreto 231 di accompagnare alle sanzioni pecuniarie quelle interdittive aventi "pari dignità" ed anzi potenzialmente più dannose delle prime visto che la loro irrogazione potrebbe finire col compromettere la continuità aziendale: il doppio binario sanzionatorio risponde invero ad una precisa logica e cioè evitare che le sanzioni possano essere considerate alla stregua di un comune – uno tra i tanti – rischi di impresa come tale traslabile sugli *stakeholders*.

Richiamarsi all'adozione del MOG come ad una scelta che risponde all'esigenza di salvaguardare il valore che l'impresa crea per quanti, a vario titolo, in essa investono sollecita allora una conclusiva riflessione su quel sottoinsieme di enti collettivi che sono le società quotate della cui centralità, nella diffusione di *standard* e schemi di riferimento in ambito 231, si è già parlato in apertura: è stato di recente varato il *Codice di corporate governance* di Borsa Italiana che riunisce una serie di princìpi (o raccomandazioni) di una buona *governance* che ruotano attorno ad alcuni concetti chiave uno dei quali è quello del "successo sostenibile": formula dal significato forse elusivo[47] ma il cui impiego risponde ad una esigenza di fondo: allargare il perimetro degli interessi rilevanti e cioè – stando alla definizione di "successo sostenibile" che ne offre il Codice di *corporate governance* - l'azione gestoria deve puntare alla "*creazione di valore nel lungo termine a beneficio degli azionisti, tenendo conto degli interessi degli altri stakeholder rilevanti per la società*"; un parametro cui l'azione degli amministratori deve dunque conformarsi quando arriva il momento di definire, nei piani industriali, gli obiettivi strategici dell'impresa e di cui bisogna tenere conto nella definizione della politica per la remunerazione *top management*: ai fini del ragionamento che si viene svolgendo non si può negare come la concreta perseguibilità di questo obiettivo dipenda anche dalla qualità del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi[48] a cominciare dal rischio 231.

È così che nelle società quotate assurge a valore assoluto essere *231 compliant:* il soggetto che investe risorse in quel genere di enti collettivi ha cioè interesse – e dalle considerazioni che precedono si comprende che non è un interesse di fatto - a che la società venga amministrata secondo prestabiliti protocolli organizzativi a tutela della legalità aziendale[49].

11. L'organo di controllo tra i soggetti "finali" della sanzione 231, nelle società di capitali.

L'idea che l'adozione di un MOG non solo risponda ad interesse di fatto della società (evitare il rischio di pericolosi provvedimenti sanzionatori) ma sia anche giuridicamente doverosa per quanti – all'apice della piramide organizzativa – la personificano, invita a svolgere qualche riflessione intorno all'art. 27, Decreto 231 per il quale "*dell'obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria risponde soltanto l'ente con il suo patrimonio*".

Di nuovo una disposizione che presenta non trascurabili peculiarità quando l'ente collettivo condannato in sede 231 sia una società di capitali: in questo caso la relazione che l'art. 27 considera di "esclusività" ("*soltanto*") tra la sanzione e l'ente va relativizzata fino quasi a perdersi: non perché la sanzione pecuniaria possa essere materialmente pagata da un soggetto diverso dalla società e nemmeno perché una costituzione di parte civile possa condurre ad una condanna risarcitoria "all'interno" del procedimento 231, non essendo anche qui una lacuna il mancato richiamo al citato

istituto di diritto processuale penale[50]; ma perché le conseguenze economiche della sanzione 231 inizialmente applicata alla - *e pagata dalla* - società potrebbero da questa essere traslate su un soggetto terzo: si allude non solo ed anzi, considerando gli scopi di questo contributo, non tanto all'autore del reato presupposto nei confronti del quale, ed è superfluo ricordarlo, la società può agire in "rivalsa" anche nell'ambito di azioni che seguono liturgie e garanzie dei riti giuslavoristici, quanto e piuttosto a coloro che hanno la responsabilità di organizzare l'impresa in modo tale da prevenire illegalità ed illeciti, soggetti questi che, come si è visto, il diritto societario individua negli amministratori e, nei limiti del difetto di vigilanza, nei sindaci e nei consiglieri di sorveglianza.

Vedere in questi ultimi i soggetti potenzialmente finali di una condanna 231 è il logico corollario del fatto che l'illecito che porta all'applicazione di una sanzione 231 presuntivamente integra o ha dietro di sé uno specifico illecito societario e cioè la violazione del dovere di predisporre assetti adeguati o, come già ricordato in dottrina, l'omessa mappatura dei rischi[51]: inadempimenti questi agli apicali.

La società, nell'ambito di una "comune" – per il diritto societario – azione *sociale* di responsabilità, può così trasferire sugli amministratori e per difetto di vigilanza sui sindaci le conseguenze dannose derivanti da una condanna 231: a venire in rilievo sono non solo i danni da pagamento della sanzione pecuniaria ma anche le ulteriori conseguenze pregiudizievoli subite dalla società di cui è allora opportuno occuparsi sia pure per rapidi accenni.

Si cominci col ricordare che la stessa continuità aziendale potrebbe risultare minacciata da alcune sanzioni interdittive previste dal Decreto 231, sanzioni che, come noto, sono principali e non accessorie a quelle pecuniarie e dunque "patteggiabili" (sistema sanzionatorio binario); ma pur senza arrivare ad ipotizzare un così grave (raro ma non di scuola) epilogo, la condanna ed anzi l'avvio stesso di un procedimento 231 potrebbe comunque determinare danni *reputazionali* o competitivi di non scarso momento[52] come pure rilevanti potrebbero essere i danni legati a risarcimenti eventualmente accordati (nell'ambito di separati procedimenti) alle vittime del reato presupposto

Né, vale ricordarlo *per incidens,* l'eventuale scelta della società di non impugnare la sentenza che ha sancito la sua responsabilità 231 è argomento di cui l'amministratore può servirsi per limitare ed in limine escludere la propria responsabilità, quasi a dire, cioè, che lasciare passare in giudicato una sentenza di condanna 231 è decisione della società che interrompe il nesso di causalità tra la condotta del suo amministratore (inadempiente rispetto ai doveri *ex* art. 2086, comma 2, c.c.) ed il danno che ne è derivato: sia perché, come detto, tra i danni risarcibili rientrano anche quelli riconducibili al fatto stesso di essere stato fruttuosamente esperito nei confronti della società un procedimento 231; sia perché, nel momento in cui quella sanzione viene irrogata, il danno – compreso quello da sanzione interdittiva (che anzi come detto potrebbe essere quello di maggiore impatto) - si è già concretizzato e cioè è un danno attuale ed esistente di cui la società *ex* art. 2393 c.c. può quindi pretendere ristoro (ovviamente previa prova della sua effettiva sussistenza).

Tirando le fila del discorso, si può allora essere del seguente avviso: come la questione circa la formale facoltatività dei MOG incroci interessi che nella considerazione del nostro ordinamento non possono essere sacrificati e di fronte ai quali serve davvero a poco declamare quella facoltatività, così l'art. 27, comma 1, Decreto 231 cattura il frammento di una ben più complessa realtà perché dei "danni" che un procedimento 231 sortisce nella sfera giuridica della società – di cui la sanzione pecuniaria è unicamente una delle voci (peraltro, in taluni casi, marginale) – possono essere chiamati a rispondere un insieme eterogeneo di soggetti: consiglieri delegati e non delegati (questi ultimi per aver omesso di valutare le scelte dei primi), sindaci e consiglieri di sorveglianza per non aver vigilato sulle decisioni dell'organo amministrativo, quanti altri operano alle dipendenze della società ma all'apice della piramide aziendale a cominciare da direttori generali e loro riporti diretti titolari di funzioni organizzative fino ad arrivare – non lo si può escludere – a quei procuratori speciali (anche esterni alla società) nei cui confronti la società potrebbe agire sulla base delle diverse regole della responsabilità professionale.

In questo quadro, discorso a parte, da mantenere comunque entro lo spazio di un veloce inciso conclusivo, va dedicato ai soci: da un lato, per ricordare che i "danni 231" non abilitano il socio a domandarne il risarcimento *ex* art. 2395 c.c. in quanto la sanzione 231, nel colpire il patrimonio sociale, finisce bensì col danneggiare i soci ma per questi ultimi non si tratterebbe di un danno riflesso e non diretto come invece ed appunto pretende l'art. 2395 c.c.; dall'altro per operare alcune puntualizzazioni sulla posizione di quei soci a favore dei quali lo statuto ritagli peculiari prerogative sulla gestione: nella prospettiva che queste prerogative di derivazione statutaria esistano e siano esercitare verrebbe da credere, sulle prime, che l'inadeguatezza degli assetti organizzativi

come si ascrive agli amministratori così si può ascrivere al socio "di riferimento" munito di un poteri di intervento nell'amministrazione della società; sennonché, ad avviso di chi scrive, una simile conclusione proverebbe troppo almeno se prospettata in termini di principio e quindi astratti: rammentando infatti la precisazione operata dal recente decreto correttivo del Codice della Crisi[53], il genere di decisioni di cui si sta discutendo ricadono sotto la piena ed esclusiva responsabilità dell'organo amministrativo; e del resto, ben prima di questa comunque utile precisazione normativa, all'esame attento della dottrina non era sfuggito che la nomina dell'OdV non spetta all'assemblea degli azionisti (*ex* art 2380-*bis*, c.c.) [54]. Naturalmente nel trarre queste conclusioni ci si sta collocando nella prospettiva che il socio faccia legittimo esercizio delle prerogative amministrative che ad esso competono da statuto: ove così non fosse – perché gli atti materialmente compiuti dal socio esorbitino il perimetro dei suoi diritti speciali di derivazione statutaria o perché, ancor peggio, il socio, sebbene privo di qualsivoglia investitura formale, "si atteggi" ad amministratore (*ex* art. art. 2639 c.c.) non v'è ragione alcuna per escludere detto socio dal novero dei soggetti chiamati a rispondere dei danni di cui si sta discutendo.

12. Organo di controllo e soggetti del reato presupposto.

Si è detto che la condanna 231 può innescare un'azione civile di responsabilità contro non solo gli amministratori ma anche, nei limiti di un loro difetto di vigilanza, contro sindaci e consiglieri di sorveglianza.

La posizione del componente dell'organo di controllo merita però un supplemento di riflessione in quanto induce ad alcune considerazioni di carattere generale circa la possibilità di ascrivere a quel soggetto la commissione di un reato presupposto, possibilità che – si dica sin da subito - si tende, da parte di molti, ad escludere sul presupposto che dai sindaci non può promanare alcuna condotta gestoria o direttiva[55]: ed è in particolare nell'ambito di studi di diritto penale sui criteri di imputazione soggettiva della responsabilità 231 che la scelta di non includere nel catalogo degli "apicali" i soggetti investiti della funzione di controllo viene largamente difesa in quanto decisamente razionale ed anzi "politicamente" opportuna[56].

Anche su questo piano, però, restare ancorati al dato reale e cioè a come vengono tradotte in pratica alcune regole di diritto societario risulta decisivo al fine di inquadrare in termini lievemente diversi questa importante questione.

Conviene partire ricordando chi sono, per l'art. 5 Decreto 231, gli "apicali" della società: si tratta delle "*persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso*".

Pur senza tradire la premessa maggiore che vede l'art. 5 rivolgersi *naturalmente* a chi promuove, partecipa, attua, etc. l'amministrazione, stabilire chi è il soggetto al quale riferire – si noti la non perspicua endiadi – l' amministrazione "*o*" la direzione (anche "di fatto") dell'impresa collettiva è questione che non può risolversi "in astratto" ma valutando il sistema di *governance* concretamente adottato e come quel sistema è stato declinato in pratica, visto che l'autonomia, nel conformare i concreti assetti organizzativi, dispone di ampi margini di manovra.

È empiricamente arduo – va ammesso – immaginare un'incolpazione del collegio sindacale per alcuno dei fatti previsti dalla Sezione III, Capo I del Decreto 231[57], ma questo non autorizza a considerare un'aporia il coinvolgimento diretto del sindaco nell'amministrazione degli affari societari: non si sta pensando a situazioni obiettivamente patologiche che rappresentano, anche per il contenzioso societario, rarità assolute[58] e nemmeno alla casistica, invece ricorrente nella giurisprudenza penale-fallimentare, del concorso del sindaco nel reato dell'amministratore, ma a situazioni che, pur connotate da indubbia straordinarietà, restano entro il perimetro naturale – in quanto tipizzato – del controllo sindacale e vedono il sindaco chiamato a curare adempimenti ed assumere decisioni che afferiscono *direttamente* l'amministrazione degli affari sociali: si guardi a quell'insieme eterogeneo di poteri sostitutivi nell'esercizio dei quali i sindaci svolgono attività sostanzialmente suppletiva di fronte ad inerzie dell'organo amministrativo ovvero alla sua obiettiva impossibilità di funzionamento[59], situazioni queste che allora – ove il sindaco faccia uso improprio di detti poteri - potrebbero integrare o quanto meno favorire la commissione di un comportamento penalmente rilevante (anche per gli effetti voluti dall'art. 5, Decreto 231): anzi, il fatto di essere poteri ad esercizio eleva il rischio di responsabilità anche penali alla luce di quella posizione di garanzia che nella spettanza di quei poteri trova il suo implicito presupposto applicativo.

Di quel "dogma" ricordato in apertura va allora ripensata la premessa maggiore, non nel senso di considerare il sindaco un *naturale apicale con funzioni gestorie* ma nel senso che un procedimento 231 potrebbe prendere le mosse – e cioè *presupporre*

– anche un comportamento del sindaco: e nel figurarsi questo scenario è chiaro che l'attenzione va principalmente rivolta ai reati contemplati negli artt. 25, 25-*ter,* 25-*quinquesdecies.*

I termini del ragionamento non variano ed anzi ne escono avvalorati quando la società presenti un sistema di *governance* dualistico o monistico: da un lato la "capacità criminale 231" del membro del comitato per il controllo sulla gestione viene a dipendere, semplicemente ma significativamente, dal fatto che la sua "prima" veste non è quella di soggetto che controlla la legalità dell'azione gestoria ma di chi personalmente e direttamente al suo svolgimento (sia pure quale consigliere indipendente) sicché escluderlo dal catalogo dei soggetti capaci di commettere un reato presupposto è semplicemente un errore di "grammatica giuridica"; quanto invece ai consiglieri di sorveglianza la cui peculiare posizione non è sfuggita all'esame attento della dottrina[60], pur non essendo amministratori, sono comunque investiti di significativi poteri di indirizzo ed approvazione che li pone nella condizione di incidono, preventivamente o successivamente, sull'operato del consiglio di gestione.

In definitiva, i poteri sostitutivi riconosciuti ai sindaci che vedono l'organo di controllo tradizionale intervenire in supplenza degli amministratori, le peculiari funzioni dei consiglieri di sorveglianza che inducono a considerare quello dualistico un sistema basato *soprattutto* sull'organo di controllo e la collocazione strutturale all'interno del consiglio di amministrazione dei membri del comitato per il controllo sulla gestione che rende quello monistico un sistema addirittura privo di un organo esterno di controllo rivelano come all'origine della responsabilità 231 potrebbero esserci atti *tipicamente* ricadenti nel tradizionale campo di azione dell'organo di controllo: senza poi dimenticare che per tutte e tre le categorie di soggetti si potrebbe configurare il concorso.

Rispetto a questi dati normativi il sistema 231 non può rimanere indifferente e ciò anche nella prospettiva di offrire del concetto di "apicale" una più lata ma sempre pertinente considerazione.

In conclusione, anche a voler ammettere che l'intendimento iniziale del legislatore "storico" fosse quello di escludere i sindaci dal novero dei soggetti che possono delinquere *ex* art. 5 Decreto 231, oggi – e cioè a distanza di vent'anni - quella *voluntas legislatoris* deve confrontarsi con i profondi cambiamenti intanto intervenuti nella disciplina legale della *governance* societaria a cominciare dall'apertura verso due modelli di amministrazione e controllo non esistenti al momento del varo del Decreto 231: modelli che vedono l'organo di controllo operare *al di sopra* di quello amministrativo e non "accanto" (sistema dualistico) o addirittura *al suo interno* (sistema monistico).

13. Lo svolgimento "di fatto" di funzioni "apicali" quale clausola di chiusura del sistema.

Per il primo capoverso dell'art. 5. "*L'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio (...) da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso*".

Il richiamo all'esercizio *di fatto* di poteri di gestione e controllo suggerisce che il reato presupposto possa essere commesso da *chiunque* si trovi concretamente ad operare in nome dell'impresa comportandosi da "apicale", o perché lo è formalmente o perché tale "semplicemente" ma oggettivamente fa in modo di apparire: si tratta in effetti di una conclusione plausibile non solo per eminenti ragioni di ordine testuale ma anche nell'ottica di assicurare una prevenzione *effettiva* ed a larga scala della criminalità d'impresa atteso che ancorare la responsabilità al fatto di essere l'autore del reato presupposto munito di una determinata investitura formale avrebbe aperto il varco ad un fin troppo agevole aggiramento di precetti e responsabilità 231; riconoscere invece centralità allo svolgimento *effettivo* di un determinato ruolo e dunque all'esercizio *effettivo* di una determinata funzione di vertice munisce la disciplina 231 di quel rigore applicativo che la giurisprudenza penale di questi vent'anni ha costantemente ricercato.

Si intravede così la possibilità di far assurgere il richiamo all'esercizio "di fatto" di funzioni di vertice a vera e propria clausola di "chiusura" del sistema che potrebbe addirittura far passare in secondo piano la frase di apertura dell'art. 5, comma 1, lett. a) e cioè il richiamo al fatto di "*rivestire*" l'agente, funzioni o ruoli di rappresentanza o direttivi: in sostanza, "l'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a vantaggio *da chiunque* anche di fatto eserciti la gestione ed il controllo dello stesso".

La proposizione virgolettata che riporta "concettualmente" ma non testualmente alle scelte operate dal legislatore di altri ordinamenti[61]: ove così riformulata la disposizione in esame finirebbe a clausola non già di chiusura ma "di apertura" del sistema 231 ed anzi ad clausola "principale" di imputazione soggettiva del reato presupposto.

Accedere all'idea che il reato presupposto possa essere ascritto a "*chiunque*", esercitando anche di fatto la gestione o il controllo, agisca perseguendo un *prefigurato* interesse dell'ente (si realizzi o

meno questo interesse) o *procurando* all'ente un - vantaggio concreto (anche non prefigurato) non solo avvalora, da una angolazione ancora diversa, quanto si è osservato a proposito degli illeciti a rilevanza 231 potenzialmente riferibili al sindaco (ed a più forte ragione ad amministratori indipendenti membri del comitato per il controllo sulla gestione e consiglieri di sorveglianza) ma, allargando la riflessione, permette di riguardare, da una angolazione diversa, gli illeciti commessi da collaboratori esterni e dipendenti o "sottoposti" per i quali ultimi il Decreto 231 pur detta una disciplina *ad hoc* all'interno della lett. b) dell'art. 5, comma 1.

Partendo dai primi va preliminarmente ricordato che il rischio 231 riferibile a consulente esterni, collaboratori, fornitori, etc. già da tempo è stato mappato all'interno dei MOG e la sua principale misura di mitigazione consiste nella definizione di *standard* contrattuali che sanzionano con la risoluzione la commissione da parte del terzo di fatti a rilievo 231[62]: si tratta di una cautela assolutamente opportuna atteso che la condotta del consulente esterno potrebbe anche finire col ricadere nel campo di applicazione dell'art. 5, comma 1, lett. a) "ultima parte" qualora il contegno assunto dal consulente faccia assumere a questo le sembianze di un amministratore di fatto[63].

Tra i "soggetti non apicali" in senso formale rientrano anche quanti operano per conto della società sulla base di procure speciali: teoricamente dovrebbero appartenere alla categoria dei "sottoposti" (lett. b)[64] a meno che non compiano atti esorbitanti l'investitura formalmente ricevuta finendo con l'assumere *di fatto* la piena gestione o il controllo anche solo di una parte dell'attività di impresa: anche qui, si ricadrebbe *direttamente* (e non per estensione ed ancora meno per analogia, che non sarebbe peraltro permessa) nel campo applicativo della lett. a), ultima parte.

Anche per il dipendente – soggetto formalmente rientrante tra le "*persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza*" – valgono conclusioni sostanzialmente analoghe ed anzi in più di un caso la giurisprudenza ha ravvisato gli estremi dell'amministratore di fatto nella condotta di soggetti formalmente legati alla società da un rapporto di lavoro subordinato, si tratti di un dipendente al quale un ordine di servizio ha assegnato la titolarità di un ufficio, di un dipartimento o di una funzione o di "semplice" dipendente formalmente sprovvisto di investiture o cariche.

La possibilità di trattare il reato presupposto commesso dal dipendente alla stregua di un reato commesso da un "apicale" non è passata inosservata in dottrina: si è infatti osservato che "*in presenza di doppia qualifica, sia comunque destinata a prevalere quella di soggetto in posizione apicale*"[65]; la conclusione si condivide per una serie di concomitanti ragioni: anzitutto, ritenere prevalente – quasi in via di principio – la qualifica maggiormente responsabilizzante (per l'ente e non per il diretto interessato) – e cioè la qualifica di amministratore – evita che il più rigoroso regime – quello dettato per la fattispecie di reato commessa da apicali - possa essere eluso attraverso l'accorgimento formale che in realtà riflette una prassi diffusa nelle società di capitali di far stipulare all'amministratore un contratto di lavoro dipendente con inquadramento dirigenziale[66]; in secondo luogo, quella conclusione presenta una certa coerenza con la scelta di campo operata dalle Sezioni Unite nella loro storica sentenza del 2017 in ordine alla qualificazione del rapporto tra società ed amministratore[67].

Si impone però una puntualizzazione: non è infrequente nei gruppi vedere "capi ufficio" della *holding* (anche senza qualifica dirigenziale) sedere (a titolo gratuito) nei consigli di amministrazione delle controllate il più delle volte soggette a direzione unitaria della prima: non può allora escludersi che l'amministratore (della controllata)-dipendente (della *holding*) venga ad assumere una condotta (integrante gli estremi del reato presupposto) che nell'avvantaggiare la *holding* finisce con l'avvantaggiare anche la controllata, condotta – qui il punto – che però il soggetto in questione potrebbe aver assunto unicamente nella veste di – e cioè esercitando le prerogative che ad esso competono quale - dipendente della capogruppo e non quale amministratore della controllate[68].

In conclusione, la condotta del dipendente o, più comprensivamente, del soggetto "sottoposto" alla vigilanza di un apicale potrebbe sfuggire dal campo applicativo della lett. b) – e cioè la sua sede naturale - per essere attratta in quello della lett. a): l'applicazione del "più mite" (dal punto di vista dell'ente) regime probatorio non deve infatti farsi dipendere unicamente dalla veste formale assunta dal soggetto che ha commesso il reato presupposto ma da considerazioni di ordine decisamente più sostanziale che se valgano in generale devono a più forte ragione valere quando l'ente collettivo è personificato dalla società visto: in sostanza, sarà la società a dover provare l'assenza di colpa organizzativa ovvero l'accusa a dover provare la mancata adozione o attuazione di un MOG idoneo a seconda del genere di comportamento assunto dal sottoposto, comportamento – aggiungasi – che andrà valutato anche in stretta considerazione del contegno tenuto dal medesimo sottoposto prima e dopo la commissione del reato

perché da quel contegno possono trarsi elementi segnaletici o probanti l'esistenza di una possibile "amministrazione di fatto" (come è dato evincere dal contenzioso societario).

14. La permanente neutralità del Decreto 231: punto di partenza e linee evolutive.

Il Decreto 231 non sembra recepire le molto rilevanti differenze che dividono, sul piano della struttura e del funzionamento, il sistema di *governance* tradizionale, dualistico e monistico ed i loro rispettivi organi di controllo; anzi, in relazione ad istituti e tematiche nevralgiche (come la nomina e la conformazione dell'OdV) ha apertamente omogeneizzato la disciplina: la "neutralità [del sistema 231] rispetto ai profili civilistici della struttura organizzativa degli enti" [69] viene largamente giustificata e difesa negli studi di diritto penale dove anzi al sistema 231 si guarda come ad un microsistema autonomo fatto da un *corpus* di norme che danno vita ad "*un vero e proprio codice delle personnes morales*"[70].

Non si può negare che risponde ad una precisa scelta di politica del diritto operata dal legislatore del Decreto 231 predisporre un apparato normativo di contrasto alla criminalità d'impresa rivolto senza differenziazioni di sorta a *qualunque* ente collettivo: da questa angolazione è allora giusto che il Decreto 231 continui a conservare la sua storica equidistanza rispetto allo statuto legale del singolo ente e più comprensivamente rispetto alle tante discipline di settore che, con diversi gradi di analiticità, regolamentano gli assetti organizzativi dei tanti enti collettivi che il nostro ordinamento accoglie.

Pur saldamente ancorati a questa impostazione di fondo non si può però fare a meno di osservare che le società di capitali, in questi vent'anni, hanno mostrato di essere enti collettivi decisamente diversi dagli altri: oltre al dato statistico ricordato in apertura che le vede al centro della giurisprudenza penale sulla responsabilità 231 le società di capitali, non bisogna dimenticarsi della radice culturale del sistema 231 e cioè: pur nel contesto di una disciplina che deve testualmente continuare a rivolgersi agli enti collettivi *tout court,* il sistema 231 ruota attorno al concetto di "colpa organizzativa" (*Organisationsvershulden*) concetto sul quale riposa *l'animus delinquendi* dell'ente*:* non può allora passare in secondo piano il fatto che il nostro diritto societario accoglie norme che sanciscono *per esplicito* – e non, come fa l'art. 6, Decreto 231, *per implicito* - il dovere di istituire e mantenere assetti organizzati *adeguati* e del resto è proprio entro questi assetti che i presidi organizzativi 231 trovano la loro naturale collocazione.

Pertanto, pur nell'ambito di una disciplina "*della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, della società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica*" per dirla con la frase che intitola il Decreto 231 e quindi di una disciplina che *deve* continuare ad essere – nei principi, nell'impostazione generale, nella "rubrica" di capi, sezioni e articoli - una disciplina della responsabilità da reato di *tutti* gli enti collettivi e non solo delle sole società di capitali, a queste società va riconosciuta una sorta di centralità fenomenologica, una centralità che del resto è già attestata dalla giurisprudenza penale.

Nessuna, dunque, superiorità concettuale di un sistema giuridico, quello di diritto societario, sull'altro, quello 231 anche se – va ricordato almeno una volta - quando si tratta di colmare lacune normative in tema di organizzazione e funzionamento di collettività organizzate ovvero di enti dotati di struttura associativa, la giurisprudenza da sempre considera quella societaria come la disciplina di riferimento alla quale attingere[71].

In sostanza sebbene il legislatore del Decreto 231, nel delineare poteri, doveri e responsabilità "231", si sia sforzato di non lasciare fuori "nessun" ente dettando norme di così ampio respiro da (rischiare di) sacrificarne, come si è visto, la certezza applicativa, a distanza di vent'anni si deve prendere atto che gli enti collettivi *non societari* continuano a rimanere ai margini del sistema 231: dal peculiare modo di atteggiarsi di assetti e statuti organizzativi delle società di capitali o, quanto meno, dai relativi principi informatori è decisamente opportuno partire al fine di costruire, per sottrazione o addizione e per non acritica imitazione, assetti e statuti "speciali" degli enti non societari.

Essere dell'avviso che le disposizioni del Decreto 231 che si richiamo alle scelte di *governance* operate dagli amministratori – a cominciare dal comma 4-*bis* dell'art. 6 - sono suscettibili o forse bisognose di una sorta di interpretazione adeguatrice "in chiave societaria" e cioè devono dialogare meglio di come fatto finora con le categorie di diritto societario non significa pretendere che il Decreto 231 consideri partitamente i vari modelli di amministrazione e controllo per dedicarvi regole "su misura" (obiettivo che comunque non appare affatto irragionevole né impossibile) ma che i tre modelli di (amministrazione) e controllo conservino anche in ambito 231 le proprie specificità, almeno quelle fondamentali: appiattire sulla disciplina del collegio sindacale la disciplina del consiglio di

sorveglianza e del comitato per il controllo sulla gestione annulla quelle specificità.
Quelle affrontare sono questioni interpretative ma anche di prospettive di una possibile riforma del diritto penale "degli enti collettivi" alla luce delle già intervenute riforme di diritto societario: in questo senso, il comma 4-*bis* dell'art. 6, unica disposizione che parla del consiglio di sorveglianza e del comitato per il controllo sulla gestione, rappresenta il punto di partenza di un più coraggioso ammodernamento del sistema 231 che ancora attende di essere compiuto.

1 G. Ferri, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, p. 47.

2 L'art. 6 della L. 24 novembre 1982, n. 689. Più avanti negli anni, con D.M. 1 ottobre 1998 il Ministro della Giustizia (allora, Giovanni Flick) nomina una commissione per la riforma della parte generale del codice penale presieduta dal Prof. Grosso: nella relazione del Progetto Grosso si legge che "*le persone giuridiche, le associazioni non riconosciute, gli enti pubblici o privati, le imprese anche individuali debbono adottare e attuare modelli organizzativi idonei a evitare che vengano commessi reati con inosservanza di disposizioni pertinenti all'attività dell'organizzazione, o comunque nell'interesse dell'organizzazione da persone agenti per essa*".

3 Sulla natura giuridica della responsabilità 231 la bibliografia è sterminata: *ex multis,* anche per gli ampi riferimenti, AAVV, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, commentario diretto da M. Levis e A. Perini, Bologna, 2014; sull'idea di un *tertium genus,* A. Alessandri, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, p. 58; D. Pulitanò, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 419; Ambrosetti E., E. Mezzetti, M. Ronco, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2016, p. 41. Sul punto, in sede di primi commenti, cfr. G. De Vero, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato. Luci ed ombre dell'attuazione della delega legislativa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, p. 1165 ss.

4 Cass., 7 aprile 2020, n. 11626.

5 GIP Trib. Milano, 16 luglio 2020. Cfr. sul punto, G. Morgese, *SRL unipersonali e 231: un connubio non sempre possibile,* in questa Rivista, 2018, 12.

6 In senso affermativo, GIP Trib. Modena, Ord. 11 dicembre 2019; di diverso avviso, GIP Trib. Bologna, Ord., 10 dicembre 2020.

7 Cass. pen., 28 febbraio 2018, n. 9072.

8 Come la remissione della querela, la morte dell'autore del reato prima della condanna, il pagamento dell'oblazione, la sospensione condizionale della pena.

9 Lo ricorda di recente, in tema di reati ambientali, Cass. pen. 27 gennaio 2020, n. 3157; cfr. anche Cass. pen. 16 aprile 2018, n. 16713

10 Procura Rep. Como, Decreto di archiviazione *ex* art. 58 del D.Lgs. n. 231/2001 del 9 ottobre 2020.

11 E del resto si vedano le indicazioni offerte da una certa giurisprudenza (Trib. Roma, 4 aprile 2003, in *Cass. pen.* 2003, pp. 2803 ss.) e dalla dottrina (P. Montalenti, *Organismo di vigilanza e sistema dei controlli,* in *Giur. Comm.,* 2009, p. 848) in tema di composizione dell'OdV, composizione che si ritiene necessariamente collegiale di fronte a dimensioni importanti, fatturato elevato, complessità delle valutazioni ed elevata quantità: e la complessità delle valutazioni e dunque dell'attività da svolgere può anche dipendere dalla "*ampiezza del perimetro dell'area di rischio da reato*" come osservato, e l'osservazione si condivide, da N. Abriani – F. Giunta, *L'Organismo di Vigilanza. Compiti e funzioni,* in *Rivista231.it,* p. 23.

12 Fondazione *Johnson & Johnson*; Fondazione Cassa di Risparmio di Perugia; Fondazione FS Italiane; Casa di Industria Fondazione Onlus, solo per citarne qualcuna. Rivolgendo lo sguardo al settore pubblico, si guardi anche alla realtà delle "strutture sanitarie".

13 Trib. Milano, GIP, 22 marzo 2011: nell'ambito di questo procedimento le parti avevano chiesto ed ottenuto *ex* art. 63 del D.Lgs. n. 231/ 2001, la condanna di un'associazione volontaria di pubblica assistenza (A.N.P.A.) la quale pur agendo formalmente quale ente no profit, svolgeva – si noti - vera e propria attività imprenditoriale nel settore sanitario: e quindi, comunque, anche la forma "non societaria" assume carattere recessivo rispetto allo svolgimento di una attività sostanzialmente imprenditoriale.

14 A parte casi rasi (e virtuosi), è indicativo che la maggior parte degli enti collettivi diversi dalle società di capitali che in questi due decenni hanno implementato un MOG operano nell'ambito (se non anche al vertice) di veri e propri gruppi societari (anche per gli effetti dell'art. 2497 c.c. e ss.) trattandosi dunque di enti aventi grandi dimensioni o comunque operanti in settori altamente regolamentati (come quello bancario): si guardi ad alcune fondazioni bancarie.

15 Sia consentita la colloquialità che riflette, in realtà, il comune sentire e cioè un modo di vedere la disciplina 231 che, va detto apertamente, lascia molto perplessi.

16 N.Abriani, *Il modello di prevenzione dei reati nel sistema dei controlli societari*, in *Diritto penale dell'economia,* a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Torino, 2019, cit., p. 2778.

17 C. Pedrazzi, *Corporate Governance e posizioni di garanzia: nuove prospettive?*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, 2002, II, 1375.

18 Sia consentito rinviare a A. Morello, *Il comitato per il controllo sulla gestione tra dipendenza strutturale ed autonomia funzionale,* in *Riv. dir. comm.,* 2005, pp. 740 ss.

19 M. Calleri, *Spunti penalistici per l'indagine e l'accertamento avanti l'organismo di vigilanza,* in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti,* 2010, 3, 73.

20 L. 12 novembre 2011, n. 183.

21 Per un interessante vista d'insieme, N. Abriani – F. Giunta, *L'Organismo di Vigilanza,* cit., p. 4.

22 Denunzia *ex* art. 2409 c.c., convocazione dell'assemblea, impugnative, etc.

23 Tra i contrari, C.E. Paliero, "*Il D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*", in *Corr. Giur.*, pag. 848; N. Pisani, "*I requisiti di autonomia ed indipendenza dell'Organismo di Vigilanza istituito ai sensi del d.lgs. 231/2001*", in *Rivista 231*, 1/2008, pag. 160. L'idea di convergere sul collegio sindacale è stata positivamente considerata da R. Rordorf, *La normativa sui modelli di organizzazione dell'ente,* in AA.VV., *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse,* in *Cass. pen.*, 2003, suppl. al n. 6, pagg. 86-87; M. Boidi – R. Frascinelli – P. Vernero, *La compatibilità del collegio sindacale quale Organismo di Vigilanza ex D.Lgs. 231/2001*, in *Rivista 231*, 4/2011, pagg. 152 ss.

24 N. Abriani – F. Giunta, *Il sistema disciplinare all'interno del modello di prevenzione dei reati di cui al lgs. n. 231/2001*V, in *Rivista231.it,* p. 4 al quale si rinvia anche per i riferimenti bibliografici al dibattito dottrinale sul punto (tra cui, A. Bernasconi e E. Beghè, *Sistema disciplinare per soggetti apicali, apparato sanzionatorio e* stock options: *profili problematici,* in *Resp. amm. soc. enti,* 2007, n. 2, p. 48

25 Si vedano, a proposito del comitato controllo interno, i rilievi di S. Bartolomucci, *Rilevanza del modello societario e dell'assetto di* corporate governance *nella configurazione dell'Organismo di Vigilanza,* in *Resp. amm. soc. enti,* 2007, 2, p. 31.

26 Trib. Roma, sez. GIP, Ordinanza 4 aprile 2008.

27 M. Vizzardi, *Osservazioni sulla composizione dell'Organismo di vigilanza ex d. lgs. 231/2001,* in *Diritto penale contemporaneo,* 29 ottobre 2010, p. 10; prima dell'introduzione del comma 4-bis nell'art. 6, perplessità in relazione al sindaco-componente dell'OdV sono state sollevate da A. Bernasconi, *La responsabilità degli enti. Commento all'art. 6 d. lgs. 231/2001*, a cura di Presutti-Bernasconi-Fiorio, 2008, p. 135; C. Mancini, *I modelli organizzativi ex D. lgs. 231/2001. Etica di impresa e punibilità degli enti*, a cura di Monesi, 2005, p. 445; V. M. Cardia, *Legge di stabilità 2012 e D. Lgs. 231/2001: riflessioni sulla composizione dell'organismo di vigilanza,* in *Resp. amm. soc. enti,* n- 1, pp. 123 ss..

28 A guidare la scelta non possono essere unicamente le "piccole dimensioni" sul rilievo che l'idoneità della prevenzione 231 si valuta in stretta considerazione non già ed anzi non tanto del fatto di *essere* l'impresa di piccola o grande dimensione quanto e piuttosto di *avere* l'impresa piccoli o grandi problemi organizzativi.

29 Quella di nominare membro dell'OdV qualche amministratore indipendente.

30 Si guardi ad esempio alla Raccomandazione n. 33 del recente Codice di *Corporate Governance* per il quale "*Nel caso [l'OdV] non coincida con l'organo di controllo, l'organo di amministrazione valuta l'opportunità di nominare all'interno dell'organismo almeno un amministratore non esecutivo e/o un membro dell'organo di controllo e/o il titolare di funzioni legali o di controllo della società, al fine di assicurare il coordinamento tra i diversi soggetti coinvolti nel sistema di controllo interno e di gestione dei rischi*".

31 Per N. Abriani – F. Giunta, *Il sistema disciplinare,* cit., p. 22 la sanzione della risoluzione del rapporto dovrebbe essere irrogata "previa predisposizione di una serie di garanzie (ad es. adeguata motivazione del provvedimento, coinvolgimento dell'assemblea dei soci o dell'organo sociale di controllo diverso da quello coinvolto) volte ad evitare ogni un utilizzo strumentale di tali rimedi per rimuovere organi di controllo che, nel diligente svolgimento del proprio compito di vigilanza, risultino "scomodi" ai vertici aziendali".

32 Nelle banche dove la "regola" è convergere sul collegio sindacale ai fini della nomina dell'OdV, la Banca d'Italia, con circolare 17 dicembre 2013, n. 285 (11° aggiornamento), richiede una motivazione analitica alle banche che intendano discostarsi da questa raccomandazione di massima. Sul punto, Banca d'Italia, *Il sistema dei controlli interni, il sistema informativo e la continuità operativa*, Nota di chiarimenti del 24 gennaio 2014, aggiornata al 6 giugno 2014 e al 22 luglio 2015

33 Il quale *deve* essere reso edotto – nell'ambito della tradizionale (continuativa o episodica) attività reportistica – degli esiti della vigilanza 231.

34 Avuto riguardo al collegio sindacale di società non quotate di recentissimo aggiornamento prevedono (5.5) che il collegio sindacale acquisisce informazioni dall'OdV "*in merito alla funzione da esso assegnata dalla legge al fine di vigilare sull'adeguatezza, sul funzionamento e sull'osservanza*" del MOG.

35 E nell'operare questo accostamento che riguarda "*tutti i soggetti incaricati del controllo di gestione comunque denominati*" pone in capo all'OdV il dovere di comunicare all'autorità di vigilanza le violazioni riscontrate (art. 52), dovere di rilevanza tale da vedere sanzionato penalmente il suo inadempimento (art. 55).

36 E su questi due aspetti si v., per tutti, N. Abriani – F. Giunta, *L'Organismo di Vigilanza,* cit., p. 19

37 Cfr. sul punto N. Abriani, *Il modello di prevenzione,* cit., pp. 2798 per il quale il potere di nomina "andrebbe, quanto

meno, sottratto al management della holding, e assegnato a un comitato di amministratori indipendenti interno al consiglio di amministrazione".

38 Naturalmente non citare gli amministratori muniti di deleghe delegato è una consapevole omissione perché nella generalità delle ipotesi ad "allarmare" – per il tramite dei riferiti segnali di allarme – sono scelte e decisioni ascrivibili agli amministratori delegati.

39 Principio 5.5.

40 Cfr. CNDCEC, *op. cit.,* norma Q.3.5.

41 Lo si ricorda già in Trib. Fermo, 28 febbraio 2017 per il quale la responsabilità dell'ente non è una conseguenza, per così dire, automatica o inevitabile del reato presupposto.

42 N. Abriani, *Il modello di prevenzione dei reati,* cit., pp. 2781 ss.

43 Si guardi alla sicurezza sul lavoro (D. Lgs. n. 81/2008) dove, come noto, il legislatore è sceso in profondità nel declinare regole e principi organizzativi che l'imprenditore deve osservare a prevenzione di quel particolare genere di reati presupposti previsti dall'art. 25-*septies*: è noto, infatti, che bisogna disegnare organigrammi *realmente* a tenuta, articolare processi strutturati e "seri", munire dipendenti e *managers* di deleghe autentiche ed esercitabili, selezionare "persone" realmente (anche sul piano delle competenze professionali) capaci, formare utilmente la popolazione aziendale e così via dicendo

44 Si tratta delle società che ambiscono alla quotazione sul segmento STAR (Segmento Titoli con Alti Requisiti). Per il Regolamento dei Mercati di Borsa Italiana è infatti un requisito di governo societario necessario al fine di ottenere la qualifica di STAR Mercato MTA di Borsa Italiana, l'adozione di un MOG ai sensi dell'art. 6 Decreto 231.

45 Trib. Milano, 3 novembre 2010: è il caso Italease.

46 Così già. N. Abriani, *Il modello di prevenzione dei reati,* cit., pp. 2798 ss.

47 M. Ventoruzzo, *Il nuovo Codice di Corporate Governance 2020: le principali novità,* in *Le Società,* 4/2020, p. 440.

48 Che per lo stesso Codice è rappresentato dall'insieme delle regole, procedure e strutture organizzative finalizzate "*ad una effettiva ed efficace identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi, al fine di contribuire al successo sostenibile della società*".

49 Nella generalità delle ipotesi, è proprio lo *stakeholder* diverso dal socio o quanto meno dal socio di controllo o di riferimento che intendere la legalità come strumento al servizio del *business* e dunque come fattore di crescita e stimolo per il raggiungimento, appunto, del successo sostenibile al riparo, aggiungasi, dal rischio che l'azione sociale possa essere condotta nel preminente interesse di "qualcuno" a scapito degli "altri" (leggasi, dietro queste formule, alcuni tipi di reati societari e finanziari rientranti nel catalogo di quelli "presupposto").

50 Cass. Pen., 27 gennaio 2015, n. 3786; Cass. Pen., 22 gennaio 2011, n. 2251.Contra, C. Ass. Taranto, 4 ottobre 2016. Si ricordi, a conferma dell'orientamento prevalente, la disciplina del sequestro conservativo che ai sensi dell'art. 54 opera, appunto ed unicamente, a garanzia del pagamento della sanzione pecuniaria.

51 N. Abriani, *Il modello di prevenzione dei reati,* cit., p. 2803.

52 Contrazione vendite, perdita quote di mercato, discredito tra fornitori, finanziatori, investitori e così via dicendo in conseguenza della notizia del "coinvolgimento" della società in un procedimento 231 (e naturalmente è intenzionale il virgolettato atecnico).

53 Per l'art. 40 del D. Lgs. 26 ottobre 2020, n. 147, "*L'istituzione degli assetti di cui all'articolo 2086, secondo comma"* spetta esclusivamente agli amministratori.

54 N. Abriani – F. Giunta, *L'Organismo di Vigilanza,* cit., p. 19.

55 R. Rordorf, *I criteri di attribuzione della responsabilità. I modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i reati,* in *Soc.,* 2001, p. 1299; G. De Simone, *I profili sostanziali della c.d. responsabilità amministrativa degli enti; la parte generale e la parte speciale del d.lgs. n.8 giugno 2001, n. 231,* in Aa.Vv., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato,* Padova, 2002, p. 105; D. Pulitanò, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri di imputazione,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2002, p. 426;

56 C. De Maglie, *L'etica e il mercato*, Milano, 2002, p. 332; O. Di Giovine, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in *Reati*, (a cura di) G. Lattanzi, Milano, 2010, p. 60; A Fiorella, *Principi generali e criteri di imputazione all'ente della responsabilità amministrativa*, in *La responsabilità della società per il reato dell'amministratore,* (a cura di) G. Lancellotti, Torino, 2003, p. 5103; M. Pelissero, *La responsabilità degli enti*, in *Manuale di diritto penale* di F. Antolisei, *Leggi complementari*, vol. I, 13ª ediz. a cura di C.F. Grosso, Milano, 2007, p. 862.

57 Si v. però i rilievi di C.E. Paliero, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione,* in A. Alessandri (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, p. 53; De Simone, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d'imputazione,* in *Diritto penale contemporaneo,* ottobre 2012, p. 4.

58 Come il caso – beninteso, raro ma non di scuola né impossibile - del soggetto che pur formalmente nominato sindaco si atteggia, dentro e fuori l'azienda, come amministratore "di fatto".

59 Qualora venga meno il socio-amministratore unico, il collegio o il sindaco unico di s.r.l. sono investiti delle attribuzioni dell'organo di amministrazione ed in questo caso l'attività suppletiva si sostanza nel compimento di rilevanti attività non

solo sul piano degli adempimenti pubblicitaria (comunicazioni al registro delle imprese) ma anche *stricto sensu* gestoria assumendo, sia pure transitoriamente, l'amministrazione della società fino al subentro degli eredi (secondo quanto previsto dallo statuto); in caso di omissione da parte degli amministratori, i sindaci, anche individualmente, possono provvedere, in via sostitutiva, iscrizione della nomina e della cessazione dei componenti del collegio sindacale; il collegio sindacale, può procedere in via sostitutiva con la convocazione dell'assemblea (es. *ex* art. 2446, co. 1, c.c.); il collegio sindacale, inoltre, entro quindici giorni dalla data in cui l'assemblea ha deliberato la cessazione anticipata dell'incarico di revisione, si occupa delle relative comunicazioni in caso di inerzia dell'organo amministrativo; il collegio sindacale verifica il deposito da parte degli amministratori dell'attestazione di avvenuta sottoscrizione dell'aumento di capitale ai sensi dell'art. 2444 c.c. e della dichiarazione prevista dall'art. 2343- *quater*, co.3, c.c. provvedendovi in caso di omissione dell'organo amministrativo.

60 Cfr. N. Abriani – F. Giunta, *Il sistema disciplinare,* cit., p. 7.

61 Art. 121, comma 2, Codice penale Francese.

62 È infatti un "presidio 231" entrato negli *standard* dei MOG prevedere l'introduzione nei contratti che la società stipula con soggetti terzi clausole che sanzionano con la risoluzione automatica del rapporto la commissione di illeciti a rilevanza 231 come pure la violazione del Codice Etico (altro pilastro su cui si regge la legalità aziendale dell'impresa moderna).

63 si può essere di questo avviso quando il soggetto, pur "formalmente" legato alla società da un rapporto di *mera* consulenza, eserciti "*anche di fatto, la gestione o il controllo*" dell'ente commettendo reati presupposto a vantaggio o nell'interesse dell'ente.

64 O. Di Giovine, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo,* in Aa.Vv., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231,* a cura di G. Lattanzi, Milano, 2009, p. 7.

65 N. Abriani – F. Giunta, *Il sistema disciplinare,* cit., p. 2.

66 Vi è tuttavia da precisare che "assumere" come dipendente l'amministratore è prassi che viene seguita al diverso fine di innalzare le tutele dell'amministratore e non della società.

67 Cass. SS.UU., 20 gennaio 2017, n. 1545.

68 Si guardi, ad esempio, al capo del dipartimento tesoreria di gruppo che si renda artefice di un grave episodio corruttivo finalizzato alla chiusura di una operazione in derivati come tale rientrante nell'ambito del "*day-by-day*" *management* di un qualsiasi operatore di tesoreria.

69 Virgolettato di N. Abriani, *Il modello di prevenzione dei reati*, cit., p. 2779.

70 E. Amodio, *Prevenzione del rischio penale di impresa e nodelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 320.

71 In tema di (*prorogatio* di amministratori) di associazioni non riconosciute, si v. ad esempio Cass. ord., 30 settembre 2019, n. 24214.

19 Il ruolo dei Modelli di organizzazione e gestione nella prevenzione della crisi d'impresa, tra prevenzionismo ed obbligatorietà.

di Dorella Quarto

Abstract
Il D.lgs. n. 14/2019, nel riscrivere la disciplina delle procedure concorsuali, ha prescritto a carico dell'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, l'adozione di un comportamento proattivo volto ad evitare l'evento "crisi aziendale". Tale scelta è cristallizzata nell'art. 2086, comma 2, c.c., rubricato *Gestione dell'impresa*; la norma, per effetto delle modifiche apportate dall' articolo 375 del Codice della crisi, rende obbligatoria per l' imprenditore l'adozione di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale.
Di qui l'inevitabile interazione tra le prescrizioni di cui all'art. 2086, comma 2 c.c. – come modificato – ed il D.lgs. n. 231/2001.
Dall'utilizzo della congiunzione "anche" nel testo del novellato art. 2086 c.c., discendono delle riflessioni in ordine alla reale ampiezza applicativa degli adottandi assetti organizzativi. La formulazione della norma lascia intendere che questi ultimi siano finalisticamente protesi al raggiungimento di obiettivi ulteriori rispetto a quelli espressamente menzionati.
È quindi lecito domandarsi se il legislatore abbia voluto inglobare i modelli 231 nella macroarea degli obbligatori assetti organizzativi, di fatto trasformandone la natura giuridica.
Lo scopo del presente contributo è quello di individuare i profili di intersezione tra la disciplina dei Mog *ex* D.lgs. n. 231/2001 - focalizzando l'attenzione sulla volontarietà di tali strumenti e sui benefici premiali che ne discendono - ed il concetto di "assetto organizzativo" introdotto dal D.lgs. n. 14/2019, valorizzandone l'ispirazione proattiva, prevenzionistica ed il carattere obbligatorio.

The Legislative Decree n. 14/2019 prescribed for the business owner the adoption of a proactive behavior aimed at avoiding the "corporate crisis". This choice is crystallized in the art. 2086, paragraph 2, Civil Code, entitled Business Management. The rule, as a result of the changes made by article 375 of the Crisis Code, requires the adoption of an organizational, administrative and accounting structure that is adequate to the nature and size of the company, also based on the timely detection of the company's crisis and the loss of business continuity.
The interaction between art. 2086, paragraph 2, Civil Code - as amended - and the Legislative Decree n. 231/2001, is not avoidable.
The use of the conjunction "also" brings with it some reflections in order to the real applicative amplitude of the adopting organizational structures. The wording of the article suggests that the assets serve to achieve further objectives than those expressly mentioned.
We wonder if the legislator wanted to incorporate the "231 models" into the macro-area of the obligatory organizational structures and if he has transformed their legal nature.
The purpose of this contribution is to identify the intersection profiles between the Models governed by the Legislative Decree n. 231/2001 - focusing attention on the voluntary nature of these tools and the reward benefits that derive from them - and the concept of "organizational structure" introduced by Legislative Decree n. 14/2019, enhancing its proactive, preventative inspiration and mandatory character.

Sommario
1. L'ispirazione prevenzionistica del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.- **2.** Il comportamento proattivo imposto dal D.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14: nuovi oneri nella "Gestione dell'impresa". - **3.** Modelli di organizzazione e gestione nella prevenzione del rischio-reato. - **3.1.** Il

giudizio di idoneità ed efficacia dei modelli di organizzazione, gestione e controllo adottati *ante factum.* - **3.1.1.** Il giudizio di adeguatezza degli assetti organizzativi. - **3.1.2.** (Segue) applicabilità della *Business Judgement Rule.* - **4.** Conclusioni: sussumibilità dei "MOG231" nell'area dei nuovi assetti organizzativi obbligatori. La volontarietà rimeditata dei *compliance programs*?

1. L'ispirazione prevenzionistica del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

La *mission* di un'azienda può essere declinata in sottobiettivi, da intendersi come risultato desiderabile. Lungo il percorso che conduce al raggiungimento del prefissato obiettivo, l'organizzazione aziendale può trovarsi ad affrontare degli ostacoli, più correttamente definiti rischi d'impresa. Il rischio rappresenta l'evento incerto che può frapporsi tra le aspettative iniziale e la *mission* aziendale.

Citando il celebre libro *L'arte della guerra* di Sun Zun, certamente calzante è il passo nel quale si legge "se conosci il nemico e te stesso, la tua vittoria è sicura. Se conosci te stesso ma non il nemico, le tue probabilità di vincere e perdere sono uguali. Se non conosci il nemico e nemmeno te stesso, soccomberai in ogni battaglia".

Lo stesso accade nell'organizzazione d'impresa.

Il rischio è il nemico; lo si può gestire evitandolo, trasformandolo (naturalisticamente o giuridicamente), accettandolo, mitigandolo o eliminandolo[1].

Il rischio va studiato attentamente, come si fa con i nemici più temibili, poiché solo la consapevolezza circa la potenziale verificabilità di un evento permette di superarne indenni la concretizzazione.

Il rischio, una volta identificato, deve essere sottoposto a valutazione/misurazione e catalogato secondo indici di probabilità – possibilità di verificazione dell'evento indesiderato - e di impatto.

Rientra tra le attività di controllo qualunque azione in grado di evitare, trasferire, mitigare o eliminare il rischio, agendo sul fronte della probabilità o su quello dell'impatto.

Come anticipato, l'azienda potrebbe anche decidere (più o meno scientemente) di accettare la verificazione di un evento dannoso o, più in generale, la concretizzazione di un dato rischio d'impresa.

A che prezzo l'impresa può decidere di ignorare il suo nemico?

Lo studio dei rapporti tra gestione dell'impresa e verificazione del rischio reato - come disciplinato dal D.lgs. n. 8 giugno 2001, n. 231[2], a vent'anni dalla caduta del brocardo *societas delinquere non potest* - ci ha insegnato che, in realtà, è possibile muovere un vero e proprio rimprovero nei confronti dell'ente che abbia passivamente accettato la possibilità di verificazione di comportamenti criminali da parte di un soggetto, apicale o sottoposto, inserito nell'organigramma aziendale.

La disciplina del processo *de societate* ha inserito nel tessuto normativo la responsabilità dell'ente per i reati commessi dai soggetti incardinati nella struttura produttiva, nell'interesse o a vantaggio della persona giuridica; a tale componente oggettiva si affianca la c.d. "colpa di organizzazione", elemento di riferibilità soggettiva della fattispecie complessa di cui l'ente è chiamato a rispondere. Tuttavia, la semplice commissione del reato - presupposto dell'incolpazione dell'ente - non basta; infatti, il reato commesso dovrà rappresentare la manifestazione di una politica aziendale volta all'illiceità o, quantomeno, derivare da una noncuranza colposa dell'ente[3].

Il legislatore italiano nel disegnare la responsabilità degli enti dipendente da reato non si è accontentato di un'imputazione meramente oggettiva (una sorta di responsabilità *in re ipsa* che derivasse *sic et simpliciter* dal rapporto di immedesimazione organica tra dipendente-persona fisica ed ente-persona giuridica); piuttosto, ha adattato il principio di colpevolezza ad una struttura non antropomorifizzata. Nel dettaglio, si è liberato delle strette di una colpevolezza strettamente psicologica ed ha fatto propria una concezione di riferibilità psicologica in senso normativo, sì da permettere un'imputazione del fatto rispettosa del principio penalistico di colpevolezza.

Come osservato nella Relazione governativa al D.lgs. n. 231/2001[4], l'attribuzione della responsabilità secondo criteri ispirati al *versari in re illicita* produce spesso un effetto contrario a quello sperato ed, anzi, si traduce in un disincentivo all'osservanza di cautele doverose; è come se l'ente si rassegnasse alla verificazione/concretizzazione del rischio – qualunque esso sia – e lo accettasse passivamente considerandolo un costo necessario dell'impresa, un rischio non evitabile ma solo preventivabile a livello economico come costo di bilancio.

Invece, collegare la responsabilità dell'ente alla mancata osservanza di un dovere, di uno *standard* comportamentale, significa motivare l'ente alla loro osservanza. Quello imposto alla persona giuridica non è un generico dovere di vigilanza e controllo; piuttosto «si è preferito riempire tale dovere di specifici contenuti: a tale scopo un modello assai

utile è stato fornito dal sistema dei *compliance programs* da tempo funzionante negli Stati Uniti».
Il legislatore del 2001 risponde al rischio-reato suggerendo all'impresa un comportamento proattivo: la predisposizione ed efficace attuazione di un adeguato modello organizzativo, calibrato rispetto all'attività sociale dell'ente ed ai rischi di illecito penale ad essa prevedibilmente connessi, può incidere con efficacia esimente sulla sussistenza della responsabilità dell'ente.
Per vero, il rischio-reato è solo uno dei possibili ostacoli che l'impresa può trovarsi ad affrontare; a questo si accompagnano il rischio di mercato, i rischi ambientali, i rischi reputazionali, i rischi organizzativi da incapacità manageriale, i rischi operativi e finanziari.
La Riforma Rordorf[5], attuata attraverso il D.lgs. 12 gennaio 2019, n. 19[6], ha introdotto nel nostro ordinamento il *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza;* il testo, oltre a riformare la precedente disciplina sulle procedure concorsuali, sembra imporre un cambiamento culturale nella gestione dell'impresa ispirato al risanamento, alla conservazione del patrimonio aziendale e alla gestione anticipata del rischio.
Tale fenomeno di discontinuità patologica nella vita dell'impresa se individuata tempestivamente può essere convenientemente affrontata. Una indicazione in tal senso si è avuta anche grazie all'influenza del legislatore europeo.
Infatti, il 26 giugno 2019 è stata pubblicata nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea la direttiva (UE) 2019/1023[7] del Parlamento europeo e del Consiglio, riguardante i "quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, nonché le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione", adottata all'esito dei negoziati intercorsi sulla originaria Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio (COM(2016) 723) riguardante i "quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti, e che modifica la direttiva 2012/30/UE".
Come si legge nella Relazione di accompagnamento alla proposta, la direttiva mira soprattutto a consolidare in tutta Europa la cultura del salvataggio delle strutture produttive; infatti, «le norme sulla ristrutturazione delle imprese e sui diritti degli azionisti contribuiranno principalmente alla "prevenzione", quelle sulle azioni revocatorie, sugli amministratori delle procedure di insolvenza e sulle autorità giudiziarie o amministrative al "recupero del valore" e quelle sulla seconda opportunità alla "liberazione dai debiti". Oltre ai vantaggi economici, si avranno anche ripercussioni sociali positive. Le norme in materia d'insolvenza riguardano una vasta gamma di misure: l'intervento anticipato prima che l'impresa versi in gravi difficoltà, la ristrutturazione precoce per preservare le parti di attività economicamente sostenibili, la liquidazione dell'attivo se l'impresa non può essere salvata in altro modo, fino alla possibilità per l'imprenditore onesto di ottenere una seconda opportunità attraverso la liberazione dai debiti»[8].
La Riforma Rordorf, ponendosi in linea di continuità, mette l'accento sui concetti di prevenzione e controllo finalisticamente orientati alla tempestiva rilevazione della crisi; nel far ciò, impone all'impresa di dotarsi di sistema di allerta della crisi e di assetti organizzativi idonei a prevenire la concretizzazione del rischio-dissesto, sì da consentire una tempestiva ristrutturazione della crisi e della momentanea difficoltà finanziaria.
L'idea classica dell'impresa "sulla via del fallimento" intesa come «grave danno per l'economia e come tale da estromettere immediatamente dal sistema[9]» *cede il passo ad una rimeditata idea di recupero. La* connotazione proattiva, volta al recupero ed alla composizione della crisi, si manifesta anche nel cambio terminologico realizzato dal decreto; infatti, il termine « fallimento» viene sostituito con il termine «liquidazione giudiziale». *Altra rilevante novità è l'aver correlato il concetto di insolvenza ad una visione futura della gestione finanziaria; infatti, l'*attenzione si sposta dalla figura di capitale sociale come "garanzia per i creditori" verso una valutazione del capitale come "garanzia per la sostenibilità del debito" finalizzata alla continuità aziendale.
Puntando alla gestione anticipata del rischio, l'imprenditore dovrà dotarsi di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili e monitorare le situazioni *borderline* attraverso la predisposizione di strumenti di allerta (con obbligo di segnalazione degli indizi e dei "sintomi" della crisi).
Gli adeguati «assetti organizzativi» e gli «obblighi di segnalazione» creano gli strumenti di allerta; questi ultimi, per operare in modo efficiente, devono essere calati nella realtà aziendale. A tal fine soccorrono gli indicatori della crisi di cui all'art. 13 del C.C.I.I.[10] che, riferendosi a condizioni di equilibrio quantitativo, sottendono degli «squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore, tenuto conto della data di costituzione e di inizio dell'attività, rilevabili attraverso appositi indici che diano

evidenza della non sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e dell'assenza di prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso o, quando la durata residua dell'esercizio al momento della valutazione è inferiore a sei mesi, nei sei mesi successivi».

A questi fini rilevano inoltre gli indici che misurano la sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare e l'adeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi, oltre che reiterati e significativi ritardi nei pagamenti.

Il sistema di allerta disciplinato dagli articoli 14 e 15 del C.C.I.I., si sostanzia in un complesso di obblighi di verifica e segnalazione gravanti sugli organi di controllo della società, sul revisore contabile o sulle società di revisione nonché, eventualmente, sui creditori pubblici qualificati. In particolare, si impone un dovere di monitoraggio costante dell'equilibrio economico finanziario della società volto a valutare il prevedibile andamento della gestione; all'attività di controllo accede il dovere di segnalare all'organo gestorio l'esistenza di fondati indizi della crisi, cosicché possano adottarsi tempestivamente le misure idonee a superarla o a regolarla[11]. Anche la fase della soluzione della crisi vede l'impresa attivarsi in prima persona; il codice ha infatti previsto un apposito Organismo per la Composizione della Crisi di Impresa (O.C.R.I.), il quale, raccolte le segnalazioni oggetto del sistema di allerta, potrà assistere il debitore nell'assunzione delle varie iniziative per il superamento dello stato di crisi[12].

La crisi attraversa infatti un preliminare periodo di gestazione – momento che la dottrina aziendalistica divide in stadio di incubazione e fase di maturazione - prima di sfociare nell'insolvenza vera e propria.

L'organizzazione *ante factum* – come accade per i Modelli organizzativi "231" nella prevenzione della responsabilità amministrativa dipendente da reato - permette di monitorare il coefficiente di probabilità di crisi, valutarne le cause ed attuare un programma di recupero.

Il codice della crisi tende a privilegiare le procedure che garantiscono la continuità aziendale, in luogo di quelle liquidatorie, in quanto «il legislatore si sta orientando verso una normativizzazione delle *best practices* nel presupposto che una buona organizzazione abbia anche la finalità di condurre l'impresa al miglior risultato prevenendo allo stesso tempo condotte o comportamenti anomali e/o illeciti»[13].

Il D.lgs. n.14/19 impone all'imprenditore una modalità comportamentale volta ad anticipare, prevenire e contenere le conseguenze dannose del possibile stato di insolvenza dell'azienda.

La massima espressione della scelta operata dal nuovo codice della crisi d impresa e dell'insolvenza si rinviene nell'art. 375 del decreto rubricato *Assetti organizzativi dell'impresa*; la disposizione modifica la rubrica dell'articolo 2086 c.c. - oggi *Gestione dell'impresa* - ed aggiunge un nuovo comma che, testualmente, dispone «*l'i*mprenditore, che opera in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi di impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall' ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale».

Si impone un adeguamento della gestione dell'impresa ispirata ai principi di prevenzione e precauzione; si suggerisce un atteggiamento proattivo nei confronti degli eventi dannosi per la continuità aziendale.

Alle medesime logiche si ispirano le disposizioni di cui agli articoli 3 e 14 del D.lgs. n. 14/19.

L'articolo 3, rubricato *Obblighi dei soggetti che partecipano alla regolazione della crisi e dell'insolvenza*, precisa che imprenditore collettivo deve adottare un assetto organizzativo adeguato ai sensi dell'art. 2086 c.c. ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative; in senso speculare, l'art. 14, *Obbligo di segnalazione degli organi di controllo societari*, pone a carico degli organi di controllo societario ovvero dei revisori contabili nell'ambito delle proprie funzioni, «l'obbligo di verificare che l'organo amministrativo valuti costantemente, assumendo le conseguenti idonee iniziative, se l'assetto organizzativo dell'impresa è adeguato, se sussiste l'equilibrio economico finanziario e quale è il prevedibile andamento della gestione, nonché di segnalare immediatamente allo stesso organo amministrativo esistenza di fondati indizi della crisi».

La lettura congiunta delle disposizioni di cui agli artt. 3 e 14 del C.C.I.I. e dell'art. 2086, comma 2 c.c., come novellato dalla riforma, consente di affermare che la gestione preventiva della crisi di impresa - e le declinazioni comportamentali che ne conseguono - rappresentano un obbligo trasversale che coinvolge sia l'organo amministrativo che l'organo di controllo.

L'evento crisi ed il rischio dissesto rappresentano un rischio non trascurabile (neppure colposamente) dall'imprenditore.

2. Il comportamento proattivo imposto dal D.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14: nuovi oneri nella "Gestione dell'impresa"

Come premesso, una delle principali novità introdotte dal D.lgs. n. 14/2019 è rappresentata dalla introduzione del principio di gestione integrata dei rischi aziendali, plasmata secondo linee organizzative di carattere amministrativo e contabile[14].

L'articolo 375 del C.C.I.I. segna una forte svolta ideologica nella conduzione dell'impresa; il legislatore sembra propendere per una gestione consapevole che tenga conto delle peculiarità del complesso aziendale, delle dimensioni, del settore produttivo all'interno del quale l'impresa opera, delle competenze disponibili e, non da ultimo, delle disponibilità economiche che si possono investire nella *compliance*.

Si parte dalla riscrittura della rubrica dell'art. 2086 c.c. - *pre* riforma il testo recava la rubrica *Direzione gerarchia nell'impresa* – che lascia il posto alla locuzione *Gestione dell'impresa* che potremmo definire evocativa delle finalità che ispirano la riforma. Il primo comma viene riprodotto pedissequamente, conservando in capo all'imprenditore la supremazia gerarchica. Tuttavia, a tale potere formale si accompagna al comma 2, un deciso «slittamento dal piano della titolarità formale a quello dell'attività di gestione» attribuendo un sempre maggiore rilievo alla dimensione organizzativa dell'impresa[15].

Il comma aggiunto pone a carico dell'imprenditore, che opera in forma societaria o collettiva "il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall' ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale".

La dottrina, in argomento, non ha mancato di osservare che trattasi di una clausola generale, di una nozione a contenuto aperto, trasversalmente applicabile ad ogni tipologia di impresa; cosicché, l'effettiva portata precettiva si manifesta solo a seguito dell'applicazione nei singoli contesti aziendali[16]. Secondo altra prospettiva, gli assetti organizzativi dell'impresa, delineando uno *standard* di condotta dell'imprenditore - non diverso da quello che informa la disposizione codicistica seguente, l'art. 2087 c.c., in tema di gestione tutela della salute e sicurezza sul lavoro, si ricollegherebbero al criterio di diligenza[17].

Entrambe le disposizioni presentano una matrice prevenzionistica fondata sulla diagnosi tempestiva dei rischi e sulle successive attività di correzione.

Nell'anticipare gli aspetti di novità introdotti dal codice della crisi d'impresa si è posto l'accento sull'innovatività del contenuto dell'articolo 375 C.C.I.I. In realtà, a ben vedere, si tratta di locuzioni non sconosciute al codice civile e, più in generale, all'ordinamento giuridico italiano.

Il concetto di assetto organizzativo, già richiamato negli artt. 2381 e 2403 c.c.; riceve il suo "battesimo del fuoco" nella materia della responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato. Invero, si è parlato per la prima volta di assetto organizzativo in relazione ai modelli organizzativi disciplinati nel D.lgs. n. 231/2001; successivamente, con la riforma del diritto societario del 2003, l'assetto organizzativo ha trovato applicazione nell'ambito della gestione dell'attività di impresa come fulcro dell'attività degli organi sociali di amministrazione e controllo.

In virtù del principio della corretta amministrazione viene introdotto l'obbligo di dotare l'impresa di assetti organizzativi adeguati; ne discende che gli amministratori sono tenuti a rispettare le disposizioni di legge, le clausole degli statuti ed i principi generali di correttezza gestoria.

Così procedendo, le *best practices* aziendali e le regole di *risk governance* si inseriscono nella cultura aziendalistica italiana quali canoni per valutare la capacità decisionale, strategica ed operativa dell'azienda[18]; non a caso «quello di programmazione e controllo non è altro che uno dei cosiddetti sistemi operativi aziendali che, assieme al sistema informativo, al sistema di gestione del personale e al sistema di gestione dei rischi (o di *risk management*), contribuisce al buon funzionamento dell'organizzazione di un'impresa».

Il controllo di gestione rende la conduzione dell'impresa più consapevole; tuttavia, nonostante non esista un mezzo universalmente valido per tutte le strutture produttive, uno strumento risolutivo potrebbe essere quello del *risk management,* da intendersi come l'insieme di risorse (umane, tecniche e procedurali) tese a pronosticare, ricercare, individuare, valutare, controllare ed attenuare il rischio d'impresa nelle sue molteplici manifestazioni[19].

Avremo quindi una serie di azioni in sequenza, attinte dalla medesima finalizzazione. La forza dello strumento risiede proprio nella correlazione tra rischio d'impresa e crisi; difatti «se con il primo si può intendere la possibilità che l'azienda, in relazione al verificarsi di circostanze connesse alla propria attività, possa subire un danno,

appare evidente che il concretizzarsi del rischio sotto forma di danno (economico e/o finanziario) possa innescare una serie di reazioni a catena che potrebbero sfociare in uno stato di declino prima e di crisi poi.
Gestire in modo adeguato i rischi può ridurre la probabilità di incorrere in circostanze negative preludio di uno stato patologico; affrontare il rischio significa mettere l'azienda nelle condizioni di superare l'evento o, quantomeno, di limitarne gli effetti nocivi attraverso la predisposizione di contromisure[20].
In un' ottica di gestione anticipata del rischio, con un approccio analogo alla disciplina del "sistema 231", si impone all'organo amministrativo delegato di definire un assetto organizzativo, di valutare l'andamento aziendale secondo un approccio prognostico, di scandagliare i documenti contabili al fine di verificare l'equilibrio finanziario e la sostenibilità del debito.
A tale ruolo attivo dell'organo amministrativo si affianca la speculare attività dell'organo di controllo, cui spetta la vigilanza sulle attività. L'art. 14, comma 1, D.lgs. n. 14/19 prevede infatti che «Gli organi di controllo societari, il revisore contabile e la società di revisione, ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni, hanno l'obbligo di verificare che l'organo amministrativo valuti costantemente, assumendo le conseguenti idonee iniziative, se l'assetto organizzativo dell'impresa *è* adeguato, se sussiste l'equilibrio economico finanziario e quale *è* il prevedibile andamento della gestione, nonché di segnalare immediatamente allo stesso organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi della crisi».
Come meglio si vedrà nella parte dedicata alle similitudini fra l'assetto organizzativo per la rilevazione della crisi ed i modelli organizzativi per la prevenzione dei reati, la gestione anticipata del rischio è possibile solo se l'azienda si mostri in grado di gestire in modo efficiente i flussi informativi. Come l'OdV è chiamato a vigilare e monitorare sul rispetto delle disposizioni contenute nel MOG (facendo da tramite tra gli organi di vertice ed i dipendenti), allo stesso modo, si potrà garantire una tempestiva individuazione della crisi solo se l'azienda riesce a garantire un adeguato flusso informativo tra la direzione aziendale – nella persona del titolare del potere di gestione - e gli organi di controllo e revisione.
Si passa quindi da una accezione tradizionale di controlli *ex post* – con riflessi eventualmente punitivi - ad un'idea di controllo preventivo dell'attività imprenditoriale - con risvolti eventualmente premiali.

3. Modelli di organizzazione e gestione nella prevenzione del rischio-reato

Il modello organizzativo costituisce la vera architrave del sistema di responsabilità dell'ente, quale meccanismo che consente anche di riempire di contenuti l'evanescente concetto di colpa di organizzazione. Infatti, focalizzando l'attenzione sul legame tra colpevolezza dell'ente modello organizzativo, può fermarsi che «tracciare i contorni delle aree di rischio reato rilevanti e all'evidenza essenziale per mettere l'ente in condizione di approntare, attraverso la predisposizione del *compliance program*, idonei presidi preventivi»[21].
All'art. 5 del D. lgs. n. 231/2001, «sotto la rubrica "responsabilità dell'ente" sono disciplinati quelli che, secondo un parallelismo con la struttura del reato della persona fisica, sono i criteri di imputazione sul piano oggettivo dell'illecito della società»[22].
Alla componente oggettiva - l'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio - si affianca quella soggettiva: è necessario che il fatto sia rimproverabile e l'illecito sia soggettivamente attribuibile all'organizzazione aziendale.
Si deduce che, per configurare la responsabilità amministrativa dell'ente la sola commissione del reato presupposto non è sufficiente; l'ente è incolpato per una responsabilità diretta, non subordinata ad alcuna condizione sospensiva, non sussidiaria o alternativa a quella della persona fisica autrice del reato presupposto[23]. La responsabilità dell'ente non dipende *tout court* e non si esaurisce nella commissione del reato presupposto.
L'illecito, piuttosto, si presenta come una fattispecie complessa che include il «rimprovero per l'indifferenza o il disinteresse manifestato dall' azienda in relazione alle tematiche della responsabilizzazione e dell'adozione di contromisure interne al crimine». L'illecito dell'ente include, di certo, la colpa di organizzazione; dunque, la contestazione che si potrà muovere nei suoi confronti dovrà enunciare, in forma chiara e precisa, le forme di manifestazione della colpa concretamente attribuibile all'ente, i contenuti del modello di gestione adottato, l'eventuale richiamo alla sua inidoneità a prevenire delitti del tipo di quelli posti in essere o, ancora, i possibili comportamenti alternativi leciti esigibili. La giurisprudenza, rifiutando forme di responsabilità oggettiva, ha chiarito che «grava sull'accusa l'onere di dimostrare l'esistenza dell' illecito penale in capo alla persona fisica inserita nella compagine organizzativa della *societas*, nonché della carente

regolamentazione interna dell'ente; in particolare, i precisi canali che colleghino teleologicamente l'azione dell'uno all'interesse dell'altro e quindi gli elementi indicativi della colpa di organizzazione dell'ente che rendono autonoma la responsabilità del medesimo, il quale avrà poi ampia facoltà di fornire la prova liberatoria»[24].

Gli articoli 6 e 7 del decreto differenziano poi i criteri soggettivi di imputazione dei reati presupposto a seconda che gli stessi siano stati posti in essere dai soggetti apicali o dei soggetti sottoposti all'altrui direzione.

Ne deduciamo che «la responsabilità dell'ente si fonda su una fattispecie ascrittiva a struttura complessa che si profila nel combinato disposto degli artt. 5, 6, e 7, D.lgs. 231/2001»[25].

Analizziamo nel dettaglio i singoli elementi costitutivi.

Sul piano fenomenico la fattispecie complessa della quale l'ente è chiamato a rispondere assume un carattere pluripersonale, di ultra-individualità, che vede il proprio centro focale tra l'agire disorganizzato dell'autore collettivo – quella che abbiamo definito colpa di organizzazione - e la produzione materiale dell'evento reato da parte dell'autore persona fisica[26].

In ossequio al principio di legalità l'ente non potrà essere ritenuto responsabile per un fatto costituente reato se la responsabilità amministrativa - e le relative sanzioni - non sono espressamente previste da una legge entrata in vigore prima della commissione del reato presupposto.

Anche nel sistema del decreto, la legalità si dipana secondo le tradizionali sotto-articolazioni della riserva di legge, determinatezza, precisione e della tassatività - in forza dell'avverbio «espressamente». L'art. 2 del decreto sottolinea la necessità che il principio di legalità sia rispettato sia per quel che riguarda il reato presupposto, sia in relazione all'apparato sanzionatorio.

La norma tratteggia un doppio livello di legalità, aggiuntivo rispetto a quello posto a presidio della condizione penale della persona fisica.

La punibilità degli enti, nel sistema disegnato dal D.lgs. n. 231/2001, non è indifferenziatamente connessa alla realizzazione di qualsiasi illecito penale, ma è circoscritta ai c.d. reati-presupposto, cioè a quel *numerus clausus* di ipotesi criminose - elencate nel Capo I, Sezione III del decreto - che la legge specificamente ascrive, appunto, alla loro responsabilità. Gli illeciti penali degli enti si caratterizzano pertanto per essere "doppiamente tipici": in primo luogo, in quanto previsti dalla legge come reati delle persone fisiche e, in secondo luogo, in quanto specificamente ascritti *ex lege* al catalogo dei reati-presupposto delle persone giuridiche[27].

Al reato presupposto commesso dalla persona fisica, apicale o sottoposto, si affianca la condotta tipica riconducibile all'ente[28].

L'ente, senza un substrato fisico, è capace di porre in essere una condotta?

È necessario un adattamento; così, sul punto, si è osservato che l'ente «surroga la sua incapacità naturalistica di azione attraverso una capacità organizzativa»[29]. Una condotta "eticamente" corretta - condotta normativamente intesa - vede l'ente come soggetto «in grado di esercitare una pressione intenzionale sulle attività degli autori materiali»[30].

L'ente, non osservando il dovere di auto-organizzarsi, contribuisce alla realizzazione del reato presupposto, attraverso una condotta aziendalistica «progettualmente non curante»[31]. La società che consapevolmente rinuncia all'organizzazione, di fatto rinuncia ad una adeguata gestione del rischio, nucleo del disvalore dell' illecito. Il reato presupposto realizzato dalla persona fisica (che tendenzialmente consegue alla sopracitata condizione di disorganizzazione) deve essere causalmente connesso alla condotta illecita dell'ente ed, infatti, «il fulcro dell'illecito - attorno al quale ruota l'intero assetto della responsabilità - si individua nell'inadempimento del dovere di predisporre, ed attuare efficacemente, un sistema preventivo idoneo a diminuire la possibilità di produzione di eventi dannosi o pericolosi»[32].

La condotta doverosa, se conforme ai modelli virtuosi di organizzazione aziendale, si ritiene possa evitare, o quantomeno rendere più ostica, la realizzazione del reato presupposto.

Per vero, la disorganizzazione aziendale non è una condizione sufficiente per imputare l'illecito all'ente; dovranno altresì ricorrere, in concreto, i criteri oggettivi e soggettivi di ascrivibilità della responsabilità; si tratta di elementi necessari a riempire di contenuto il nesso causale che lega il reato della persona fisica all'illecito della persona giuridica. Come meglio si specificherà, i modelli comportamentali richiesti - ed, in realtà, anche la successiva prova liberatoria che l'ente potrà fornire - varieranno a seconda che il reato sia ascrivibile a persone che rivestono funzioni (di diritto o di fatto) di rappresentanza, amministrazione o direzione dell'ente in virtù di un'autonomia funzionale finanziaria, ovvero a soggetti sottoposti all'altrui direzione o vigilanza[33].

Individuati i soggetti legittimati ad agire in nome dell'ente, dal punto di vista oggettivo ne impegnano la responsabilità i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio[34].

Pur necessario, il sopracitato criterio di imputazione

sul piano oggettivo «non esaurisce il carattere personale della responsabilità dell'ente»; è infatti necessario che questo sia rimproverabile.
Il nesso di imputazione soggettiva della responsabilità degli enti è tipizzato agli artt. 6, 7 ed 8, D.lgs. n. 231/2001 e, fondamentalmente, ruota intorno ad un criterio imputativo inespresso - ma comunque *in nuce* nella descrizione normativa dei meccanismi ascrittivi - di "colpa di organizzazione"[35].
Il modello imputativo non è unitario ma si articola a seconda delle categorie soggettive di appartenenza delle persone fisiche autrici del reato-presupposto. Dirimente sarà il legame funzionale che l'ente l'autore materiale della fattispecie di reato con la struttura organizzativa della società.
I criteri di imputazione soggettiva sono tipizzati negli artt. 6 e 7 del decreto che, di fatto, diversificano due macro categorie di illeciti: gli illeciti espressivi della politica d'impresa - in relazione ai quali le attività criminose corrispondono normalmente a decisioni di vertice e quindi a reati commessi dai soggetti apicali (art. 6) - ed illeciti che costituiscono il risultato della carenza di organizzazione dell'ente che si manifesta in carenza di controlli da parte degli apici o in generale nella disorganizzazione aziendale - in cui i reati sono commessi dai subordinati (art. 7). Si prevede inoltre, all'art. 8, che l'autore del reato possa rimanere ignoto.
La *ratio* è chiara: in aderenza con l'assunto secondo il quale il reato non basta, si richiede un «*quid pluris*, e cioè un comportamento, anche tacito (come è la c.d. politica d'impresa) che dall'interno legittimi, per il singolo reato o per una serie definita di reati, l'azione penalmente illecita della persona-organo che la pone materialmente in essere»[36].
Secondo una gradazione simile a quella che caratterizza la categoria della colpevolezza, avremo all'apice le imprese intrinsecamente illecite ossia quegli enti utilizzati all'unico scopo di commettere reati. In alternativa, proseguendo secondo un ordine decrescente, le condotte illecite possono rappresentare il sintomo di una diffusa politica criminale. Avremo poi i casi in cui i reati rappresentano il frutto di una disorganizzazione, di una mancanza di controllo, circostanza che può verificarsi quando «la società è fondamentalmente sana ma risultano violate le regole di condotta necessarie all'azzeramento ovvero alla diminuzione del rischio reato»[37].
La ragion d'essere della rimproverabilità dell'ente si lega alla consapevole noncuranza nei confronti del rischio reato, come una sorta di colpa con previsione, una condizione di tolleranza, disinteresse verso la produzione di fatti illeciti (a suo interesse o a suo vantaggio). Un richiamo alla "colpevolezza di organizzazione" si rinviene anche nelle disposizioni di cui agli artt. 11, co. 1 e 13, co. 1, lett. a) del decreto. La prima disposizione, infatti, annovera tra i parametri di commisurazione della sanzione pecuniaria anche il «grado di responsabilità dell'ente»; l'articolo 13, invece, in relazione ai presupposti per l'applicabilità delle sanzioni interdittive, richiede che la commissione del reato sia stata determinata o agevolata dalla presenza di gravi carenze organizzative[38].
Deve osservarsi che, nell'ottica della semplificazione, il legislatore ha fatto ricorso alla tecnica della tipizzazione; anziché optare per una forma di colpa generica, quindi come omessa vigilanza pura e semplice, si è ispirata ad una forma di colpa specifica, «ravvisando il fondamento del rimprovero nell'omesso rispetto di cautele doverose e previamente positivizzate»[39].
La mancata adozione dei modelli organizzativi, in presenza dei presupposti oggettivi e soggettivi indicati dal decreto, appare sintomatico – seppur non sufficiente - a fondare quella rimproverabilità che dà vita ad una forma nuova (normativa) di colpevolezza per omissione organizzativa e gestionale.
La colpa di organizzazione corrisponde ad un indice di riferibilità soggettiva dell'illecito, latamente riconducibile all'elemento soggettivo della fattispecie criminosa di cui risponde la persona fisica; attraverso la colpa di organizzazione l'ente, componente inanimata, acquista una connotazione soggettivizzata.
Il legislatore ha quindi maturato la fondata convinzione della necessità che qualsiasi complesso organizzativo adotti dei modelli gestionali idonei a prevenire la commissione dei reati[40]. L'adozione dei Mog resta una incoercibile scelta positiva dell'ente ma, ove sussistano situazioni di rischio, non c'è dubbio che sia necessario agire tempestivamente.
Il criterio di attribuzione della responsabilità nei confronti dell'ente, proprio perché ontologicamente connesso all'organizzazione, è stato normativamente costruito su base colposa.
Il legislatore, infatti, non ha distinto tra «un'ascrizione dolosa e colposa, stante l'insussistenza, in capo alle persone giuridiche, di quelle connotazioni psicologiche in cui risiede la ragione dell'irriducibilità *ad unum* delle diverse forme di colpevolezza nelle persone fisiche»; così, si è optato per una distinzione fondata solo su l'autore materiale del reato, distinzione che si riverbererà, come già premesso, sul contenuto della prova liberatoria a carico dell'ente[41].
L'art. 6, per l'ipotesi di reato commesso da un soggetto in posizione apicale, prevede che l'ente possa fornire la prova liberatoria ed andare esente

da responsabilità dimostrando di aver assunto le misure (organizzative, gestorie e di vigilanza) necessarie ad impedire la commissione di reati della specie di quello in concreto consumatosi e che, ciononostante i c.d. "amministratori infedeli" hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e gestione[42].
Tali misure sono contenute all'interno di modelli organizzativi d'impresa, veri e propri anticorpi del sistema aziendale[43].
L'ente dovrà dimostrare di aver adottato, ed efficacemente attuato, prima della commissione del reato dei *compliance programs* idonei e periodicamente aggiornati, oltre che sottoposti a vigilanza costante, effettiva ed adeguata da parte di organismi indipendenti dotati di autonomia gestoria e di spesa.
L'adozione dei modelli organizzativi da parte delle aziende italiane, seppur facoltativa, ha rappresentato una innovazione di portata dirompente.
Affiorano nuovi valori aziendali nell'ottica di una vera e propria cultura del controllo e della legalità; così, questi modelli devono funzionare in azienda come «sistemi operativi che agiscano da sensori dei rischi di reato, consentendo un' efficace attività di monitoraggio e di segnalazione, attraverso l'attivazione di diversi livelli di controllo integrato»[44].
Il legislatore «aspirava a creare un sistema di dialogo interattivo ed integrato, in cui il inevitabile compressione della libertà individuale trovasse una contropartita nel massimo spazio concesso alla società stessa nel confronto con organismi pubblici ed indipendenti (prima che giudiziari)»[45].
Ebbene, quando il delitto commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente sia stato posto in essere da un soggetto apicale si ritiene che, in virtù della teoria dell' immedesimazione organica, sia massima la possibilità che la volontà del singolo apicale corrisponda alle linee di politica aziendale[46].
Trattandosi di una presunzione relativa, si ammette prova liberatoria contraria. In senso critico parte della dottrina osserva che non è corretto affidarsi allo schema della colpa presunta in quanto «non è la prova della mancanza di colpa ad escludere l'applicabilità delle sanzioni amministrative, ma l'accertamento della specifica condotta tenuta da persona che riveste funzioni di rappresentanza, amministrazione o direzione della *societas*». La teoria dell'immedesimazione organica non sarebbe altro che una metafora antropomorfica[47].
La disposizione di cui all'art. 7 contempla, invece, una presunzione a favore dell'ente, limitandone la responsabilità ai casi di *culpa in vigilando,* per inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza. Scompare inoltre l'espresso richiamo all'onere probatorio gravante sull'ente *ex* art. 6 del decreto. Nell'ipotesi di cui all'art. 7, l'onere probatorio dell'ente sembrerebbe più agevole, dovendo lo stesso dimostrare solo la preventiva adozione – rispetto alla commissione del reato da parte del sottoposto -di un modello organizzativo idoneo.

3.1. Il giudizio di idoneità ed efficacia dei modelli organizzativi *ante factum*

Al controllo sull'organizzazione demandata agli organismi indipendenti seguirà poi il giudizio di idoneità o inidoneità da parte del giudice.
Infatti, potranno assurgere a condizione esimente della responsabilità solo quei modelli organizzativi in relazione ai quali giudice esprima una valutazione di adeguatezza.
Quest'ultima dipenderà dal grado di personalizzazione del modello organizzativo; il documento dovrà essere fortemente appropriato al contesto aziendale di riferimento. Affinché l'adozione del modello possa assurgere ad esimente della responsabilità dell'ente è necessario che si rifugga da modelli generici e standardizzati.
Preliminarmente deve procedersi ad una mappatura dei processi aziendali, selezionando tutte le aree maggiormente sensibili alla configurabilità di fattispecie di reato. Seguirà poi la «progettazione, definizione ed implementazione di un modello organizzativo costituito da protocolli, flussi informativi, supporti e meccanismi di controllo»[48] ai quali si accompagnerà un codice etico - inteso come elencazione dei valori e delle prescrizioni sintomatiche della "cultura della legalità d'impresa". Alla predisposizione in astratto del modello, dovrà seguire l'attuazione in concreto: si procederà approntando un sistema di formazione ed informazione del personale – dagli apicali ai dipendenti – accanto al quale si innesterà un processo di segnalazione periodica delle criticità (inadempimenti, inosservanze o necessità di aggiornamento del modello sulla scorta delle criticità riscontrate).
L'adozione del modello e la sua concreta attuazione saranno poi sottoposti alla vigilanza di un apposito organismo di controllo[49].
Il dato normativo sembra attribuire all'organo di vigilanza una doppia anima: la prima afferente la funzione di vigilanza ispettiva – parte della dottrina parla anche di funzione di "ispettorato"; la seconda riguarderebbe una funzione di vigilanza informativa e prudenziale – tornerebbe così in luce la vocazione prevenzionistica del sistema 231 – nonché di consulenza interna. L'istituzione dell'organismo di vigilanza rappresenta un atto essenziale ed imprescindibile affinché il modello organizzativo possa assumere efficacia esimente, in quanto

spetterà proprio all'OdV il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza del modello – oltre che curarne l'aggiornamento - secondo il principio di effettività, dovendo l'organismo essere posto nelle condizioni di assolvere effettivamente ed efficacemente i compiti che gli sono attribuiti. Non bisogna dimenticare che «se adeguatezza e adattabilità nel tempo costituiscono i due principali requisiti di progettazione e di correzione del modello organizzativo», ebbene, è proprio sulla costituzione e sulla incisività operativa dell'organismo di vigilanza «che riposano le chances di una efficace attuazione del medesimo», quale condizione imprescindibile per poter invocare poi il modello come esimente.

L'organismo di vigilanza compie un primo vaglio di adeguatezza ed effettività del modello, di fatto anticipando, a livello interno, quello che sarà il compito demandato al giudice. Così, potrà proporre un adeguamento del modello sia nell'ipotesi in cui ne testi l'inadeguatezza sia nel caso in cui vengano scoperte delle significative violazioni delle prescrizioni ovvero sopravvengano mutamenti nell'organizzazione o nell'attività dell'ente. Infine, potrà disporsi un aggiornamento del modello quando siano intervenute delle modifiche al decreto, quali l'introduzione di nuovi reati presupposto o l'abrogazione di fattispecie già previste.

Inoltre, un modello potrà dirsi efficacemente ed effettivamente attuato quando l'ente si curi della sua diffusa comunicazione ai destinatari – oltre che tra i destinatari e l'Organismo di vigilanza (c.d. attività di *report*)[50].

L'OdV, quale punto di raccordo tra l'organo dirigente ed i soggetti destinatari (interni ed esterni) delle regole della *compliance*, è tenuto a collaborare con il *management* per rendere effettivo il modello organizzativo; e, previa interpretazione delle regole del modello e del codice etico, dovrà contribuire alla diffusione ed alla conoscenza dei contenuti tramite delle sessioni informative e formative.

La concreta formazione ed informazione sono fondamentali: solo conoscendo le condotte conformi al modello questo potrà direzionare le condotte dei destinatari ed eventualmente favorire la segnalazione di violazioni al fine di intraprendere le dovute azioni disciplinari.

Affinché il modello possa assurgere ad esimente è inoltre necessario che i menzionati compiti di vigilanza vengano affidati ad un organismo dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo. Ciò significa che ai componenti dell'OdV dovrà riconoscersi libertà di autodeterminazione nell'espletamento dei propri compiti - intesa come indifferenza rispetto ad interferenze, condizionamenti o pressioni da parte di componenti dell'ente – oltre che libero accesso a documenti ed informazioni aziendali, indispensabili per espletare al meglio il proprio mandato.

L'effettività del sistema organizzativo si completa attraverso un sistema disciplinare atto a sanzionare comportamenti lesivi del codice etico e di tutte le prescrizioni contenute nel modello organizzativo, sì da creare una deterrenza effettiva. L'efficacia del modello organizzativo poggia imprescindibilmente su un sistema disciplinare volto a punire tutte le operazioni in violazione delle regole precauzionali che, seppur non ancora penalmente rilevanti, risultano potenzialmente prodromiche alla commissione di un illecito[51].

Il congegno manifesta, ancora una volta, la vocazione precauzionale del sistema 231.

Un modello organizzativo per la prevenzione del rischio reato che presenti tutte queste peculiarità rappresenta per la società un impegno particolarmente gravoso sotto il profilo economico e strutturale.

Evidente appare che è lo sforzo profuso risulterebbe vanificato se dalla verificazione di un ipotesi di reato si deducesse, sempre ed in via automatica, la prova della inidoneità della *compliance*.

È invece opportuno che sia il processo a dimostrare se la commissione del reato sia frutto di una inadeguatezza del modello o se rinvenga la sua ragione in una condotta ingannatoria dei vertici aziendali[52].

«Perché possa parlarsi di elusione fraudolenta è necessario che gli inganni, gli artifici e i raggiri posti in essere dai soggetti apicali risultino idonei, con una valutazione *ex ante* e in concreto, a frustrare e a rendere inefficaci le misure organizzative e la diligenza che può essere ordinariamente richiesta all'ente collettivo»[53].

Anzi, la giurisprudenza, in tema di elusione fraudolenta dei modelli di organizzazione e gestione ha affermato che la natura fraudolenta del soggetto apicale costituisce un indice rivelatore della validità del modello, nel senso che, solo una condotta ingannevole, subdola appare idonea a forzarne le misure di sicurezza[54].

Non si richiede al modello organizzativo di esplicare un effetto impeditivo in termini assoluti della commissione di illeciti aziendali quanto, piuttosto, che lo stesso manifesti la sua vocazione preventiva e precauzionale rendendo più ostica la commissione del reato.

Lo schema delineato dall' articolo 7 del decreto sembra esplicitare in modo più chiaro il concetto di "irresponsabilità organizzativa" attraverso il richiamo ai concetti di vigilanza e controllo. L'ente, nel caso di reato posto in essere da soggetti sottoposti all'altrui direzione, sarà ritenuto

responsabile per illecito dipendente da reato se la realizzazione di quest'ultimo sia stata resa possibile, ovvero agevolata, da un agire negligente della società, "rea" di non aver osservato gli obblighi di direzione e vigilanza.
In ogni caso, la norma specifica che è esclusa l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza se l'ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.
Il carattere dell' effettività ha richiesto una ulteriore specificazione; come chiarito dal comma 4 dello stesso articolo, l'efficace attuazione del modello richiede, in primo luogo, una verifica costante e periodica di funzionalità del modello oltre che una eventuale modifica delle prescrizioni ivi contenute, determinata dal verificarsi di significative violazioni ovvero per il sopravvenire di mutamenti nell'attività aziendale (c.d. autotrasformazione). In secondo luogo, si richiede che sia stato approntato un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.
Ne discende che, anche in questa ipotesi, così come già osservato per l'articolo 6, l'efficacia scusante del modello - che potremmo definire "modello *in progress*" - è subordinata al ricorrere di determinati requisiti quali l'idoneità *ex ante* del modello[55] (circostanza che ne presuppone la preesistenza rispetto al reato della persona fisica), l'effettività (intesa come attuazione in concreto del modello), ed, infine, la corrispondenza tra il tipo di reato commesso e la sezione special-preventiva del Mog[56].
L'inidoneità dei modelli di organizzazione e gestione nel ridurre la probabilità di verificazione del rischio-reato non permette all'ente di giovarsi della causa esimente. Venuta meno la finalità precauzionale, il processo – ove riesca ad offrire la prova dell'illecito dipendente da reato e della sua riferibilità alla condotta colposa dell'ente - non potrà che condurre all'irrogazione della sanzione.
Questo ha portato ad un mutamento nel modo di concepire la sanzione con un inevitabile impatto sulla più generale politica sanzionatoria, superando, in tal modo, la pregiudiziale relativa all'insensibilità dell'ente alla pena[57].

3.1.1. Il giudizio di adeguatezza degli assetti organizzativi

Il principio di "organizzazione per la prevenzione" passa attraverso i sopramenzionati assetti organizzativi di cui l'imprenditore, che opera in forma societaria o collettiva, ha il dovere di dotarsi.
La nozione di assetto organizzativo, inteso come cristallizzazione sul piano giuridico di tutti gli elementi acquisiti a livello esperienziale dalle *best practices* aziendali, è protetta da una clausola generale di adeguatezza.
L'adeguatezza dovrà essere vagliata tenendo in considerazione la natura dell'impresa e le modalità di perseguimento dell'oggetto sociale.
Specificando in ordine alle singole declinazioni che gli assetti organizzativi possono assumere, seguendo il *diktat* dell'art. 2086, comma 2, c.c., è possibile individuare un assetto «organizzativo» - di fatto coincidente con l'organigramma aziendale - un assetto «amministrativo» da intendersi come l'insieme delle procedure dirette a garantire l'ordinato svolgimento delle attività aziendali e delle singole fasi nelle quali le stesse si articolano; infine, l'ultima aggettivizzazione attiene agli assetti «contabili» collegati al sistema di rilevazione della gestione.
Il dovere di adeguatezza che incombe sul titolare del potere gestionale costituisce in realtà una specificazione dell'astratto criterio di diligenza; non si tratta di un concetto estraneo all'organizzazione aziendale essendo già stato utilizzato, in altri ambiti, come canone di valutazione degli *standard* di condotta dell'imprenditore.
Ad esempio, ne troviamo menzione in relazione al dovere di vigilanza del collegio sindacale nelle società quotate ai sensi dell'articolo 149 del Tuf.; ancora, nel menzionato D.lgs. n. 231/2001 come canone di valutazione dei modelli organizzativi (che devono appunto essere valutati dal giudice come idonei ed adeguati alla finalità precauzionale prescritta); infine, negli artt. 2381 e 2403 del codice civile.
La discrezionalità nell'organizzazione dell'impresa, quale connotazione della massima libertà gestionale del titolare, in virtù dell'applicazione dei criteri di ragionevolezza diligenza ed adeguatezza, subisce una inevitabile compressione[58].
Il vero problema - riscontratosi anche nell'ambito del processo *de societate* in tema di valutazione di idoneità dei modelli organizzativi, adottati in via preventiva o come forma di ravvedimento *post factum* - è riuscire ad elaborare e fornire una nozione univoca di idoneità ed adeguatezza.
L'attività di gestione di un'impresa essendo un "fatto complesso" coinvolge una molteplicità di criteri e di parametri in astratto utilizzabili; inoltre, mancando dei riferimenti normativi specifici sarà necessario effettuare un controllo che, caso per caso, accerti l'adeguatezza degli *standard* organizzativi e di condotta rispetto alla singola attività aziendale.
La dottrina più attenta ha cercato di elaborare dei criteri di massima, volti a fornire una traccia lungo la quale muoversi nell'attività valutativa

di un assetto organizzativo; sostanzialmente si chiede all'impresa di redigere un organigramma aziendale che vada ad identificare chiaramente le funzioni, i compiti e le linee di responsabilità dei singoli soggetti inseriti nella compagine aziendale; si richiede l'esistenza di procedure che assicurino la presenza di personale con adeguata competenza a svolgere le funzioni assegnate; infine, che gli apicali si muovano nell'attività gestoria, fornendo direttive chiare e concordanti secondo procedure aziendali aggiornate ed effettivamente diffuse tra i soggetti sottoposti all'altrui direzione[59].

Altro indirizzo interpretativo, calando la valutazione di idoneità ed adeguatezza nel contesto della crisi, ritiene che la predetta analisi possa snodarsi lungo cinque direttrici; in primo luogo il rispetto formale di determinati requisiti di legge in merito alla presenza di figure specifiche addette al controllo; l'adozione di un sistema di indicatori qualitativi e quantitativi in grado di segnalare l'insorgenza di un declino o di uno stato di crisi prima che giunga ad uno stadio di vera e propria insolvenza; la presenza di specifiche procedure di monitoraggio dell'andamento della gestione che, in modo automatico, riescano ad accantonare i dati ed informazioni utili allo scopo; l'inserimento nell'organigramma aziendale di figure specifiche atte alla vigilanza (ad esempio un *controller*); infine, una valutazione costi e benefici tra strumenti di allerta/assetti organizzativi/ finalità di continuità aziendale[60].

Lo *standard* di adeguatezza è ontologicamente un concetto elastico; in primo luogo perché, come premesso, si collega alle caratteristiche variabili delle singole imprese; in secondo luogo perché «rinvia ad una misura di "relazione" con riguardo ad un obiettivo o un fine»[61].

Invero, il dovere di adeguatezza organizzativa non può ridursi ad una generica pretesa di una condotta virtuosa o ad un'imposizione fine a se stessa. Il legislatore della Riforma non si limita ad imporre un obbligo comportamentale per l'impresa ma, nella stessa disposizione, funzionalizza gli assetti organizzativi finalizzandoli alla «rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale»; al contempo impone all'imprenditore «di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale».

Il legislatore offre all'impresa in difficoltà una via di fuga.

Come accade nell'ambito della responsabilità amministrativa da reato, in relazione alla quale il legislatore individua nei Modelli organizzativi adottati *ante delictum* una vera e propria forma di esimente della responsabilità dell'ente, allo stesso modo nel nuovo codice della crisi il legislatore impone l'adozione di assetti organizzativi come strumenti preventivi della crisi e della insolvenza.

Questi ultimi, ove adottati in modo efficiente, permetteranno all'impresa di monitorare le attività di gestione, scoprirne tempestivamente le falle, sì da poter adottare le misure *post factum* più adeguate.

L'obiettivo è quello del recupero, del superamento della crisi nell'ottica della continuità aziendale.

Un elemento di sicuro impatto, in termini di innovazione, è l'inserimento nel tessuto dispositivo del codice della crisi di alcune misure premiali. Innanzitutto, viene inserita una causa di non punibilità valevole in relazione ai più importanti reati fallimentari, nell'ipotesi in cui il danno cagionato risulti di particolare tenuità e l'imprenditore abbia presentato tempestivamente istanza all'organismo di composizione assistita della crisi d'impresa ovvero domanda di accesso a una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza.

Inoltre, all'art. 25, comma 2 del C.C.I.I. si prevede una circostanza attenuante ad affetto speciale.

Le condizioni sono, anche in relazione a tale ipotesi, l'aver cagionato un danno patrimoniale lieve ed essersi attivati prontamente per il recupero dello stato di difficoltà economica dell'azienda.

Non possono non notarsi le similitudini con la componente premiale che caratterizza il sistema del processo *de societate*.

Come già osservato, i modelli organizzativi volti a prevenire la commissione di reati possono acquisire sia una valenza esimente, ai sensi dell'art. 6 del decreto nell'ipotesi in cui vengano adottati *ante factum*; che rilevare come circostanze attenuanti nel caso di adozione *post factum*.

In particolare, l'adozione di un Mog potrà rilevare quale attenuante della responsabilità ai sensi dell'art. 12, comma1, lett. b), - così inibendo l'applicazione di misure interdittive, sia come sanzione che a titolo cautelare - oppure come forma di attenuazione e riparazione delle conseguenze del reato rilevante ai sensi degli artt. 17 e 49 del decreto ai fini della sospensione o della revoca delle misure cautelari; infine, ai fini dell'ottenimento della conversione delle sanzioni interdittive in sanzioni pecuniarie ex artt. 17 e 78.

Ancora, prescindendo dalle ipotesi di rilevanza tipica espressamente previste, l'adozione di un modello organizzativo efficace e specifico può assumere una valenza implicita: dotare l'ente di una nuova struttura organizzativa e di un nuovo modello direttivo rappresenta, indirettamente, una forma di precauzione rispetto al pericolo di recidiva

dell'illecito. Ciò vuol dire che il giudice, nel valutare la sussistenza del *periculum*, pur riscontrando nel caso concreto il ricorrere dei parametri oggettivi soggettivi, potrà desistere dall'applicare la misura cautelare interdittiva in virtù della intervenuta rimodulazione "virtuosa" della struttura organizzativa per l'effetto del Modello organizzativo adottato nelle more dall'ente[62].

In termini macroeconomici il legislatore del 2001, nello strutturare questa nuova forma di responsabilità, non ha trascurato l'analisi dei diversi rischi d'impresa cui l'ente si espone; il principio ispiratore è quello secondo il quale non tutti i rischi di impresa sono monetizzabili. Ne discende che non è possibile rimediare in modo uniforme alle conseguenze derivanti dalle diverse tipologie di rischio che l'ente si trova ad affrontare. Il legislatore ha quindi voluto responsabilizzare l'ente circa le conseguenze derivanti dalla concretizzazione del rischio-reato; ebbene, per affrontare le conseguenze economiche, e non, che discendono dalla condanna per illecito da reato non sempre è sufficiente attingere alle risorse presenti in bilancio. Il fine ultimo è il raggiungimento di una maggiore legalità dell'azione economica.

Il sistema 231 crea un cono d'ombra che, oscurando la logica repressiva classica, incentiva forme di definizione del procedimento finalisticamente orientate alla collaborazione e all'auto recupero della legalità[63].

Il decreto valorizza il momento processuale - certamente più attiguo al fatto che alla pena - rendendolo la sede naturale nella quale raggiungere gli obiettivi del c.d. diritto premiale[64]. L'obiettivo è quello di evitare la pena, ridurne l'incidenza anticipando la risposta para-sanzionatoria ed invocando comportamenti attivi dell'ente-imputato che testimonino l'inadeguatezza di una sanzione ormai immeritata.

È inevitabile il confronto ed il raffronto con il principio di non colpevolezza di cui all'art. 27 della Costituzione. Ci si chiede, infatti, come possano legittimarsi delle richieste riparative, conciliative e riorganizzative, alla luce del principio di presunzione di non colpevolezza. Sul punto è possibile affermare che la compatibilità con il referente costituzionale va proprio ricercata nella volontarietà del contegno dell'ente incolpato il quale è posto nelle condizioni di valutare liberamente tra la pena subita ed il processo agito. Il processo non è vissuto passivamente ma viene utilizzato quale antidoto per evitare la risposta sanzionatoria. Il modulo partecipativo mette al centro la responsabilizzazione dell'ente incolpato sia in relazione ai fatti pregressi - richiedendone la riparazione – sia *pro futuro*, individuando ed edificando una nuova *compliance* volta al rispetto delle regole[65].

Così ricostruita la *ratio*, il principio di rieducazione di cui all'art. 27 della Costituzione perde la sua connotazione antropomorfa in favore del necessario adattamento richiesto nella legge delega; la *ratio* è chiara: l'accertamento della responsabilità degli enti non può perseguire le stesse finalità alle quali è votato il processo penale ordinario nei confronti della persona fisica.

Nell'ottica della continuità aziendale, sarà preferibile la riconciliazione dell'ente con la legalità dell'àgere imprenditoriale.

Il nuovo sistema normativo, in termini di effettiva deterrenza, poggia sulla consapevolezza che colpire in via esclusiva le sostanze economiche dell'ente non basta per ottenere il fine sperato; spesso è più efficace attaccare i centri nevralgici, gli organi vitali dell'ente.

Il rigido dualismo "precetto violato-punizione" cede il passo a logiche variamente alternative, dove la rigidità tipica del diritto penale si stempera nelle finalità fluide proprie del processo penale che, talora accerta per comporre o per riparare «altrove addirittura quasi rinuncia al giudizio a favore di esiti rapidi della vicenda rituale»[66].

La scelta del processo penale, quale rito deputato all'accertamento della responsabilità dell'ente, non è quindi casuale; il processo penale è incontrovertibilmente dotato di una forza "intimidatrice" rafforzata, tale da incentivare l'ente a ritrovare la legalità perduta.

Nel sistema 231, la presenza di un modello organizzativo efficiente, aggiornato ed idoneo permette all'impresa di andare esente da responsabilità in relazione al reato presupposto posto in essere dall'apicale o dal sottoposto, nell'interesse o a vantaggio dell'ente. Tuttavia, anche nel caso di mancata adozione - o di dichiarazione di inidoneità "in concreto" del modello adottato *ante delictum* – il D.Lgs. n. 231/2001 offre all'impresa degli strumenti sostanziali e processuali per recuperare a questa sua *défaillance*.

La *ratio* è la medesima: permettere all'impresa di uscire dal vortice della illegalità seguendo le *best practices* cristallizzate nel MOG.

3.1.2. (Segue) applicabilità della *Business Judgement Rule*

Come premesso, l'organo giudiziario è chiamato a compiere una valutazione di adeguatezza degli assetti organizzativi – in relazione all'art. 2086 c.c. come novellato dal D.lgs. n. 14/2019 - ed una valutazione di idoneità dei Modelli organizzativi *ex* D.lgs. n. 231/2001.

Entrambe le valutazioni si sostanziano in esami

prognostici, da compiere *ex ante*, necessariamente condizionate da massime esperenziali; tuttavia, si è già osservato che l'idoneità astratta non basta (si pensi ad esempio ad un ente che, senza compiere un'analisi probabilistica delle aree maggiormente esposte e sensibili al rischio reato, pur di andare esente da responsabilità *ex delicto*, adotti un *pro-forma* di Modello organizzativo).
Il giudice, nel valutare l'idoneità del MOG o l'adeguatezza degli assetti organizzativi, non può limitarsi a prendere atto della verificazione del reato presupposto o dell'avanzare della crisi; in questo caso il modello, valutato solo *ex post,* risulterebbe sempre inidoneo ed inadeguato.
L'idoneità e l'adeguatezza sono il riflesso di una clausola generale dell'organizzazione d'impresa[67].
Alcuni interpreti qualificano il giudizio di correttezza idoneità ed adeguatezza come un terzo genere di controllo *«accanto alle categorie tradizionali del controllo di merito e di legalità»*[68].
Tuttavia, ci si chiede se il controllo e la sindacabilità involgano l'intera attività gestoria o se, in senso restrittivo, le censure debbano essere circoscritte alla sola valutazione delle finalità espressamente indicate.
Ad avviso di chi scrive, i maggiori dubbi sono innescati dalla congiunzione «anche» inserita nel testo dell'articolo 2086 c.c.
Infatti, se gli aspetti organizzativi diventano strumenti ordinari e generali di gestione aziendale, utilizzabili per organizzare l'impresa a tutto tondo (quindi, potenzialmente anche per prevenire la commissione di reati presupposto della responsabilità dell'ente), ciò vuol dire che la sindacabilità delle decisioni gestorie non può essere circoscritta alle azioni volte al recupero delle criticità aziendali ma, in senso estensivo, abbraccia il merito di ogni decisione imprenditoriale.
Le maggiori difficoltà potrebbero presentarsi se, pur correttamente espletata la fase di studio ed analisi del rischio preliminare all'adozione dei modelli organizzativi, ciononostante, siano state poi adottate delle misure in concreto inadatte.
In tal caso, richiamando la c.d. *business judgment rule*, ci chiediamo quale margine valutativo sia garantito al giudice. La *Business judgmenet rule* richiama una regola funzionale a garantire che gli amministratori, nel perseguimento dell'interesse sociale, possano esercitare l'attività senza quei condizionamenti che deriverebbero dalla consapevolezza che l'attività gestoria potrà essere sottoposta ad una valutazione *ex post* di convenienza ed opportunità da parte del giudice[69].
In merito all'applicazione della regola della insindacabilità, dell'opportunità e della convenienza delle scelte manageriali si registrano sostanzialmente due indirizzi; il primo, facendo leva sulla clausola generale di adeguatezza di cui agli artt. 2086 e 2381 c.c. che, quindi, lascerebbe all'impresa un ampio margine di discrezionalità, si mostra favorevole all'applicabilità della *business judgement rule*[70]. La tesi contraria ritiene che le scelte organizzative degli amministratori non possono essere sempre qualificate come gestorie – riservando tale qualifica solo alle scelte dalle quali discendono riflessi economici[71].
A parere di chi scrive, ponendo a confronto il D.lgs. n. 14/2019 ed il D.lgs. n. 231/2001, la *business judgement rule* presenta un'applicazione diametralmente opposta.
Quello di cui all'articolo 2086 c.c., come novellato dal nuovo codice della crisi, appare un vero e proprio obbligo gravante sull'imprenditore, sicchè la *business judgement rule* potrebbe al più trovare applicazione in relazione al *quomodo* degli assetti organizzativi, non invece in relazione all'*an* della loro adozione.
Diversamente, secondo l'impostazione ancora maggioritaria in ambito processual-penalistico, l'adozione dei modelli organizzativi validi ad escludere la colpa di organizzazione dell'impresa per i reati presupposto compiuti nel suo interesse o a suo vantaggio, conserverebbe il carattere della facoltatività. Ne discende che, in relazione a questi ultimi, il giudizio di idoneità demandato al giudice penale al fine di riconoscere un'esimente per l'ente si fa molto più pregnante; potrà infatti investire in via preliminare "il se" dell' eventuale adozione ed in secondo luogo, l'idoneità in concreto a prevenire reati della stessa specie di quello realizzato (*quomodo* dell'adozione, aggiornamento, implementazione e diffusione secondo trasparenza).
Ebbene, tutto quanto detto è vero a patto che si affermi che il sistema dei modelli organizzativi validi per la prevenzione del rischio reato non abbia subito modificazioni per effetto della riforma dell'articolo 2086 c.c.

4. Conclusioni: sussumibilità dei "MOG231" nell'area dei nuovi assetti organizzativi obbligatori. La volontarietà rimeditata dei *compliance programs*?

Tutto quanto detto ha certamente permesso di tracciare e rimarcare le forti similitudini esistenti tra gli assetti organizzativi imposti dal nuovo codice della crisi ed i modelli di organizzazione, gestione e controllo volti a presidiare il rischio reato.
Infatti, tanto la recente riforma quanto la normativa del 2001 hanno come presupposto comune la gestione del rischio come paradigma del "fare

impresa"; inoltre, in entrambi gli ambiti – rischio reato e rischio crisi - si ritiene che i modelli e gli assetti, essendo collegati ad azioni umane, non siano in grado di annullare in senso assoluto il rischio ma, al più, possano contenerlo.
Tuttavia, non si comprende il motivo per il quale il legislatore abbia deciso di utilizzare una diversa terminologia (modello ed assetto) per individuare dei fenomeni gestori di fatto sovrapponibili. Volendo segnare una possibile differenza – utile a giustificare il distinguo definitorio - il termine modello evoca la necessità che determinate regole organizzative vengano espressamente formalizzate in un documento avente rilievo processuale e probatorio; l'assetto, invece, ne rappresenterebbe l'attuazione concreta, in termini di funzionalità, potendo anche prescindere da una cristallizzazione formale e documentale. Sicché, l'assetto che venga formalizzato, adottato, implementato, aggiornato e diffuso in modo trasparente ad ogni livello aziendale potrà assurgere a modello organizzativo.
Circa il contenuto, la disciplina generale sugli assetti organizzativi, amministrativi e contabili non individua espressamente gli elementi indefettibilmente compresi all'interno dell'assetto affinché quest'ultimo possa superare la prova dell' adeguatezza. Non ravvisandosi un'ontologica differenza tra i due strumenti, potrà seguirsi la via dell'analogia e quindi applicare gli sviluppi interpretativi in tema di contenuto minimo dei "MOG 231". È come se tra i due strumenti intercorresse un rapporto di genere (assetto) a specie (modello di organizzazione, gestione e controllo).
Depone in tal senso l'inserimento all'interno dell'articolo 2086 c.c., della congiunzione «anche»: oltre alla tempestiva rilevazione dello stato di crisi - che potremmo definire la funzione "minima" demandata a tali assetti - la norma assegna il compito di perseguire anche altri obiettivi.
È quindi possibile una intersezione tra i due strumenti. L'impresa non dovrà duplicare i documenti organizzativi ma, al più, potrà provvedere ad aggiornare ed implementare i modelli organizzativi di cui già dispone (se ne dispone).
E per le imprese che invece, in virtù della natura facoltativa dei MOG, abbiano deciso di non adottare tale strumento preventivo? Posto l'obbligo imposto dall'art. 2086 c.c., l'impresa conserva la libertà di non adottare un modello organizzativo o un assetto?
La definizione di assetto e di modello ci aiuta nella risoluzione del quesito.
Abbiamo premesso che l'assetto organizzativo ed il modello organizzativo sono in rapporto di genere a specie; quindi, l'impresa potrà ottemperare ai doveri imposti dal C.C.I.I. adottando un assetto organizzativo, amministrativo e contabile che risulti adeguato rispetto all'individuazione dei sintomi della crisi. Ma non solo. La congiunzione "anche" ha messo in luce il carattere di tali strumenti che, quindi, possono essere piegati rispetto alle esigenze più disparate.
Deve però essere chiaro che il Modello valevole come esimente per la responsabilità *ex delicto*, ferme le similitudini, presenta delle caratterizzazioni specifiche ed ulteriori; è una *species* di assetto organizzativo e, soprattutto, per poter assumere tale valore probatorio, deve essere cristallizzato in un documento. Sul punto, invece, la riforma del 2019 nulla specifica ed anzi, richiama un canone valutativo generale - come è quello dell'adeguatezza - null'altro aggiungendo.
In senso contrario, potrebbe invece affermarsi che la congiunzione «anche», nell'imporre l'adozione di un assetto organizzativo avente come contenuto minimo l'adozione di strumenti idonei a rilevare e prevenire lo stato di crisi o dissesto, renda invece obbligatoria per tutte le imprese un Modello organizzativo c.d. integrato. Quest'ultimo dovrebbe quindi riassumere al suo interno gli assetti organizzativi volti alla prevenzione di tutti i rischi ai quali l'impresa si espone (quindi anche rischio-reato e rischio-insolvenza).
Tuttavia, a parere di chi scrive, tale interpretazione non convince.
Conferire ai MOG 231 il carattere della obbligatorietà ne trasformerebbe la natura a livello processual-probatorio. La sola adozione del Modello non vale a scusare l'ente per il reato commesso dalla persona fisica; come osservato è necessario che venga valutato "idoneo" rispetto alle finalità prescritte ed alle peculiarità del caso di specie.
Come si evince già dalla Relazione governativa al decreto del 2001, il legislatore ha informato il processo *de societate* secondo il criterio della premialità.
È necessario che l'impresa non percepisca il rischio-reato come un costo necessario cui far fronte semplicemente attingendo dalle risorse presenti a bilancio.
Il D.lgs. n.231/2001 premia l'impresa che, autonomamente, decida di dotarsi di un modello e quindi di intraprendere una politica aziendale improntata sulla legalità. Il carattere premiale si conserva anche nel caso di Modello adottato *post factum*, come manifestazione del ravvedimento operoso dell'ente, con evidenti incidenze in ambito cautelare ovvero in termini di riduzione della sanzione applicabile.
Riconsiderare la volontarietà dei Modelli di organizzazione, gestione e controllo "231" comprometterebbe l'intera impalcatura del sistema.

1 «Nell'ambito delle *best practices* manageriali assume rilievo centrale il *Risk Management* cioè il processo mediante il quale si identifica, stima e si misura il rischio e si stabiliscono delle strategie per governarlo. Il concetto di rischio è infatti fisiologicamente legato all'attività d'impressa in quanto intimamente connesso alla vocazione ad intraprendere – e quindi a creare – nonché all'aleatorietà degli eventi riferiti al contesto, all'ambiente e al mercato nei quali l'impresa stessa opera. Il *risk approach* consiste in un approccio metodologico che ha lo scopo di individuare e valutare tutte le fonti di rischio legate all'attività d'impresa, per poi trattarle e gestirle attraverso gli strumenti più consoni»; così, P. Vernero - R. Frascinelli, *Gestione dell'impresa: il principio della organizzazione per la prevenzione. Dalla riforma del 2003 al nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza,* in *Rivista231,* 2020, 1, p. 233-234.

2 Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, *Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300*, in G.U. Serie Generale n.140 del 19 giugno 2001.

3 Per uno studio sulla tematica della responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato si vedano, *ex multis*, A. Alessandri, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti. D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Ipsoa, 2001, p. 36; *ID.*, *Reati di impresa e modelli sanzionatori*, Giuffrè, 1984, p. 58; G. Amarelli, *Profili pratici della questione della natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir proc. pen.*, 2006, p. 151 ss.; *ID.*, *Crisi del diritto penale societario e prospettive di riforma: la responsabilità (penale?) delle persone giuridiche*, in G. Amarelli - M. D'Alessandro - A. De Vita (a cura di), *Il nuovo sistema sanzionatorio del diritto penale dell'economia: decriminalizzazione e problemi di effettività*, Jovene, 2002, p. 301 ss.; G. Amato, *Un regime diversificato per reprimere gli illeciti*, in *Guida dir.*, 26, 2001, p. 67; B. Ambrosio, *La rappresentanza dell'ente nel processo*, in *Giur. pen. web*, 2018, 4, p.8; E. Amodio, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 320; A. Astrologo, «Interesse» e «Vantaggio» quali criteri di attribuzione della responsabilità dell›ente nel D.lgs. 231/2001, in *Ind. pen.*, 2003, p. 649; A. Astrologo, «Interesse» e «Vantaggio» quali criteri di attribuzione della responsabilità dell›ente nel D.lgs. 231/2001, in *Ind. pen.*, 2003, p. 649; R. Bricchetti, *Società al debutto nel registro degli indagati*, in *Guida dir.*, 2001, 26, p. 110; M. Cagossi, *Nuove prospettive per le vittime di reato nel procedimento penale italiano. Prime annotazioni al D.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212 (Attuazione della direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI*), in www.penalecontemporaneo.it, 19 gennaio 2016; M. Ceresa-Gastaldo, *Procedura penale della società*, Giappichelli, 2017; *ID.*, *Garanzie insufficienti nella disciplina del sequestro preventivo*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4439 ss.; *ID.*, *Processo penale e accertamento della responsabilità amministrativa degli enti: una naturale ibridazione*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 232; M. Chilosi, *La responsabilità dipendente da reato e il modello 231 nelle piccole imprese. pro e contro e prospettive di riforma*, in *Rivista 231*, 1, 2018, p. 291; C. De Maglie, *In difesa della responsabilità penale delle persone giuridiche,* in *Leg. pen.,* 2003, p. 349 ss.; *ID.*, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società,* Giuffrè, 2002, p. 377; *ID.*, *La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni. Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità,* in *Dir. pen. proc.,* 2001, p. 1349; G. De Simone, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la "parte generale" e la "parte speciale" del D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231,* in G. Garuti (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato,* Cedam, 2002, p. 107; G. De Vero, *La responsabilità, penale delle persone giuridiche,* Giuffrè, 2008, p. 225; G. Fidelbo, *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale,* in A.M. Stile (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal D.lgs. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma,* Jovene, 2013, p.55 ss.; ID., *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo,* in G. Lattanzi (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231,*Giuffrè, 2010, p. 484 ss.; V. Maiello, *La natura (formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. 231/2001: una "truffa delle etichette" davvero innocua?,* in *Riv. trim. dir. pen. econom,* 2001, p. 879 ss.; T. Padovani, *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche,* in G. De Francesco (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva",* Giappichelli, 2004, p. 13; C.E. Paliero, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione,* in A. Alessandri (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società,* Giuffrè, 2002, p. 52; C.E. Paliero - C. Piergallini, *La colpa di organizzazione,* in *Resp. amm. soc. enti,* 2006, p. 167 ss.; C. Pansini, *voce Durata ragionevole del processo (Dir. proc. pen.),* in S. Patti (diretto da), *Il diritto. Enciclopedia giuridica, vol. V,* Il Sole 24 ore, 2007, p. 680 ss.; S. Paoletti, *Giustizia riparativa: uno strumento per la tutela sostanziale della vittima,* in *Cass. pen.*, 2017, 4, p. 1733B ss.; G. Paolozzi, *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti 'amministrativi' da reato (Dal D.lgs. n. 231 del 2001 alla legge n. 146 del 2006),* Giappichelli, 2006, p. 210; P.P. Paulesu, *L'accertamento della responsabilità "penale" degli enti: riflessioni in tema di dinamiche probatorie e regole decisorie,* in R.Borsari (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico,* UP, 2016, p. 422; C. Piergallini, *Persone giuridiche (responsabilità da reato delle),* in F. Giunta (a cura di), *Dizionario sistematico di Diritto penale,* Giuffrè, 2008, p. 112; D. Pulitanò, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione,* in

Riv. it. dir. proc. pen., 2002, p. 429; B. Quatraro, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche ex D.lgs.231/2001. Profili societari, penali e processuali integrati con ampi massimari di giurisprudenza,* Pacini Giuridica, 2019*;* N. Triggiani, *Responsabilità amministrativa degli enti e giudizio abbreviato: dubbi e perplessità tra norme codicistiche e disciplina speciale,* in *Proc. pen. giust.,* 2012, 2, pp. 107-118; G. Varraso*, Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato,* Giuffrè, 2012; S. Vinciguerra, *La struttura dell'illecito,* in S. Vinciguerra - M. Ceresa-Gastaldo - A .Rossi (a cura di)*, La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (D.lgs. n. 231/2001),* Cedam, 2004, p. 212.

4 Cfr. Relazione al D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, in *Giuda dir.*, 26, 2001, p. 31 ss.

5 Ci si riferisce a Renato Rordorf, Presidente della Commissione ministeriale alla quale è stato affidato il compito di elaborare i decreti attuativi della Legge Delega n. 155/2017.

Come sottolineato da S. Sisia - C. Tremolada, *Il nuovo codice della crisi d'impresa e le sue ricadute sulla disciplina della bancarotta*, in *ilpenalista.it*, *focus* del 15 febbraio 2019, Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza rappresenta un *corpus* normativo frutto di una elaborazione legislativa complessa, il risultato di un lavoro durato ben tre anni; infatti, il primo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali risale al dicembre del 2015. Il primo schema di decreto legislativo ha poi visto la luce solo nel dicembre del 2017 ed è stato poi corretto nel febbraio del 2018. Il nuovo e definitivo schema di decreto legislativo attuativo della legge delega è stato elaborato nell'ottobre del 2018 e consegnato per i pareri delle competenti Commissioni parlamentari il 14 novembre 2018.

6 Decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155* (19G00007), in G.U. Serie Generale n. 38 del 14 febbraio 2019 - Suppl. Ordinario n. 6. È opportuno segnalare che il Codice della Crisi, la cui entrata in vigore era prevista originariamente per il 15 agosto 2020, è stata prorogata al 1 settembre 2021 a seguito del D.L. 8 aprile 2020, n. 23 (cd. decreto liquidità).

Il Codice della crisi è stato da ultimo sottoposto ad integrazione e correzione ad opera del Decreto legislativo 26 ottobre 2020, n. 147, *Disposizioni integrative e correttive a norma dell'articolo 1, comma 1, della legge 8 marzo 2019, n. 20, al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, recante codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155* (20G00167) in G.U. Serie Generale n. 276 del 5 novembre 2020 (l'entrata in vigore del provvedimento è prevista per il 9 settembre 2021, ad eccezione delle disposizioni di cui agli artt. 37, commi 1 e 2, e 40 che entreranno in vigore il 20 novembre 2020).

Tra le principali novità si segnalano la competenza esclusiva in capo agli amministratori dell'istituzione degli assetti organizzativi dell'impresa, la nuova definizione di crisi d'impresa e dei suoi indicatori nonché l'innalzamento delle soglie rilevanti ai fini dell'attivazione della c.d. allerta esterna da parte dell'Agenzia delle Entrate.

7 Direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 (direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza), in G.U. dell'Unione Europea – del 26 giugno 2019, L 172/18-55.

Sul punto in dottrina cfr. A. Nigro, *La proposta di direttiva comunitaria in materia di disciplina della crisi delle imprese*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, p. 201; L. Panzani, *La proposta di Direttiva della Commissione UE:* early warning*, ristrutturazione e seconda* chance*, in Il fallimento e le altre procedure concorsuali,* 2017, 2, p. 129; L. Stanghellini, *La proposta di direttiva UE in materia di insolvenza*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali* , 2017, 39, p. 873.

8 In argomento si veda "Indagine conoscitiva in merito all'esame della Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti, e che modifica la direttiva 2012/30/UE (COM (2016) 723 final)" del 24 maggio 2017, Legislatura XVII-Commissioni permanenti- Indagini conoscitive in www.camera.it

9 Cfr. E. Perusia - C. Santoriello, *La valutazione dell'idoneità del modello organizzativo alla luce delle innovazioni in tema di crisi di impresa*, in *Rivista231*, 2019, 3, p. 18.

10 L'art. 3 del D.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147 ha sostituito la rubrica della norma, ora *Indicatori e indici della crisi*, ed ha sostituito i commi 1 e 3.

11 Il codice ha il pregio di riscrivere in modo organico la disciplina delle situazioni di crisi; nel farlo, pone l'accento sulle diversità ontologiche, oltre che strettamente definitorie, tra stato di crisi e situazione di insolvenza. Per crisi si intende lo stato di difficoltà economico-finanziaria (per effetto dell'art. 1 del D.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147, le parole: «difficoltà economico-finanziaria» sono sostituite dalle seguenti: «squilibrio economico-finanziario») che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate. Gli strumenti di prevenzione e di allerta mirano ad evitare le situazioni di insolvenza, intese come «lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni».

12 In argomento si veda F. Manca, *Assetti adeguati e indicatori di crisi nel nuovo codice della crisi d'impresa: la visione aziendalista*, in *Giur. comm.*, 2020, 3, p. 629 ss.; P. Riva - A. Danovi - M. Comoli - A. Garelli, *Gli attori della* governance *nelle fasi dell'allerta e gli indici della crisi secondo il nuovo C.C.I.,* in *Giur. comm.*, 2020, 3, p. 594 ss.; C. Santoriello, *Codice della*

crisi. Vecchie e nuove ipotesi di responsabilità penale degli amministratori e sindaci, in *ilpenalista.it, focus* del 2 settembre 2019; ID., *D.lgs.14/2019. Come cambiano le disposizioni penali nel nuovo codice della crisi d'impresa,* in *ilpenalista.it, focus* del 2 settembre 2019.

13 Testualmente, P. Vernero - R. Frascinelli, cit., p. 239.

14 Sul punto F. Manca, cit., p.631, nell'analizzare l'espressione «assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato» contenuta nell'art. 375 del Codice della crisi e dell'insolvenza, puntualizza che «le aggettivazioni toni, ossia "amministrativo" e "contabile" servono a completare il concetto di "assetto adeguato", posto che a dare ordine e logica alla conduzione di un'azienda concorrono non solo le procedure amministrative e gli aspetti formali, giuridici e burocratici, che possono aiutare il management non farsi travolgere dagli infiniti problemi di varia natura che quotidianamente si presentano; ma anche gli strumenti contabili, essenziali per quantificare in termini di valore ciò che sta accadendo ma di cui potrebbe sfuggire la dimensione e di conseguenza la criticità: cosa che non avverrebbe.se si utilizzassero dei sistemi di indicatori, proprio come quelli previsti dal legislatore del Codice».

15 Così, P. Tullini, *Assetti organizzativi dell'impresa e poteri datoriali. La riforma dell'art. 2086 c.c.: prima lettura*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, 2, p. 135. L'autrice non manca di manifestare il suo stupore in ordine alla mancata abrogazione del comma 1 che, infatti, mantiene intatta la proiezione autoritaria dei rapporti tra imprenditore e soggetti dell'impresa. Pur manifestando le sue perplessità in ordine alla possibilità di raccordare questo «detrito normativo» con il nuovo contenuto organizzativo imposto dalla norma e, più a monte, con la stessa rubrica dell'articolo 2086 c.c., cerca di offrire una spiegazione plausibile all'àgere del legislatore e rintraccia un nesso logico tra i due commi, nella possibilità che «improntando la condotta imprenditoriale alla correttezza e alla sostenibilità organizzativa, il principio gerarchico di cui al comma 1, possa rappresentare uno strumento di tutela della relazione fiduciaria con i soggetti inseriti nella compagine aziendale».

16 È intesa come clausola generale, ad es., da P. Montalenti, *Diritto dell'impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti*, in *Giur. comm.*, 2018, p. 78; S. Fortunato, *Codice della crisi e Codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità*, in *Riv soc*, 2019, p. 960; T. M. Cavaliere, *Codice della crisi d'impresa e insolvenza. Le modificazioni del codice civile*, in *Giur. it.*, 2019, 8-9, p. 1943; M. Cian, *Crisi dell'impresa e doveri degli amministratori: i principi riformati e il loro possibile impatto*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2019, p. 1163 richiama la categoria delle «norme in bianco»; R. Sacchi, *Sul così detto diritto societario della crisi: una categoria concettuale inutile o dannosa?,* in *Le nuove leggi civili commentate*, 2018, p. 1286, ci parla invece di un «principio di sistema».

17 Cfr. M.S. Spolidoro, *Note critiche sulla «gestione dell'impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci*), in *Riv. soc.*, 2019, p 269 ss.., che attribuisce alla riforma dell'art. 2086 c.c. l'obiettivo di individuare i soggetti responsabili «in quanto titolari di una posizione di garanzia, dell'adeguata organizzazione».

18 In senso critico circa la reale portata innovativa del sistema introdotto dalla riforma del 2003 si esprime F. Gennari, *Modelli organizzativi dell'impresa e responsabilità degli amministratori di s.p.a. nella riforma della legge fallimentare*, in *Giur. comm*, 2018, 2, p. 293; l'Autore osserva che «quella che a molti parve una riforma epocale, con ricadute rilevanti anche in tema di responsabilità dei componenti degli organi di amministrazione e controllo, è rimasta, tuttavia, almeno per molti aspetti, un po' sottovalutata, anche, e soprattutto, dalla giurisprudenza. Anche in relazione al complesso della riforma, infatti, si era ipotizzata una rivisitazione del ruolo e delle responsabilità degli amministratori delle società di capitali, che tenesse conto dell'importanza primaria che la società amministrata sia dotata di un assetto organizzativo amministrativo e contabile adeguato alle dimensioni dell'impresa ed all'attività esercitata. In particolare la nuova soluzione, adottata in occasione della riforma, avrebbe potuto portare a tre evidenti benefici: i) valorizzare l'elemento organizzativo come punto centrale dell'attività dell'organo amministrativo, sia nel suo ruolo di organo di supervisione strategica sia in quello di organo gestorio; ii) costituire una nuova e determinante fonte di valutazione della responsabilità dell'organo amministrativo, e dei suoi componenti, responsabilità intesa sia nel significato di compito specifico affidatogli, sia in senso di responsabilità risarcitoria in casi di violazione della norma e di inadempimento dell'obbligo; iii) costituire finalmente uno strumento utile per realizzare più efficacemente la graduazione della responsabilità dei vari soggetti chiamati a partecipare alla governance dell'impresa, tenendo conto del fatto che gli incombenti vengono separatamente affidati, e con ruoli diversi, ai vari organi sociali, ed ai loro componenti.

Tutto ciò è noto che non si è propriamente realizzato, dato che, soprattutto la giurisprudenza, si è tenuta abbastanza distante da tali input normativi, e la dotazione della società di un adeguato assetto organizzativo amministrativo e contabile non è ancora diventata elemento determinate nella valutazione dell'adempimento degli amministratori e dei sindaci (o degli organi dei sistemi dualistico e monistico di amministrazione e controllo) ai doveri loro imposti dalla legge. Il perché di tale conseguenza, a parte una possibile scarsa sensibilità alle innovazioni, che pure caratterizza il nostro sistema giuridico ed economico, risiede in realtà, come di recente giustamente ricostruito, nello sbiadito confine tra obbligo di legge e discrezionalità amministrativa, insindacabile nelle scelte di gestione, nota come *business judgement rule*».

19 Sui concetti di rischio d'impresa e gestione dei rischi, si vedano S.A. Cerrato, *Impresa e rischio. Profili giuridici del* risk management, Giappichelli, 2019; G.R. Croce, *I rischi d'impresa. Guida alla loro identificazione, analisi, valutazione e controllo*, Roma, Eurilink, 2012; A. Lai, *Il contributo del sistema di prevenzione e gestione dei rischi alla generazione del valore*

d'impresa, Franco Angeli, 2015; G. Landi, *Sostenibilità e rischio d'impresa. Evidenze e criticità dei* Rating *ESG*, Cedam, 2020; O. Roggi, *Rischio d'impresa, valore e insolvenza: aspetti teorici e processi di gestione del rischio*, Franco Angeli, 2008; P. Riva, *Ruoli di* corporate governance. *Assetti organizzativi e DNF*, Egea, 2019; C. Zagaria, *Gestione integrata del rischio, profili di comunicazione ed evidenze empiriche*, Giappichelli, 2017; A. Zattoni, *Corporate governance*, Egea, 2015.

20 Così, F. Manca, cit., p. 635.

21 Testualmente G. Lattanzi – P. Severino (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, Vol. II, Diritto processuale, Giappichelli, 2020, p. XVII.

22 Così, M.H. Schettino - F. Lucariello, *La difesa degli enti e dagli enti nel D.lgs.231/2001. Dal modello organizzativo al procedimento penale*, Giuffrè, 2019, p. 27.

23 Cfr. G. De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, ed. ETS, 2012, p. 344. In senso contrario M. Romano, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 405; l'autore «esclude che possa parlarsi di un'autentica responsabilità diretta» in quanto nel decreto, a differenza di quanto accaduto nel sistema francese, «la responsabilità verrebbe posta a carico dell'ente, traendola, a determinate condizioni, da quella penale del singolo autore che si trovi in uno speciale rapporto funzionale con l'ente medesimo».

24 Cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 16 luglio 2010 (ud.18 febbraio 2010), n. 27735, in *Cass. pen.*, 2011, 5, 1880, con nota di A. Agnese, *Osservazioni a Cass. pen., sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 27735*. L'autrice osserva che « La decisione della suprema Corte fornisce altresì una peculiare valutazione, rispetto a una precedente decisione di merito (Trib. Milano, Ufficio Gup, 17 novembre 2009, n. 2242, in www.rivista231.it), dell'onere della prova della responsabilità dell'ente, che graverebbe sempre sull'accusa: nel sistema delineato dagli artt. 6 e 7 del D.lgs. 231 del 2001 infatti, il pubblico ministero dovrà sempre provare la sussistenza dell'illecito penale in capo alla persona fisica inserita nella compagine organizzativa della società, il nesso teleologico tra l'azione del soggetto apicale che ha commesso il reato e l'interesse o il vantaggio dell'ente, che rendono automaticamente autonoma la responsabilità di quest'ultimo, e la colpa organizzativa.
Spetterebbe invece all'ente, per andare esente da colpa organizzativa, dimostrare che "l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi" (lett. a) dell'art. 6) e che sulla base di tale presupposto, ricorrono le altre previsioni elencate nelle successive lettere del citato art. 6".
Si ribadisce quindi che nessuna inversione dell'onere della prova è prevista dalla disciplina che regola la responsabilità dell'ente negli artt. 5, 6 e 7 del D.lgs. 231 del 2001 e che pertanto non sussiste alcuna violazione dei principi costituzionali afferenti al diritto di difesa e al principio di uguaglianza».

25 Cfr. G. De Simone, cit., p. 313-314; l'autore puntualizza che «Ancor più complessa risulta essere la fattispecie posta alla base dell'applicazione delle sanzioni interdittive, poiché in tal caso bisognerà tener conto pure degli ulteriori presupposto a cui fa riferimento l'art. 13 (profitto di rilevante entità, il reato commesso da soggetti in posizione apicale ovvero da soggetti sottoposti all'altrui direzione, quando la sua commissione è stata determinata o agevolata da gravi carenze organizzative; reiterazione degli illeciti)».

26 In questi termini E. Greco, *L'illecito dell'ente dipendente da reato. Analisi strutturale del tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 4, p. 2091.
In ordine al carattere pluripersonale dell' illecito secondo un primo indirizzo, «il contributo dell'ente alla produzione del reato presupposto sembrerebbe potersi, in prima battuta, inquadrare secondo schemi assimilabili a quelli che caratterizzano l'agevolazione colposa, nella forma di un anomalo concorso morale agevolatorio»; di tale avviso C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex D.lgs. 231/2001*), in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, 2011, p. 376.
Una diversa impostazione invece qualifica il fatto dell'ente come «fattispecie a concorso necessario di parte generale» avendo quest'ultima sempre «bisogno dell'apporto materiale della persona fisica». Segue tale impostazione C.E. Paliero, *Dalla* vicarious liability *alla colpevolezza d'impresa: tendenze della responsabilità penale degli enti nel panorama giuridico europeo,* in G. Bellantoni - D. Vigoni (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani. Diritto dell'esecuzione penale, diritto penale, diritto, economia e società*, La Tribuna, 2010, p. 427, che riprende gli studi di E. Della Terza, *Struttura del reato e concorso necessario*, Giuffrè, 1971, p. 69.

27 Così M. Scoletta, *Nuove ipotesi di responsabilità amministrativa degli enti*, in S. Corbetta - G.L. Gatta - A. Della Bella (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Ipsoa, 2009, p. 371 ss.
Sul principio di legalità nel sistema di responsabilità *ex crimine* degli enti si vedano L. Alibrandi, *Art. 2. Principio di legalità,* in A. Cadoppi - G. Garuti - P. Veneziani (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Giuffrè, 2010, p. 90 ss.; D. Brunelli, *Sub Art. 2*, in A. Presutti - A. Bernasconi - C. Fiorio (a cura di), *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. Legisl. 8 giugno 2001, n. 231,* Cedam, 2008, p. 85 ss.; G. Lasco, *Art. 2*, in G. Lasco - V. Loria - M. Morgante (a cura di), *Enti e responsabilità da reato. Commento al D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231,* Giappichelli, 2017, p. 38 ss.; R. Lottini, voce *Responsabilità delle persone giuridiche (Sub Art. 2*), in F. Palazzo - C.E. Paliero (diretto da), *Commentario breve alle leggi penali*

complementari, II□ ed., Cedam, 2007, p. 2294 s.; Id., *La responsabilità da reato degli enti: natura e principi generali*, in A. Cadoppi - S. Canestrari - A. Manna - M. Papa (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, t. II, Giappichelli, 2016, p. 2383 ss.; M.M. Scoletta, *La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi nel D.lgs. n. 231/2001*, in G. Canzio - L.D. Cerqua - L. Luparia (a cura di), *Diritto penale delle società*, t. I, Cedam, 2014, p. 861 ss.;

28 «L'esigenza di far risaltare il rapporto di immedesimazione con lente, ha suggerito al legislatore delegato l'opportunità di focalizzare l'attenzione sulle connotazioni funzionali dell'agente persona fisica, sconsigliando, dunque, l'elencazione delle qualifiche soggettive»; così O. Di Giovine, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in G. Lattanzi (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al D.lgs. 8 giugno 2001*, n. 231, Giuffrè, 2010, p. 50.

29 Cfr. C. Piergallini, *Colpa di organizzazione e impresa*, in M. Donini R. Orlandi (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bononia University press, 2013, p. 166.

30 Cfr. E. Greco, cit., p. 2093.

31 Cfr. C. Piergallini, cit., p. 161.

32 Cfr. E. Greco, cit., p. 2093.

33 Sul punto G. De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici,* ed. ETS, 2012, p. 367, osserva che «Non vi era alcuna ragione per escludere la responsabilità della *societas* per i reati commessi da tali soggetti e, anche gli obblighi assunti a livello internazionale imponevano una scelta di questo tipo. Ciò che allora assume rilievo è soltanto il fatto che l'ente risulti impegnato dal compimento, da parte del sottoposto, di un'attività destinata a riversarsi nella sua sfera giuridica».

34 In argomento, da ultimo, F. Brizzi, *Interesse e vantaggio dell'ente e discrezionalità del Pubblico Ministero*, in *ilpenalista.it*, *focus* del 17 marzo 2020; C. Santoriello, *Responsabilità degli enti. La SC riflette sulle nozioni di interesse e vantaggio*, in *ilpenalista.it*, 20 dicembre 2018.

35 Lo sottolineano, tra gli altri, C. De Maglie, *In difesa della responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Leg. pen.*, 2003, p. 351, C.E. Paliero, *Dieci anni di "corporate liability",* cit., p. 8 ss.; C.E. Paliero, C. Piergallini, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, p. 167 ss.; C. Piergallini, *Persone giuridiche (responsabilità da reato delle),* in F. Giunta (a cura di), *Dizionario sistematico di Diritto penale*, Giuffrè, 2008, p. 112; A.F Tripodi, *Situazione organizzativa e colpa in organizzazione: alcune riflessioni sulle nuove specificità del diritto penale dell'economia*, in *Riv. trim. dir. pen. econom*, 2004, p. 483 ss.

36 Si veda O. Di Giovine, cit., p. 68.

37 La ricostruzione trova avallo, a livello comparatistico, nel sistema australiano. Il *Criminal Code Act* ricollega la *corporate culpability* alla prova che all'interno della struttura aziendale sia riscontrabile una cultura di impresa che abbia diretto, incoraggiato, tollerato o indotto a non rispettare le prescrizioni etiche o legali, ovvero che la compagine organizzativa di vertice abbia omesso di creare e mantener una cultura d'impresa finalizzata al rispetto delle prescrizioni imposte. Così, C. De Maglie, *L' etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Giuffrè, 2002, p. 172 ss.

In argomento O. Di Giovine, cit., p. 77, ricostruisce gli aspetti problematici che tale configurazione della colpevolezza dell'ente aveva lasciato irrisolti e puntualizza che «dopo l'emanazione del decreto legislativo ci si è chiesti problematicamente se una siffatta colpa di organizzazione possa davvero integrare la colpevolezza penalistica, seppur in senso normativo». Secondo un primo orientamento l'eccezione normativa della colpevolezza non può costituire la panacea di tutti i mali e quindi non permette di trascurarne gli aspetti psicologici. A tale ricostruzione si è replicato che «la colpa di organizzazione è pur sempre colpa e che nessuno mette in dubbio la possibilità di caratterizzare in senso colpevole i delitti colposi. Certo, residuano elementi di divergenza rispetto al paradigma di responsabilità personale umana». «Non dovrebbe dunque sorprendere negativamente la circostanza che in materia di enti rilievi quella che è stata stigmatizzata come la condotta di vita aziendale. Egualmente, non preoccupa il rischio che per tal via si trascenda in una sorta di diritto penale dell'autore persona giuridica perché questo - sempre per l'assenza di qualunque sostrato naturalistico - non assumerebbe comunque connotati autoritari che, in rapporto alle persone fisiche, ne limitano inammissibilmente gli spazi di libertà».

38 In tal senso si vedano G. De Vero, *La responsabilità, penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, 2008, p. 225; M. Riverditi, *La responsabilità degli enti: un crocevia fra repressione e specialprevenzione*, Jovene, 2009, p. 295.

39 Testualmente O. Di Giovine, cit., p. 87.

40 In argomento Cass. pen., 17 settembre 2009 (ud. 9 luglio 2009), n. 36083, in *Rivista231*, 2010, 2, 83, con nota di S. Beltrani, *Modelli Organizzativi e Gestionali e criteri di imputazione della responsabilità dell'ente (commento a Cass. Pen., Sez. VI, n. 36083/09);* Trib. Novara, Ufficio Gup., 1 ottobre 2010, in *Corr. mer.*, 2001, 4, 403.

41 «Nelle due ipotesi, i tipi di cautele da rispettare sono parzialmente diversi», sotto altro profilo, nel caso di reato commesso da un apice «ha imposto un irrigidimento nella distribuzione dell'onere probatorio»; così, O. Di Giovine, cit., p. 81.

In senso conforme M.H. Schettino - F. Lucariello, cit., p. 27, osservano che «gli artt. 6 e 7 del decreto differenziano i criteri soggettivi di imputazione dei reati presupposto (...) e questa distinzione si riflette nella bipartizione tra illeciti penali che risultano da scelte di politica aziendale assunte dai vertici e quelli derivanti da una colpa di organizzazione, comportando anche una diversa ripartizione dell'onere della prova tra l'accusa e la difesa dell'ente».

42 Sulla tematica della prova dell'elusione fraudolenta del modello si veda A. Bernasconi, *Sub. Art. 6*, in A. Presutti - A. Bernasconi - C. Fiorio (a cura di), *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D.Legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Cedam, 2008, p. 148 ss., l'autore, riprendendo una castica ed isolata critica, osserva che in alcuni contesti aziendali si potrebbe rilevare l'implausibilità empirica della suddetta situazione perché si dovrebbe sostanzialmente immaginare un'impresa caratterizzata da una «condotta di vita ubbidiente, testimoniata dall'adozione ed efficace attuazione in via di principio dei modelli di legalità preventiva, nonché dall'istituzione di un credibile organo di controllo in materia; dall'altro, un vertice mosso da un atteggiamento di tale infedeltà nei confronti del virtuoso ente di appartenenza, da orchestrare una frode raffinata». La situazione così prospettata appare implausibile posto che presuppone da un lato, l'attuazione efficace dei modelli ed un controllo in concreto da parte dell'OdV; ed, al contempo, richiede una condotta in grado di cancellare gli effetti di un congegno preventivo ed un controllo giudicato efficiente. Si tratterebbe di una contraddizione in termini.

43 La dottrina ha spesso ricondotto i fatti descritti nell'art. 6 – i fatti impeditivi della responsabilità dell'ente - nell'alveo delle scusanti o delle cause di non punibilità. Così ragionando, tali elementi risulterebbero avulsi dalla struttura della fattispecie e, di conseguenza, sottratti all'onere probatorio del pubblico ministero. Ne discende una inversione dell'onere probatorio, in virtù della quale sarà l'ente a dover dimostrare la perfetta organizzazione aziendale o la sua fraudolenta elusione.

«L'aver elaborato e adottato un modello idoneo di organizzazione non basta ad esimere la società da responsabilità amministrativa, essendo necessaria l'istituzione di una funzione di vigilanza» in quanto è compiuto dell'organismo di vigilanza quello di «osservazione del funzionamento del modello, al fine di verificarne l'idoneità, rilevarne eventuali deficienze che dovranno essere segnalate all'organo dirigente perché provveda alla loro eliminazione. Detto organismo di vigilanza, in questa attività di osservazione, utilizzerà ogni possibile e legittimo potere, avvalendosi dell'ampia autonomia riconosciutagli dalla legge e di tutte le comunicazioni, relative alle attività aziendali che, a norma del modello, gli vengono trasmesse», così, Corte App. Milano, Sez. II, 21 marzo 2012, n. 1824, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2012, 4, 167 ss., con nota di S. Bartolomucci, *L'adeguatezza del Modello nel disposto del D.lgs. 231 e nell'apprezzamento giudiziale. Riflessioni sulla sentenza d'appello "Impregilo"*.

44 Cfr. P. Bastia, *I modelli organizzativi*, in G. Lattanzi (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giuffrè, 2010, p. 140.

45 Testualmente O. Di Giovine, cit., p. 93.

46 L'inversione di cui all'art.6 del D.lgs. n. 231/2001, appare, *icto oculi,* un'anomalia costituzionalmente sospetta che ben si presta a possibili distorsioni: in caso di difficoltà nell'individuazione dell'autore materiale del reato, l'ente potrebbe cadere nella "trappola del Pm" che potrebbe così sollevare un'imputazione *ex* art. 6, così da poter sfruttare tale inversione probatoria. La Cassazione ha escluso che in relazione a tale disposizione del decreto possa parlarsi di inversione dell'onere probatorio. Il pubblico ministero dovrà, anche in tale ipotesi, provare la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito penale, quindi anche della condotta negligente (colpa di organizzazione) e della colpevolezza propria dell'ente. Spetterà poi all'ente difendersi, fornendo la propria prova liberatoria.

La formula "se prova che" contenuta nell'art. 6, comma 2, D.lgs. n. 231/2001 non va intesa alla lettera. Nel processo penale non esistono "oneri probatori" in senso tecnico ma situazioni di mero "rischio della mancata prova". Tuttavia, tale rischio non può produrre effetti a detrimento della posizione processuale dell'ente incolpato.

Al giudice sarà consentito procedere alla condanna dell'ente solo ove si raggiunga la prova della colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio.

L'ente per andare assolto dovrà insinuare nel giudice il ragionevole dubbio circa l'adozione e l'efficace impiego di modelli organizzativi idonei a prevenire la verificazione di fattispecie di reato della stessa specie di quello verificatosi.

La risposta è nella *ratio* dell'intervento normativo volto a responsabilizzare le aziende ed introdurle al tema della prevenzione del rischio reato. Il "finalismo educativo" rifugge dagli automatismi attributivi della responsabilità; sarebbe un controsenso predicare la responsabilizzazione cosciente dell'ente ed, al contempo, immaginare una forma di responsabilità oggettiva che colleghi l'attribuzione dell'illecito amministrativo alla sola commissione di reato presupposto. È imprescindibile un substrato soggettivo.

47 Radicalmente critico è T. Padovani, *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità 'amministrativa' delle persone giuridiche*, in G.A. De Francesco (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia 'punitiva'*, Giappichelli, 2004, p. 18.

48 Testualmente P. Bastia, cit. p. 141.

49 Cfr. A. Bernasconi, cit., p. 133.

50 «A tal fine l'art. 6, comma 2, lett. d) del D.lgs. n.231/2001, nell'elencare i fattori di esonero della responsabilità dell'ente qualora si realizzi un reato presupposto, dispone che all'interno del modello organizzativo siano previsti obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli lasciando, come sempre ampio spazio all'autonomia privata nella regolamentazione dei flussi informativi da e verso l'OdV»; così, M.H. Schettino - F. Lucariello, cit., p. 97.

51 Non può tacersi che la vera difficoltà si manifesta nell'adozione nei confronti degli apicali di un congegno fino ad oggi

concepito, quasi in via esclusiva, per regolamentare, controllare, disciplinare e sanzionare i rapporti di lavoro subordinato.

52 In argomento G. Paolozzi, *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti 'amministrativi' da reato (Dal D.lgs. n. 231 del 2001 alla legge n. 146 del 2006),* Giappichelli, 2006, p. 210, puntualizza che tale prassi probatoria potrebbe creare un effetto di distorsione processuale, un vero e proprio circolo vizioso che porti ad identificare nella commissione del reato il sintomo dell'inadeguatezza del modello gestionale adottato.

53 Così, M.H. Schettino - F. Lucariello, cit., p. 31. Gli autori osservano che «è solo dopo aver provato l'idoneità del modello dell'ente che per la difesa si pone il problema di giustificarne, nel caso di specie, l'inosservanza da parte degli apicali, dimostrandone l'avvenuta elusione fraudolenta».

Come sottolineato da P. Ferrua, *Procedimento di accertamento e applicazione delle sanzioni. La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1482, l'ente sembra chiamato ad affrontare una «sfida probatoria davvero impegnativa».

In giurisprudenza, per una definizione di elusione fraudolenta si veda Cass. Pen., Sez. V, 30 gennaio 2014 (ud. 18 dicembre 2013), n. 4677, in *Rivista dei Dottori Commercialisti,* 2015, 1, 169; Trib. Cagliari, Ufficio Gup, 4 luglio 2011, in *Corr. merito*, 2012, 169, con nota di G. Gentile.

54 Cfr.L. Santangelo, *Prevenzione del rischio di commissione di aggiotaggio ed "elusione fraudolenta" del modello organizzativo ai sensi del D.lgs. n. 231/01: un'interessante pronuncia della Corte di Cassazione,* in www.penalecontemporaneo.it, 3 marzo 2014

55 Circa l'accertamento dell'idoneità dei modelli organizzativi, *ex multis*, si vedano F. D'Arcangelo, *I canoni di accertamento dell'idoneità del modello organizzativo nella giurisprudenza*, in *Resp. amm. soc.*, 2011, 2, pp. 129 ss.; T.E. Epidendio, *Il modello organizzativo 231 con efficacia esimente*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2010, 4, p.149 ss.; G. Fidelbo, *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale*, in A.M. Stile (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal D.lgs. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, Jovene, 2013, p. 55 ss.; G. Garuti, *Profili giuridici del concetto di "adeguatezza" dei Modelli Organizzativi*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2007, 3, p. 11 ss.; G. Lunghini, *L'idoneità e l'efficace attuazione di modelli organizzativi ex D.lgs. 231/2001*, in A. Monesi (a cura di), *Modelli organizzativi ex D.lgs. n.231/2001*, Giuffrè, 2005, p. 251; F. Vignoli, *Il giudizio di idoneità del Modello Organizzativo ex D.lgs. 231/2001: criteri di accertamento e garanzie*, in *Resp. amm. soc.*, 2009, 1, p. 7.

56 L'esigenza di verificare la effettività o meglio l' attuazione in concreto del modello mira a scongiurare il rischio che l'azienda possa considerare il modello organizzativo come una "spesa necessaria" solo in termini economici; ossia una esimente precostituita di natura solo formale e non sostanziale.

In argomento O. Di Giovine, cit., p. 115, osserva che «non sfugge il rischio che tale meccanismo possa pagare un prezzo in termini di minor deterrenza, tanto più laddove gli enti prendono ad assolvere ai propri adempimenti organizzativi in modo più fittizio che reale, vale a dire attraverso l'adozione di protocolli generici e di facciata che si traducono soltanto in un fattore di burocratizzazione».

In giurisprudenza di merito si veda Trib. Milano, Uffico Gup., 17 novembre 2009, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2010, 607, con nota di A. Spinelli, *Responsabilità degli enti: l'elusione fraudolenta non è una* probatio *diabolica;* Trib. Napoli, Sez. uff. ind. prelim., 26 giugno 2007, in *Resp. amm. soc.*, 2007, 4, 163, con nota di M. Cardia.

57 «La politica sanzionatoria degli ultimi trent'anni è stata caratterizzata dal ricorso, in taluni settori (ambiente, territorio, economia, ecc.), a sanzioni pecuniarie dotate di limiti edittali piuttosto elevati, nonché, sul terreno del diritto penale amministrativo, da un ampio ricorso a sanzioni accessorie particolarmente invasive, quali la chiusura dello stabilimento, l'interdizione dallo svolgimento di attività, la sospensione o la revoca di autorizzazioni o licenze, ecc. Questo scenario tramanda la figura di un sistema ventriloquo, che muove formalmente le labbra in direzione della persona fisica (non essendo in alcun modo prevista una responsabilità diretta ed autonoma dell'ente), ma in cui parlare è il ventre della responsabilità sanzionatoria degli enti»; così, C. Piergallini, *Il decreto legislativo di depenalizzazione dei reati minori n. 507 del 1999: lineamenti, problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1394.

58 Sul punto cfr. S. Fortunato, cit., p. 953.

59 Cfr. P. Vernero, R. Frascinelli, cit., p. 246; M.S. Spolidoro, cit., p. 253 ss.

60 Così, F. Manca, cit., p. 629 ss.; l'Autore puntualizza che «anche la predisposizione degli assetti adeguati, al pari di ogni altra decisione assunta in ambito imprenditoriale, dovrebbe essere sottoposta alla comparazione fra costi e benefici, con l'avvertenza che non è possibile ridurre simile raffronto ad un mero numero a causa della presenza massiccia di elementi di ponderazione spiccatamente qualitativi; si pensi, per fare degli esempi, alle relazioni con gli stakeholder, alle problematiche organizzative e alla propensione al rischio». In proposito L'autore richiama le parole di C. Ibba, *Codice della crisi e codice civile*, in *ODC*, 2019, 2, p. 243 ss., il quale sottolinea che «innumerevoli sono infatti i livelli organizzativi che possono ipotizzarsi ed il cui grado di complessità (e di onerosità) varia considerevolmente, sicché occorre di volta in volta valutare quale sia in concreto il livello appropriato in relazione alla natura e alle dimensioni dell'impresa e provvedere di conseguenza, sulla base di decisioni che sono espressione di scelte imprenditoriali. Né può pensarsi semplicisticamente di considerare sempre doveroso, fra più livelli organizzativi astrattamente ipotizzabili, quello più elevato: una determinata struttura organizzativa

può risultare "non adeguata" sia perché insufficiente sia perché sovradimensionata, e dunque antieconomica, rispetto a una realtà societaria e aziendale di modesta entità».

61 Testualmente, P. Tullini, cit., p. 137.

62 Si pensi, ad esempio, alla sostituzione o alla estromissione degli amministratori coinvolti nel reato, alla intensificazione dei controlli o alla implementazione dei poteri dell'OdV. Quanto detto non deve condurre ad equazioni semplicistiche in virtù delle quali la mancata adozione di un modello organizzativo implichi, necessariamente ed automaticamente, una valutazione di pericolosità dell'ente; al contrario, l'adozione del modello organizzativo può rappresentare, un elemento di *favor* nella complessa valutazione prognostica da compiere sulle sorti dell'ente.

63 Cfr. R.A. Ruggieri, *Le condotte di collaborazione previste nel D.lgs. n. 231 del 2001*, in *Cass. pen.*, 2014, 1, p. 397 ss.

64 In questi termini si esprime H. Belluta, *L'ente incolpato. Diritti fondamentali e "processo 231"*, Giappichelli, 2019, p. 111; in argomento si veda inoltre M. Riverditi, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione*, Jovene, 2009, p. 332 ss.

65 Cfr. H. Belluta, cit. p. 113.

66 *Id.*, p. 6.

67 «Il principio di adeguatezza coincidenza senso l'auto con un atteggiamento di prudenza che ha come finalità primaria quella di salvaguardare la compagine societaria di ipotetici rischi derivanti da un adozione incontrollata di decisioni; si parla quindi di uno strumento societario di regolamentazione indispensabile per creare le condizioni di accettabilità sociale del rischio, individuando il c.d. rischio plausibile»; così, D. Scarpa, *Adeguatezza e responsabilità in funzione della* corporate social responsability, in *ilpenalista.it*, *focus* del 5 aprile 2017.

68 Cfr. P. Montalenti, cit., p. 76.

69 In argomento cfr. F. Piccione, *L'applicabilità della* Business Judgement Rule *alle scelte organizzative degli amministratori. Nota a Trib. Roma, Sez. XVI, 8 aprile 2020*, in *Ilsocietario.it*, *focus* del 22 settembre 2020.

70 Questa tesi è stata sostenuta, da ultimo, da L. Benedetti, *L'applicabilità della* Business Judgment Rule *alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2019, p. 413; *ex multis* si vedano anche L. Boggio, *L'organizzazione e il controllo della gestione finanziaria nei gruppi*, in M. Campobasso - V. Cariello - V. Di Cataldo - F. Guerrera - A. Sciarrone Alibrandi (diretto da), *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, Giappichelli, 2014, II, p. 1500; V. Calandra Buonaura, *L'amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale*, in R. Costi (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Giappichelli, 2019, p. 300.

71 Detta tesi è stata sostenuta da C. Amatucci, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e* Business judgment rule, in *Giur. comm.*, 2016, 1, p. 643; P. Montalenti, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi fra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, p. 828; R. Sacchi, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. comm.*, 2014, 1, p. 304; M. Spiotta, *La responsabilità*, in M. Irrera (diretto da), *Diritto del governo delle imprese*, Giappichelli, 2016, p. 310.

20 Prevenzione della crisi e *compliance* 231: binomio irrinunciabile per la governance d'impresa.

di Roberto De Luca

Abstract

Lo studio approfondisce, grazie anche alla ricognizione di contributi dottrinali e giurisprudenziali, i legami esistenti tra alcune novità del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d'ora in avanti anche Codice o CCII) ed il D.Lgs. 231/2001 (d'ora in avanti anche Decreto) in tema di responsabilità amministrativa degli Enti.

In un quadro nel quale il CCII, come il Decreto, ha dichiarate finalità preventive, lo studio intende dimostrare che:

- le disposizioni e le procedure previste dal Modello di organizzazione, gestione e controllo (d'ora in avanti anche Modello o MOGC) sono supporto valido per la costruzione di adeguati assetti organizzativi previsti dalla novella del co. 2 dell'art. 2086 c.c.;
- la *compliance* ex D.Lgs. 231/2001 (d'ora in avanti anche *compliance* 231) è strumento utile ai fini della tempestiva rilevazione della crisi d'impresa;
- la *compliance* 231 e le procedure di allerta del Codice possono definire nuove proficue relazioni tra *governance*, organi di controllo societari e vigilanza;
- la *sinergia* può giovare sia alla *compliance* 231, dunque alle buone prassi e all'esimente dalla responsabilità dell'ente, sia alle procedure di allerta del Codice, grazie al portato esperienziale di 20 anni di vita del Decreto.

Negli anni '70 l'economista americano Larry E. Greiner ebbe il merito di collegare crisi e crescita dell'impresa. Le imprese, sostiene Greiner, crescono attraverso la capacità intrinseca di fornire risposte reali e tempestive alle crisi che inevitabilmente incontrano lungo il loro percorso evolutivo. Capacità vitale e fonte di competitività nel tempo.

Partendo da questa riflessione, lo studio analizza:

- i legami logico-funzionali tra i modelli del Decreto e gli assetti del Codice;
- i collegamenti tra i rischi reato, le sanzioni ex Decreto e la crisi d'impresa;
- il contributo della *compliance* 231 alla rilevazione della crisi d'impresa;
- i rapporti tra *compliance* 231, controllo di gestione e procedure di allerta;
- la proposta di un Modello di prevenzione dei reati presupposto e della crisi.

In questi mesi di straordinario contesto emergenziale, la *compliance* 231 è vivacemente presente nella vita delle imprese. La principale motivazione risiede nella necessaria cautela con la quale occorre tutelare *in primis* la salute dei lavoratori dal contagio del virus e, di riflesso, la "salute" della funzione datoriale e dell'impresa in relazione ai possibili effetti indesiderati in termini rispettivamente di responsabilità civile e penale e di responsabilità amministrativa.

Con lo sguardo rivolto al prossimo futuro, la *compliance* 231, punto di riferimento degli adeguati assetti di cui al co. 2 dell'art. 2086 c.c. e delle procedure di allerta, potrà ricevere ulteriore spinta propulsiva, portare a soluzione alcune evidenti criticità di questi primi vent'anni di vita ed assumere la centralità che merita nella gestione d'impresa.

Thanks to professional and judicial contributes, the survey analyzes connections between some articles of the Code of Crisis (from now on too Code or CCII) and the Decree 231/2001 (from now on too Decree) concerning the so-called company administrative responsibility for crimes commission.

The survey intends to demonstrate that:

- *dispositions and procedures of Model of Organization, Management, Control (from now on too Modello or MOGC) are concrete support to build up organizational structures prescribed by paragraph 2 of article 2086 c.c.,*

- *compliance to Decree (from now on too compliance 231) is helpful to detect company crisis,*
- *compliance 231 and alert procedures are able to define new and more effective relations between corporate governance and control foreseen by Decree,*
- *synergy can be helpful either to compliance 231 or to alert procedures of Code thanks to the 20 years of experience of Decree.*

In the seventies, Larry E. Greiner studied the connection between crisis and business growth. Greiner says companies grow thanks to the inherent ability to give real and quick responses to crisis that are naturally scattered along its evolution process. Vital capacity and source of competitive advantage.
Starting from this thought of the last century, the survey analyzes:

- *connections between Model of Decree and organizational structure of Code,*
- *connections between crime risks, penal sanctions by Decree and crisis,*
- *contributions of compliance 231 to the crisis detection,*
- *connections among compliance 231, management control and alert procedures,*
- *the proposal of a new Model to prevent crimes and crisis.*

In these last months of extraordinary emergency context, compliance 231 is briskly recalled in the company's life.
The main reason is the necessary prevention in the workers' health management field due to pandemic covid and consequentially in the "health" of employers and companies for the unwanted effects in terms of penal, civil and administrative responsibilities.
Compliance 231, point of reference of the adequate organizational structures by art. 2086 c.c. and alert procedures, will likely receive in the next future further propulsive thrust, solve some key-issues of its first twenty years of life and take the right strategic position in the company's management.

Sommario

1. Introduzione - **2.** Assetti organizzativi, crisi e legislazione preventiva - **3.** Relazioni tra modelli del Decreto e assetti del Codice - **4.** Collegamenti tra *compliance* 231 e crisi aziendale - **5.** Principali nodi della *compliance* 231 - **6.** Procedure di allerta e soggetti obbligati tra *governance*, *compliance* 231 e controllo di gestione - **7.** Verso un Modello unico di prevenzione dei reati e della crisi? 8. Conclusioni

1. Introduzione

Il presente contributo prende spunto dall'emanazione del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al D.Lgs. 14 del 12 gennaio 2019, modificato dal successivo D.Lgs. 147 del 26 ottobre 2020, che ha rappresentato una riforma organica delle procedure di gestione della crisi d'impresa e della disciplina sulla composizione della crisi da sovraindebitamento nonché di revisione del sistema dei privilegi e delle garanzie. In particolare, il lavoro prende spunto da alcuni articoli del CCII (artt. 1-2-12-13-14-375-377-378-379) che hanno previsto importanti novità finalizzate alla prevenzione della crisi e l'ottimizzazione dell'utilizzo degli strumenti previsti per il suo superamento ed il ripristino della continuità aziendale.
Nell'ambito dell'emergenza sanitaria che stiamo attraversando, con effetti diretti e profondi sulla salute dei cittadini, l'economia e la società, il nuovo Codice è stato oggetto, con l'art. 5 del D.L. n. 23 del 8 aprile 2020 (Decreto Liquidità), di un rinvio al 1° settembre 2021, rispetto alla data iniziale del 15 agosto 2020, della parte non entrata in vigore[1]. Ulteriori rinvii si potrebbero registrare nei prossimi mesi in funzione dell'andamento della pandemia.
Scelta comprensibile se si intende evitare, da un lato, di mettere gli operatori davanti a novità giuridiche così importanti in una fase di forte sofferenza economica e finanziaria e, dall'altro, di non esporre il Codice, in questo momento di forte crisi economica, al rischio di mancare il raggiungimento del suo obiettivo. Scelta discutibile se si intende indirizzare la riforma verso un "binario morto", vista anche la valutazione non certamente positiva delle nuove norme di parte del tessuto produttivo[2] rispetto a contenuti che - quantomeno nella parte che in questa sede si analizzerà - intendono aumentare il livello di consapevolezza e responsabilizzazione degli amministratori rispetto ad un tema che all'imprenditore dovrebbe risultare molto caro ossia la salvaguardia della continuità d'impresa.
Alla luce della sofferenza economica e finanziaria delle imprese di questi anni, sovente degenerate in veri e propri clamorosi dissesti, il legislatore si è orientato verso una finalità di natura preventiva volta ad intercettare con tempestività il fenomeno della crisi, consapevole che la capacità di rilevazione può accrescere le probabilità di risoluzione delle

problematiche aziendali. In questo sforzo, il legislatore ha inteso responsabilizzare *in primis* la funzione di governo dell'impresa, attraverso la sua capacità di auto-organizzarsi per essere in grado di catturare con largo anticipo ed affrontare con risolutezza i primi segnali di crisi, prima che la stessa degeneri e raggiunga stadi patologici irreversibili, privilegiando dunque la prospettiva della continuità aziendale rispetto alle soluzioni liquidatorie[3].

In questo sforzo, il CCII è stata l'occasione per porre fine alle stratificazioni normative, rendere più allineati alle esigenze dell'imprenditoria gli strumenti a disposizione per la risoluzione della crisi ed il recupero della continuità aziendale e rivedere in modo meno afflittivo la materia fallimentare con un'organica rivoluzione terminologica e lessicale[4]: sparisce il termine fallimento e con esso lo stigma del soggetto fallito. Si parlerà così esclusivamente di liquidazione giudiziale.

Nel presente lavoro si approfondiscono i legami tra *compliance* 231 e Codice, in particolare il co. 2 dell'art. 2086 c.c. e le procedure di allerta, con focalizzazione sulle segnalazioni all'organo amministrativo, le cosiddette allerte interne, da parte dei soggetti obbligati. Si cercherà di analizzare il contributo che la *compliance* 231 può fornire alla costruzione di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili, dovere irrinunciabile dell'imprenditore ai sensi della novella civilistica prevista dall'art. 375 del CCII. Come, dunque, la stesura e l'effettiva attuazione del Modello, l'efficace e compiuta vigilanza, la contemporanea costruzione di procedure e solidi legami funzionali tra funzione preposta alla vigilanza, *governance* ed organi di controllo consentano di creare un ambiente organizzativo in grado non solo di prevenire la commissione dei reati presupposto ma anche di incidere sul controllo della gestione e la prevenzione della crisi, supportando così le finalità del CCII.

Si cercherà di comprendere se da questa "unione di intenti" ne possa trarre giovamento non solo il sistema di rilevazione tempestiva della crisi che potrebbe beneficiare del portato esperienziale di 20 anni di vita del Decreto ma anche la stessa applicazione del Decreto, consapevoli delle difficoltà che spesso si incontrano nel tradurre in pratica operativa i propositi formalizzati dal Modello.

L'apporto della *compliance* 231 alla costruzione di adeguati assetti organizzativi era, per la verità, già deducibile alla luce del previgente contesto normativo. Purtuttavia, nel ribadire in modo ancor più esplicito e incisivo l'obbligo in capo agli amministratori, il co. 2 dell'art. 2086 c.c. pone un accento nuovo sulla finalità degli adeguati assetti, ossia la salvaguardia del principio di continuità aziendale, uscito adesso da un mero piano contabile ancorato alla disciplina di bilancio, per divenire riferimento stabile nella gestione d'impresa, responsabilità esplicita e diretta degli organi sociali[5]. Il tema assumerà ulteriore maggiore rilievo con l'introduzione, attualmente prevista il 1° settembre 2021, delle disposizioni sull'allerta che intrecciandoci con le procedure di *compliance* 231, potranno costruire un "reticolo" di protezione da fattori interni ed esterni all'impresa che ne possono minacciare la "salute".

L'analisi che segue è indirizzata alle società italiane non quotate sul Mercato Telematico Azionario (MTA) gestito da Borsa Italiana le quali rientrano, in gran parte, nell'alveo di applicazione della gestione della crisi e dell'insolvenza[6].

Per lo sviluppo del presente contributo, si è fatto riferimento, inoltre, ai principi e le raccomandazioni desumibili dal:

- Codice di Autodisciplina del 2018 delle società quotate in borsa, in particolare i nuovi o rinnovati principi di successo sostenibile e indipendenza del nuovo Codice di *Corporate Governance*[7] che sostituirà l'attuale e troverà applicazione, sempre con carattere di adesione volontaria, dal primo esercizio finanziario successivo al 31 dicembre 2020[8];
- Codice di Autodisciplina - Principi per il Governo delle Società Non Quotate a Controllo Familiare del 2017[9].

Il capitolo 2 intende effettuare una panoramica generale delle principali novità normative del CCII di interesse ai fini del presente contributo. Nel capitolo si approfondirà il concetto di crisi e di insolvenza sottolineando l'importanza, anche per i tanti studi sul tema, di considerare la crisi anche come possibile occasione di discontinuità e di apertura verso nuovi scenari di sviluppo.

Il capitolo 3 esamina, invece, le relazioni esistenti tra Modello del Decreto e assetto del CCII con un'analisi di dettaglio che evidenzia come il primo, per le sue finalità di regolazione dei processi decisionali aziendali e di gestione delle risorse finanziarie, rappresenti concreto supporto per la costruzione di adeguati assetti organizzativi di un'impresa o di un gruppo di imprese. Sebbene il Decreto non preveda, in quanto non riconosciuto come autonomo soggetto giuridico, alcuna responsabilità amministrativa del gruppo, la *compliance* 231, nell'intento di limitare i rischi di indesiderate estensioni della responsabilità amministrativa in più società del medesimo gruppo, favorisce la regolazione dei rapporti tra le società, idonea a tenere sotto costante controllo l'andamento di gestione delle singole società e limitare, entro soglie

fisiologiche, il soccorso finanziario e di garanzia della controllata. Aspetto rilevante questo in quanto il D.Lgs. n. 147 di ottobre 2020 ha stretto le maglie sulla responsabilità e presunzione dello svolgimento, da parte di un'impresa, dell'attività di direzione e coordinamento, chiarendo la nozione di gruppo di imprese[10].

Il capitolo 4 analizza i collegamenti logici e funzionali tra la *compliance* 231 e la crisi d'impresa. Analisi che intende evidenziare la capacità delle procedure di *compliance* 231 di intercettare fatti di gestione prognostici di primi indizi di crisi oppure cattive pratiche che, se consolidate nel tempo, possono dare luogo a squilibri economico-finanziari oppure condurre a sanzioni per responsabilità amministrativa, che se incidenti, possono originare vere e proprie crisi dell'impresa. In generale, dunque, di supportare adeguatamente il sistema di prevenzione della crisi.

Il capitolo 5 sintetizza, a vent'anni di vita del Decreto, i principali nodi ancora non sciolti della *compliance* 231 quale base di riflessione non solo per le imprese che hanno adottato il Decreto ma anche per quelle che ancora devono adeguarsi al dettato normativo; aspetti critici che sono il punto di partenza di una riflessione che intende orientare le scelte delle imprese verso soluzioni che integrino la prevenzione dei reati e la prevenzione della crisi.

Il capitolo 6 sonda le procedure di allerta interna ed il ruolo dei soggetti obbligati analizzando alcuni principi di fondo, tradizionali della funzione di vigilanza, quali l'indipendenza, la continuità di azione, il dialogo con il governo dell'impresa, l'organizzazione di adeguati flussi informativi, ritenuti indispensabili alla luce del dettato del CCII e della nuova responsabilità in capo ai sindaci ed al revisore legale.

Il capitolo 7, con un titolo suggestivo, propone di organizzare la materia della prevenzione dei reati e della prevenzione della crisi in un Modello unico d'impresa che intende rendere merito ai collegamenti naturalmente esistenti tra i due ambiti, utilizzando, inoltre, nel *set-up* delle procedure di allerta, le prassi in uso ed il portato esperienziale della *compliance* 231.

Il capitolo 8 conclude la monografia con alcune riflessioni finali in ordine ai benefici che si potrebbero trarre da questo binomio che, come il titolo del contributo suggerisce, può rivelarsi prezioso per elevare gli *standard* di *governance*, esaltare il ruolo degli organi di controllo indipendenti e legittimare ulteriormente la funzione di vigilanza, in generale la *compliance* 231. Osmosi auspicabile che si ritiene, a bocce ferme del Decreto, fortemente raccomandata.

2. Assetti organizzativi, crisi e legislazione preventiva

L'obiettivo primario del Codice della crisi d'impresa è la salvaguardia e la conservazione dell'azienda quale centro di interesse economico-sociale e di promozione dello sviluppo del territorio. Questo obiettivo poggia su due principali pilastri:

- gli obblighi organizzativi posti a carico dell'imprenditore (*rectius* amministratori);
- gli obblighi di segnalazione degli organi di controllo societari nell'ambito delle procedure di allerta.

L'art. 375 del Codice della crisi d'impresa, entrato in vigore il 16 marzo 2019, ha introdotto il co. 2 dell'art. 2086 (Gestione dell'impresa) che prevede l'obbligo dell'imprenditore, in forma societaria o collettiva, di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa anche ai fini della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa e della perdita della continuità aziendale, e, laddove necessario, la successiva adozione di uno degli strumenti disponibili nell'ordinamento per il superamento della crisi ed il recupero della continuità. Al dettato dell'art. 375, occorre aggiungere l'art. 377[11] del CCII che prevede ulteriori modifiche ad alcuni articoli del codice civile con specificazioni che rendono pacifico che l'obbligo dell'imprenditore di cui al co. 2 dell'art. 2086 ***è*** in capo agli amministratori della società.

Il concetto di adeguatezza degli assetti organizzativi era già presente nel T.U.F., nella normativa bancaria e assicurativa, nonché nelle societ***à*** a partecipazione pubblica (D.Lgs. n. 175/2016, come integrato dal D.Lgs. n. 100/2017) e, con la riforma del diritto societario del 2003, medesimo riferimento era esplicitato nell'ambito delle società per azioni[12].

Con il Codice si fa un ulteriore passo in avanti. Da un lato, si estende l'obbligo agli amministratori di qualsiasi impresa che operi in forma societaria o collettiva, novità che intende incidere in modo ampio sul principio di corretta gestione con un orientamento forte ed esplicito all'organizzazione, al controllo gestionale e amministrativo e la *compliance* aziendale, dall'altro, si finalizza la funzionalità degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili anche alla loro capacità di far emergere con tempestività la crisi d'impresa, partendo dalla notazione che prima si rileva il problema, prima si possono rimuovere le cause, evitando che il problema si acuisca e si amplifichi, richiedendo quindi interventi ben più incisivi di recupero della continuità attraverso gli strumenti messi a disposizione dallo stesso CCII o, peggio,

finendo per incidere in modo irreversibile sulla continuità aziendale (*going concern*) ed aprendo così soluzioni liquidatorie. Tempestività e sforzi che non escludono, a priori, che la società possa andare lo stesso incontro alla liquidazione, giudiziale o volontaria che sia, trattandosi di rischio che incombe in modo permanente sull'impresa e l'imprenditore.

Nell'ambito del Codice, si ricordano anche:

- l'art. 378 che al co. 1 ha introdotto nell'art. 2476 c.c. la responsabilità degli amministratori verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale e al co. 2 ha specificato nell'art. 2486 c.c. i criteri di determinazione del danno in caso di responsabilità accertata degli amministratori;
- l'art. 379 che al co. 1 ha sostituito il secondo e terzo comma dell'art. 2477 che definisce i casi di obbligatorietà della nomina dell'organo di controllo o del revisore, in particolare quelli di cui alla lettera c) che, sebbene rinviati causa evento pandemico[13], fissa le soglie dell'attivo patrimoniale, dei ricavi delle vendite e delle prestazioni e del numero di occupati in media durante l'esercizio[14].

La volontà del legislatore di rendere più cogente l'obbligo degli adeguati assetti in capo agli amministratori e di aumentare il livello di controllo indipendente a garanzia dei creditori va valutata con il combinato disposto degli artt. 12, 13, 14 del Codice[15]. Con le nuove disposizioni, il legislatore ha inteso incidere sull'attività di verifica dell'organo di controllo e del revisore legale ponendo a carico di essi l'obbligo di verifica e di segnalazione innanzitutto all'organo amministrativo (allerta interna), laddove si rilevino carenze di valutazione degli assetti ed inerzie di azione da parte di quest'ultimo. Con misure premiali riconosciute nei confronti dell'imprenditore, consistenti nella riduzione degli interessi e delle sanzioni tributarie, nonché nell'esclusione della punibilità per i reati fallimentari, quando il danno cagionato sia di speciale tenuità. Con l'esenzione della responsabilità dei sindaci per i danni causati all'impresa dall'inerzia degli amministratori in caso di azione di segnalazione effettuata.

L'insieme di queste novità normative è finalizzata al precipuo fine di incidere sulla capacità dell'impresa, attraverso la funzione di governo, di intercettare i primi segnali di crisi e di proattivamente adoprarsi, se necessario con lo stimolo dei soggetti obbligati, per fornire risposte veloci ed incisive finalizzate a "spegnare sul nascere l'incendio". Incidendo così positivamente sulla risoluzione della crisi e razionalizzando l'utilizzo degli strumenti di ripristino della continuità aziendale previsti dal Codice.

Il CCII definisce, per la prima volta nel nostro ordinamento giuridico, la nozione di crisi all'art. 2, lettera a) come "lo stato di squilibrio economico-finanziario che rende probabile l'insolvenza del debitore e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate".

Il Codice definisce all'art. 2, lettera b) l'insolvenza come "lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni".

Può risultare utile il seguente schema di riferimento[16].

Stadi evolutivi della crisi

- Incubazione: segnali (deboli) di declino economico-finanziario
- Maturazione: perdite reddituali e diminuzione del valore del capitale economico

Rischio di declino e insolvenza possibile

Gestione dell'impresa nel suo divenire con controllo e fronteggiamento di situazioni patologiche temporanee

- Crisi acuta: flussi di cassa negativi
- Crisi cronica: deterioramento patrimoniale, perdita di affidabilità, rischio di «avvitamento»

Probabile insolvenza, pre-insolvenza

- Dissesto: crisi irreversibile

Insolvenza

gestione dell'impresa in situazioni emergenziali con controllo e fronteggiamento di situazioni patologiche gravi che mettono in discussione la sopravvivenza.

Gli accademici e gli studiosi di economia e *management* aziendale si sono interessati da sempre ai temi della crescita sostenibile dell'impresa ed alle relazioni tra le diverse determinanti atte a garantire le migliori condizioni di sviluppo dell'azienda nel suo ciclo di vita.

Nelle speculazioni sulle più idonee condizioni di sviluppo dell'impresa, si individuarono nella fase di ricostruzione post-bellica due principali filoni di pensiero organizzativo[17]. Coloro i quali tendevano a concepire l'organizzazione come variabile dipendente dell'agire umano, è dunque l'uomo che determina l'organizzazione, e coloro i quali ritenevano, viceversa, che l'uomo fosse una

variabile dipendente dall'organizzazione, ovverosia è l'organizzazione nelle sue diverse espressioni e funzioni ad indurre l'agire umano. In tale effervescente dibattito, negli anni '70 l'economista americano Larry E. Greiner[18] elaborò un modello di crescita dell'impresa che sembrò trovare il giusto equilibrio tra le due scuole di pensiero, modificando l'antagonismo esistente ed introducendo un modello deterministico con l'interdipendenza delle due variabili.

Alla base del modello di sviluppo di Greiner, l'idea che la crescita aziendale sia caratterizzata dal susseguirsi di fasi di "evoluzione" cui seguono inevitabili momenti di crisi ai quali occorre rispondere con fasi di "rivoluzione" in grado di fronteggiare e risolvere le cause alla base della crisi. Al di là delle tipologie di crisi che Greiner individua, l'aspetto che qui rileva è che con Greiner la crisi diventa elemento funzionale alla crescita dell'impresa. Le imprese, sembra dire Greiner, crescono solo attraverso la capacità di fornire risposte tempestive a fattive alle crisi che puntualmente si verificano. Crescita e crisi diventano un tutt'uno, incastro vitale per l'impresa e fonte di competitività nel tempo.

Pur negli evidenti limiti di un approccio deterministico che non tiene conto, siamo negli anni '70, dell'evoluzione dei settori industriali e degli effetti della saturazione del mercato, della globalizzazione dei mercati e dell'avvento delle nuove tecnologie, dunque di importanti fattori che hanno modificato nel profondo l'organizzazione dell'impresa, Greiner ci aiuta a comprendere il percorso di crescita dell'impresa. Non lineare e predeterminabile bensì fatalmente tortuoso ed articolato, caratterizzato da momenti, decisivi per il futuro, nei quali occorre mettersi in gioco, cambiare direzione e percorrere sentieri nuovi, all'inizio anche sconosciuti, impervi ed accidentati, necessari, anzi inevitabili, se si intende evitare il declino.

Nel quadro della nuova impostazione del Codice, il richiamo al pensiero di un economista di 50 anni fa può aiutare ad aprire nuovi spazi di riflessione. Un'impresa che accetta la crisi quasi come evento probabile, persino fisiologico per la sua crescita, tiene sempre accesi i *radar*, pronti a captare i primi segnali deboli di crisi ed indirizzare le più appropriate e risolute soluzioni. È, dunque, un'impresa con più *chance* di sopravvivenza in un contesto turbolento e pieno di insidie.

La crisi entra così nel sistema del controllo dei rischi, quale approccio generale alla gestione aziendale, connettendo sempre più, in funzione dell'obiettivo primario, diritto societario, diritto della crisi, temi di *governance*.[19] Con un obbligo ad intervenire sugli assetti organizzativi delle imprese orientandoli verso modalità operative coerenti alle finalità del Codice.

Il CCII si inserisce nel solco dell'orientamento della legislazione preventiva italiana, anche a seguito del recepimento di importanti Direttive europee:

1. il D.Lgs. 231 del 8 giugno 2001 (Responsabilità amministrativa degli Enti) ha introdotto la responsabilità di derivazione penale a seguito di reati presupposto commessi da amministratori, apicali e loro collaboratori diretti nell'interesse o a vantaggio dell'Ente;
2. il D.Lgs. 231 del 21 novembre 2007 (Decreto Antiriciclaggio) ha recepito la Direttiva 2005/60/CE (c.d. Terza Direttiva Antiriciclaggio) concernente la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo. Ulteriori rinforzi ed estensioni con il recepimento della Quarta Direttiva del 2015 (D.Lgs. 90/2017) e la Quinta Direttiva del 2019 (D.Lgs. 125/2019);
3. il D.Lgs. 81 del 9 aprile 2008 (Testo Unico sulla Sicurezza) recante le norme in materia di tutela della sicurezza e della salute nei luoghi di lavoro;
4. il D.Lgs. 159/2011 (Codice Antimafia) con le successive modifiche e integrazioni soprattutto del D.Lgs. 161/2017 ha sistematizzato la materia delle misure di prevenzione personale e patrimoniale e delle misure interdittive volte al contrasto dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel tessuto economico;
5. la L. 190/2012 ed i Decreti attuativi n. 33 e n. 39 del 2013 (Anticorruzione) hanno inteso promuovere misure di prevenzione della corruzione negli enti economici e non pubblici e nelle società in controllo pubblico.

Gli adeguati assetti organizzativi e le procedure di allerta del CCII richiamano un paradigma già presente nel nostro ordinamento. Ci si riferisce, nello specifico, al D.Lgs. 231/2001 voluto dal legislatore con l'obiettivo di fronteggiare il fenomeno dei reati contro la pubblica amministrazione, in particolare i reati corruttivi[20].

Il Decreto è intervenuto, lato operatore privato, con un dispositivo molto innovativo caratterizzato, tra l'altro, da:

1. coinvolgimento dell'ente (responsabilità amministrativa), sulla base di specifici requisiti soggettivi e oggettivi di imputazione, del tutto separato rispetto alle responsabilità penale individuale;
2. possibilità di protezione della società (condizione esimente) grazie all'attuazione di specifici interventi organizzativi di carattere

preventivo;
3. onere della prova a carico dell'impresa nel caso di reati commessi da amministratori e apicali nell'interesse o a vantaggio dell'impresa;
4. non obbligatorietà della norma, applicata dall'ente/società con carattere volontario.

Il co. 1 dell'art. 6 del Decreto specifica che "…. l'Ente non risponde della responsabilità se prova che a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi". Il co. 2 dell'art. 6 recita che "… i modelli di cui alla lettera a) del co. 1 devono rispondere alle seguenti esigenze: … b) prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'Ente in relazioni ai reati da prevenire; c) individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati; d) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli…".

Se il Codice parla, quindi, di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili, il D.Lgs. 231/2001 fa esplicito riferimento ai cosiddetti modelli di organizzazione e gestione:

1. il primo ha anche la finalità di rilevare in modo tempestivo i segnali di crisi aziendale e, attraverso interventi immediati ed effettivi oppure attraverso gli strumenti messi a disposizione del Codice, evitare che questi segnali si amplifichino e conducano all'insolvenza;
2. il secondo ha la finalità di prevenire la commissione dei reati presupposto, soprattutto attraverso la regolazione di modalità di formazione delle decisioni aziendali e di gestione delle risorse finanziarie.

Ci troviamo di fronte a due disposizioni di legge che, attraverso il richiamo ad esplicite misure organizzative, intendono proteggere l'impresa da minacce, cattive pratiche e patologie che possono compromettere i suoi parametri vitali, la sua competitività, la sua continuità operativa.

Alla luce del quadro normativo brevemente richiamato, l'analisi che segue cercherà di fornire risposte esaurienti ai seguenti principali quesiti:

- In che cosa si traduce operativamente un assetto organizzativo, amministrativo e contabile? Quando è possibile definire adeguato un assetto organizzativo? Il Modello può contribuire in modo effettivo alla costruzione di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili?
- La *compliance* 231 può fornire contributi ai fini della prevenzione della crisi, ulteriore fine di un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile? L'esperienza di questi vent'anni di vita del Decreto può fornire utili raccomandazioni per l'efficace funzionamento delle procedure di allerta? Come si può immaginare l'integrazione tra *compliance* 231 e procedure di allerta nel nuovo contesto del CCII? L'integrazione può essere utile per la stessa *compliance* 231 e può generare nuovi *standard* di *corporate governance*?

3. Relazioni tra modelli del Decreto e assetti del Codice

Ferma restando la comune finalità di favorire la buona gestione d'impresa[21], gli adeguati assetti del CCII, da una parte, ed i modelli di cui al Decreto, dall'altra, non possono coincidere integralmente. Ciò nonostante, vista l'esigenza per l'imprenditore di rivedere o rinforzare il proprio assetto organizzativo, analizziamo, in particolare, l'apporto che il Modello può garantire nell'ottica della realizzazione di un'organizzazione nella quale gestione e controlli risultino sempre più integrati e interconnessi in chiave di prevenzione della crisi.

L'analisi semantica dei termini modello e assetti consente di rilevare evidenti collegamenti logici: il modello[22] fornisce uno schema di riferimento per creare un **assetto**[23] ossia una disposizione coordinata per lo svolgimento di una determinata operazione. Disegno il modello, sembrerebbe potersi affermare, come condizione necessaria per realizzare un assetto finalizzato all'esecuzione di un'operazione.

La progressiva estensione del catalogo dei reati presupposto registratasi nel corso della lunga vita del Decreto ha comportato un rilevante e vistoso ampliamento delle attività sensibili esposte ai rischi 231. Si va dai reati colposi per violazione della normativa sull'ambiente e sulla sicurezza e salute dei lavoratori ai reati informatici e di trattamento illecito dei dati, dai reati societari ai delitti contro l'industria e il commercio, dai reati di riciclaggio e autoriciclaggio alla violazione dei diritti d'autore, dai delitti di criminalità organizzata ai delitti contro la personalità individuale, in una lista lunga ed articolata, plasticamente rappresentata dalla circostanza che dagli originari artt. 24 e 25 del 2001, i richiamati reati contro la pubblica amministrazione, si è giunti all'art. 24-ter, all'art. 25 sexiesdecies e ad oltre 160 reati presupposto.

Benché spesso non vi sia stata univoca valutazione in dottrina e giurisprudenza, alcuni reati hanno, inoltre, particolari caratteristiche che tendono a divenire "porta di ingresso" di ulteriori attività aziendali sensibili, estendendo così l'impatto del

Decreto in azienda.

Associazione per delinquere (art. 416 c.p.): la L. 94/2009, con modifiche dettate dalla L. 69/2015, ha inserito tra i reati presupposto, all'art. 24-ter del decreto, i delitti di criminalità organizzata, tra i quali l'associazione per delinquere. Posto che è pacifica l'interpretazione di gran parte della dottrina e della giurisprudenza a qualificare la responsabilità amministrativa quale colpa dell'organizzazione, la circostanza che il reato associativo sia stato inserito nel catalogo dei reati presupposto non deve stupire. Trattandosi di reato-mezzo per la commissione di un reato-fine si è molto discusso in diritto sul caso di reato associativo finalizzato alla commissione di un reato-fine non inserito nel catalogo 231. Molte le sentenze della Suprema Corte sull'argomento. La recente sentenza del 4 marzo 2020[24], che ha respinto il ricorso di una società avverso alla decisione della Corte di Appello di condanna per associazione a delinquere finalizzata alla realizzazione di reati fiscali[25], ha sancito un orientamento per i più condivisibile. Pende, quindi, in capo alla società l'onere di valutazione, regolamentazione e vigilanza di attività esposte ad ulteriori condotte illecite rispetto a quelle a catalogo (ad esempio il reato di usura per un istituto bancario oppure un abuso edilizio per un'impresa di costruzioni) che, realizzandosi in forma associativa, potrebbero comportare l'esposizione della società alla responsabilità amministrativa pur essendo il reato-fine non inserito tra i reati presupposto.

Autoriciclaggio (art. 648-ter.1 c.p.): colmando un "vuoto" del nostro codice penale, la L. 186 del 15 dicembre 2014 ha introdotto nel codice penale dal 1° gennaio 2015 il reato di autoriciclaggio. La medesima legge ha previsto l'inserimento del reato nel catalogo dei reati presupposto della responsabilità amministrativa, all'art. 25-octies del Decreto. Il richiamo alla responsabilità dell'ente è stato valutato opportuno in considerazione della circostanza che il delitto in questione può falsare il libero gioco della concorrenza creando irragionevoli differenziazioni di trattamento rispetto ai soggetti economici e le imprese che devono far ricorso al credito nel libero mercato per finanziare la propria attività. Sull'impatto del reato nel MOGC, i controlli devono essere incentrati soprattutto nella gestione di tesoreria, considerando che l'elemento oggettivo del reato è la realizzazione di condotte idonee ad *ostacolare concretamente l'identificazione della provenienza delittuosa del danaro.* Occorre però che l'analisi dei rischi recepisca anche fattispecie di reato non a catalogo, ad esempio l'usura, la turbativa d'asta, la truffa semplice che possono dare luogo al reato di autoriciclaggio, senza ignorare, in ottica aziendale, i concetti di "*mera utilizzazione*" o "*godimento personale*" a cui è collegata la non punibilità[26]. Valgono le medesime riflessioni effettuate per i reati associativi, seppur con un'evidente differenza temporale: l'autoriciclaggio è il reato che segue temporalmente la commissione di un reato-fonte mentre il reato associativo è il reato-mezzo che temporalmente precede la commissione di un reato-fine.

- Alla luce dell'estensione nel tempo del catalogo dei reati e delle caratteristiche di alcuni di essi, la seguente tabella rappresenta esemplificativamente l'esposizione ai rischi di un'azienda italiana di produzione industriale di medie dimensioni con organizzazione funzionale. Le attività aziendali sono valutate in funzione della tipologia di esposizione al rischio in:
- Attività sensibile diretta: attività aziendale esposta in forma diretta al rischio di commissione del reato presupposto (ad esempio la partecipazione ad una procedura di gara pubblica, attività esposta in forma diretta ai reati di corruzione di un pubblico ufficiale).
- Attività sensibile strumentale: attività il cui svolgimento supporta, a vario titolo, la commissione di un reato presupposto (ad esempio l'assunzione di un parente di un pubblico ufficiale strumentale alla commissione di un reato corruttivo, da intendersi quale "prezzo" pagato per l'assegnazione dell'appalto in una procedura di evidenza pubblica).

Tabella 1: Funzioni dell'impresa e loro esposizione alle attività sensibili ai rischi 231

Funzioni aziendali	**Attività tradizionali**	**Esposizione diretta ai rischi 231**	**Esposizione strumentale ai rischi 231**
Organo amministrativo	Indirizzo e controllo Piano industriale e strategia Operazioni straordinarie Organizzazione e deleghe Bilancio e *budget*	X	

Funzioni aziendali	**Attività tradizionali**	**Esposizione diretta ai rischi 231**	**Esposizione strumentale ai rischi 231**
Presidente del CdA	Rappresentanza legale Relazioni istituzionali	X	
Amministratore Delegato	Attuazione piano e strategia Sviluppo del *business* Gestione aziendale Operazioni finanziarie delegate Sicurezza e ambiente	X	X
Collegio Sindacale e Revisore Legale	Controllo di legittimità e dello statuto Revisione legale Verifica adeguatezza assetti organizzativi, amministrativi e contabili	X	
Direzione generale	Coordinamento *operations* Deleghe operative	X	X
Commerciale/Vendite	Vendite Gestione rete/canali di vendita Ordini di vendita Partecipazione a gare pubbliche Partecipazione a gare private	X	X
Marketing	Relazioni esterne e ufficio stampa Promozione Analisi di mercato Organizzazione eventi Call center e relazione clienti		X
Acquisti	Qualificazione fornitori Valutazione proposte Selezione fornitori Ordini di acquisto Valutazione fornitori	X	X
Amministrazione, controllo e fiscale	Pagamenti ed incassi Crediti e debiti Rapporti bancari e finanziari Registrazioni scritture contabili Formazione bilancio Calcolo e pagamento imposte Formazione piani e budget Rapporti con organi di controllo Gestione consulenti fiscali e contabili	X	X

Funzioni aziendali	Attività tradizionali	Esposizione diretta ai rischi 231	Esposizione strumentale ai rischi 231
Gestione del personale e dell'organizzazione	Budget dei costi del personale Gestione amministrativa Gestione previdenziale Attuazione organizzazione e processi Gestione consulenti del lavoro	X	X
Produzione	Impianti e stabilimenti Linee produttive Ordini di produzione Processi produttivi Protocolli standard produttivi Assicurazione e controlli qualità	X	
Logistica	Materie prime in ingresso Gestione magazzini e piattaforme logistiche Prodotti e semilavorati in uscita *Delivery* e trasporti	X	
Manutenzione tecnica ordinaria e straordinaria	Interventi tecnici locali, uffici, stabilimenti, magazzini Interventi tecnici impianti Interventi attrezzature Altri interventi di piccola manutenzione	X	X
Sicurezza e ambiente	Gestione sicurezza e tutela della salute dei lavoratori Gestione attività ad impatto ambientale (emissioni, reflui industriali, gestione rifiuti, …)	X	
Information e Communication Technology	Architettura sistemi informatici Gestione *hardware e software* *Business continuity* Gestione sicurezza informatica Gestione client Amministrazione di sistema	X	
Ufficio legale e affari societari	Gestione contrattuale Contenzioso Gestione atti societari	X	X
Compliance e risk management	Analisi evoluzione normativa Valutazione rischi e impatti organizzativi Adeguamento alla normativa Verifiche di secondo livello		X

Funzioni aziendali	Attività tradizionali	Esposizione diretta ai rischi 231	Esposizione strumentale ai rischi 231
Internal Audit	*Assurance* controllo interno Piani di *audit* Reportistica all'organo amministrativo e organi di controllo societario		X

Progettare un Modello significa oggi abbracciare l'intero perimetro aziendale, disegnare un "ombrello" operativo e regolamentare in grado di fornre compiute risposte all'esigenza di prevenire e contrastare la commissione di reati perpetrati nell'interesse o vantaggio dell'impresa.
Le linee guida di Confindustria[27] e le buone prassi più diffuse hanno consentito di cristallizzare alcuni principi generali per la progettazione di un MOGC (tra parentesi alcune disposizioni coerenti con i principi generali):

1. Regolamentazione dei processi (*manuale delle procedure operative, sistemi informatici di supporto ai processi operativi, certificazioni di qualità, altri sistemi gestionali*).
2. Segregazione del processo di assunzione delle decisioni (*deleghe di responsabilità, poteri di firma adeguati alle deleghe, work flow autorizzativi, conoscenza interna delle deleghe e dei poteri*).
3. Tracciabilità delle operazioni (*sistemi informatici e procedure operative in grado di rendere tracciabile il percorso delle operazioni effettuate*).
4. Controllabilità *ex* post delle operazioni (*archiviazione documentale con il supporto di strumenti elettronici, protocolli in entrata e in uscita della corrispondenza*).
5. Integrazione delle attività di controllo e vigilanza (*disegno ed attuazione di un sistema di controlli interni e gestione dei rischi*).

Partendo da queste considerazioni, di seguito sono dettagliati i principali contenuti operativi aziendali riferibili alla locuzione di cui al co. 2 dell'art. 2086 c.c.[28]:

Assetto organizzativo: governo, organigrammi, responsabilità chiare e controlli integrati

- *Governance*: sistema di amministrazione della società, organi e deleghe.
- Organi di controllo: collegio sindacale, revisore legale.
- Organigramma: il documento che descrive le relazioni gerarchiche e funzionali, gli uffici e le responsabilità nonché i soggetti identificati quali responsabili degli stessi.
- Deleghe di responsabilità: la descrizione dettagliata delle deleghe di ciascuna funzione e delle rispettive responsabilità.
- Procure: i poteri in capo alle persone di impegnare la società nei confronti dei terzi.
- Sistemi informatici/vi: organizzazione della circolazione dei dati e delle informazioni in azienda finalizzato a consentire l'esercizio della propria funzione, l'assunzione delle decisioni e la funzione di costante valutazione da parte degli organi e organismi preposti.
- Sistema di controllo interno: l'insieme dei controlli di linea (primo livello), di secondo livello (gestione integrata qualità sicurezza e ambiente, *risk & compliance office*, …), di terzo livello indipendenti (*Internal Audit*) e delle funzioni di *governance* dell'impresa[29].
- Pianificazione strategica ed economico-finanziaria: lo strumento che coinsente di definire il percorso pluriennale dell'azienda valutando la sostenibilità economico-finanziaria futura anche in relazione agli investimenti da effettuare;
- *Budget* e controllo di gestione: procedure che consentono di definire nel dettaglio gli obiettivi annuali coerenti alla pianificazione e di monitorare l'andamento con verifiche infrannuali.
- Sistema di incentivazione del personale: meccanismo di riconoscimento premiale ancorato agli obiettivi raggiunti e valutato secondo *items* solitamente oggettivi e misurabili.

Assetto amministrativo: procedure operative di funzionamento dei processi aziendali e di gestione delle risorse finanziarie

- Ciclo attivo.
- Ciclo passivo.
- Gestione crediti e debiti.
- Gestione amministrativa e previdenziale del personale.
- Gestione affari societari e legali.
- Sistemi informatici, sicurezza dei dati aziendali, *business continuity*.
- Operazioni finanziarie e rapporti bancari.

- Erogazioni liberali, note spese, spese di rappresentanza, sponsorizzazioni.
- Procedure amministrative per la gestione del *business*.

Assetto contabile: procedure integrate, sistemi adeguati, regole di registrazione contabile delle operazioni d'impresa

- Applicativo gestionale per la contabilità generale, contabilità analitica, ciclo passivo, ciclo attivo, gestione amministrativa del personale).
- Tracciabilità delle operazioni nell'applicativo gestionale e nei sottosistemi.
- Integrazione tra processi di *business* ed amministrativi.
- Iter di formazione e approvazione del bilancio.

Confrontando la tabella 1, i principi generali e la lista dei contenuti per tipologia di assetto[30], si evidenzia in modo chiaro che le prescrizioni e le disposizioni del MOGC, indirizzando i contenuti degli assetti[31], forniscono risposte organizzative puntuali per assolvere alle disposizioni di cui al co. 2 dell'art. 2086 c.c.[32].

Le finalità di regolazione del Modello di cui all'art. 6 co. 2 lettere b) e c) e il suo ampio raggio di azione, oramai l'intero perimetro dell'impresa, consentono quindi di supportare la costruzione di assetti aziendali attraverso disposizioni e prescrizioni indirizzate, in particolare ai meccanismi di assunzione delle decisioni aziendali, l'utilizzo delle risorse finanziarie, la registrazione ed il controllo delle operazioni, che, se personalizzate alle specifiche esigenze aziendali e di *business*, consentono di garantire l'adeguatezza richiamata dalla novella civilistica. Sul punto, è possibile affermare che esiste unanime convergenza da parte della dottrina.

Se predisposto dopo approfondito e granulare *risk assessment* e, soprattutto, se efficacemente attuato e aggiornato, il Modello rappresenta, dunque, adeguato "scudo preventivo e difensivo" che, attraverso buone pratiche operative, efficaci controlli, comportamenti trasparenti e integri, vigilanza continuativa, consente nella conduzione del *business* la più idonea prevenzione della commissione dei reati presupposto. Nel capitolo successivo vedremo che il Modello consente, sempre se adeguatamente attuato e aggiornato, di intercettare fatti di gestione che possono essere anticipatori di situazioni di squilibrio economico-finanziario.

Pur con i dovuti distinguo, medesima affermazione può essere effettuata laddove si parli, non della singola impresa, bensì degli assetti di un gruppo. Sappiamo che il gruppo è un'aggregazione di imprese assoggettate al potere di direzione e coordinamento di un soggetto economico controllante. Sebbene assoggettate a tale potere, le società controllate rimangono, comunque, distinte ed autonome dal punto di vista giuridico e patrimoniale.

Il Decreto Legislativo 231/2001, rivolgendosi agli enti singolarmente considerati, non prende in esame il fenomeno dei gruppi e non disciplina le implicazioni sotto il profilo della responsabilità amministrativa da reato. Non essendo un ente, il gruppo non è inquadrabile tra i soggetti indicati all'art. 1 del D.Lgs. 231/2001, quali destinatari della disciplina. Non si può, quindi, parlare di responsabilità del gruppo, bensì di responsabilità nel gruppo.

Nel caso di accertamento di responsabilità a carico di una società facente parte di un gruppo, è però possibile che la responsabilità possa estendersi alla capogruppo e/o ad altre società del gruppo. Sebbene, infatti, il gruppo non possa essere "colpito" dalla responsabilità amministrativa, il suo funzionamento può creare le premesse per indesiderate estensioni della responsabilità amministrativa.

La giurisprudenza ha affrontato più volte il tema e la Corte di Cassazione è intervenuta, tra l'altro, con una sentenza[33] con la quale ha ribadito che affinché vi sia responsabilità di altra società del gruppo occorre che anche in quest'ultima si verifichino i due requisiti (soggettivo e oggettivo) di imputazione[34]. La Corte di Cassazione afferma così che affinché vi sia responsabilità, in questo caso in capo alla *holding*, è necessario che la stessa abbia perseguito un effettivo interesse o ricevuto un concreto vantaggio dalla commissione del reato di una società controllata e che il soggetto che ha agito per conto della *holding* deve aver concorso effettivamente con il soggetto della controllata, autore del reato. Il riferimento generale al ruolo di direzione e coordinamento che derivi dall'esercizio del potere di controllo non può, quindi, implicare automatica estensione della responsabilità della *holding*.

Orbene, per mitigare il rischio di involontarie e indesiderate estensioni (ascendenti, discendenti o orizzontali) della responsabilità amministrativa in un gruppo, l'attività di *risk assessment* propedeutica alla predisposizione dei Modelli deve analizzare con attenzione il funzionamento del gruppo, in particolare, gli ambiti operativi di ciascuna società, le modalità attraverso le quali si organizzano e regolamentano i rapporti tra le società, i processi di assunzione delle decisioni e la qualificazione dei soggetti che prendono le decisioni in ciascuna società.

Nel rispetto della gerarchia di controllo, occorre porre attenzione soprattutto ai seguenti aspetti

chiave:
- livello di diversificazione del *business* delle società;
- livello di articolazione della *governance* delle società*;*
- presenza di contrasto di interessi tra i *manager (*amministratori, apicali*)* delle società.

In un gruppo, ciascuna società deve perseguire scopi sociali diversi e gestire *business* diversificati.

Se in un gruppo, la società A ha come scopo sociale l'erogazione di servizi di manutenzione di mezzi di proprietà della società B la quale organizza servizi di trasporto per il mercato, il reato commesso dalla prima (ad esempio il reato di inquinamento ambientale commesso con lo sversamento illecito di fanghi, liquidi e olii per risparmiare i costi di smaltimento) non comporta verosimilmente alcuna estensione della responsabilità amministrativa alla società B poiché il reato è stato commesso per il perseguimento di un esclusivo vantaggio della società A.

In un gruppo, le società, per mitigare i fenomeni di conflitto di interessi e di amministratore di fatto, devono avere *governance* articolate con deleghe coerenti alla gestione del *business*.

Se in un gruppo, le controllante A e la controllata B hanno amministratori delegati diversi, il reato (corruzione di un pubblico ufficiale per l'ottenimento di un'autorizzazione) commesso dall'amministratore della controllata B non coinvolge la controllante A. La controllante risulterà soggetto danneggiato dall'atto infedele dell'amministratore della controllata, la cui nomina è derivata dai suoi diritti di socio, esercitati in assemblea con l'indicazione fiduciaria dell'amministratore.

In un gruppo, il *management* di ciascuna società deve essere valutato su obiettivi coerenti con le attività economiche delegate, favorendo, nel caso di rapporti infragruppo, obiettivi concorrenti.

Se nel primo caso l'amministratore delegato della società A è valutato, oltre che sugli obiettivi economici, sul numero di non conformità del sistema di certificazione ambientale ed il numero di incidenti occorsi ai dipendenti mentre l'amministratore delegato della società B sulla qualità e la puntualità del servizio reso al cliente, si mitiga il rischio di patto tra i referenti delle due società volto a spuntare prezzi di manutenzione più bassi, grazie ai minori costi di smaltimento, consentendo alla società B di avvantaggiarsi sul mercato dei trasporti con prezzi più competitivi.

Il corretto assetto e funzionamento del gruppo consente a ciascuna società di funzionare in modo autonomo con un suo specifico e distinto Modello, pur nel rispetto del potere di controllo e dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento della controllante.
La *compliance* 231 stimolando meccanismi virtuosi tra le società supporta gli adeguati assetti del gruppo. La *compliance* 231 isolando e mitigando i rischi reato, soprattutto attraverso linee di demarcazione nette e sana "competizione" tra le società del gruppo, esalta l'autonomia giuridica di ciascuna società. In tale suo sforzo, posto necessariamente "a monte" della progettazione dei Modelli, il Decreto stimola percorsi regolatori e di emersione di disfunzioni gestionali, ad esempio i conflitti di interessi tra le società oppure le "invasioni di campo" della controllante oppure ancora i fenomeni di amministratore di fatto, consentendo una riorganizzazione del gruppo funzionale alla più idonea e puntuale gestione operativa e al più razionale e oculato utilizzo delle risorse finanziarie.
Questi elementi devono essere oggi compiutamente considerati in quanto la nuova disciplina degli assetti voluta dal CCII ha ripercussioni dirette anche in un gruppo contraddistinto da assetti comuni basati sull'impostazione data dalla capogruppo. L'inerenza degli assetti organizzativi delle singole società controllate rispetto all'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, derivata dal potere di controllo, non può del resto essere esclusa a priori. Adeguatezza degli assetti organizzativi significa, dunque, risolvere alla fonte il tema dei conflitti di interessi, delle operazioni infragruppo e con le parti correlate, della gestione della tesoreria unica e della presenza degli stessi amministratori tra le diverse società: il tema dell'adeguatezza degli assetti travalica così il perimetro della singola società, abbracciando gruppi di società riconducibili alla stessa proprietà[35].
L'adeguato assetto del gruppo concorre così a determinare specifici ed autonomi centri di profitto che responsabilizzano le singole società ai loro risultati, limitando il "soccorso finanziario e di garanzia" della capogruppo che, se non gestito con le tempestive rilevazioni e le necessarie segregazioni, corre il rischio di attrarre fatalmente la controllante in una crisi, peggio nell'insolvenza, della controllata.
La rivisitazione della rubrica dell'art. 2086 da "Direzione e gerarchia nell'impresa" a "Gestione dell'impresa" voluta dal CCII pone l'accento proprio sugli assetti funzionali alla gestione. L'adeguatezza

degli assetti è, dunque, mezzo al fine per il raggiungimento degli obiettivi dell'impresa. Questa interpretazione è supportata da due elementi:

- il legislatore, proprio al co. 2 dell'art. 2086 c.c. ha formulato il concetto di adeguatezza non in astratto bensì riferendosi alla natura e alla dimensione dell'impresa con ciò volendo ancorare il concetto dell'adeguatezza alla dinamica dell'impresa, alle sue caratteristiche ed alle sue caratteristiche di gestione;
- il co. 1 dell'art. 14 del CCII recita che gli organi di controllo societari "hanno l'obbligo di verificare che l'organo amministrativo valuti costantemente, assumendo le conseguenti idonee iniziative, se l'assetto organizzativo dell'impresa è adeguato, …" connotando però detta verifica non in astratto bensì all'equilibrio economico finanziario ed al prevedibile andamento della gestione.

La progettazione del Modello può rappresentare, quindi, il punto di partenza di un percorso che da concretezza a contenuti organizzativi che non solo devono essere resi operativi in chiave di contrasto alla commissione dei reati presupposto, bensì in chiave di supporto agli adeguati assetti di cui alla novella civilistica. Oggetto, dunque, di costante valutazione, aggiornamento e adeguamento rispetto alla dinamica della gestione, sottoponendo i contenuti del Modello a specifici *stress test*. Se il Modello rimane statico o, peggio, metaforicamente nel *cloud*, siamo ancora nel limbo delle mere intenzioni. Dunque, adeguatezza degli assetti e adeguatezza dei Modelli non possono prescindere dalla loro effettiva ed efficace attuazione e dinamica evoluzione nel tempo, oggetto di verifica da parte dei soggetti chiamati a vigilare.

La necessaria genericità dell'obbligo di cui al co. 2 dell'art. 2086 trova, quindi, nella *compliance* 231 un importante "ancoraggio". La delibera di adozione del Modello del massimo organo sociale, dunque la declaratoria di volontà di conformare la gestione a determinate disposizioni in chiave di rispetto delle norme e di piena conformità alle leggi ed il correlato impegno assunto dal *management* sull'attuazione ed il rispetto di quei contenuti dispositivi e prescrittivi, unitamente alle successive delibere riguardanti il sistema di *compliance* 231, diventano formidabile "termometro" a disposizione per misurare:

- la cura degli organi delegati chiamati a garantire l'adeguatezza dell'assetto organizzativo attraverso l'attuazione del Modello e le iniziative di suo periodico aggiornamento e sua costante evoluzione;
- la valutazione dell'organo amministrativo sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile attraverso l'azione di stimolo verso gli organi delegati all'effettiva attuazione del Modello e al suo costante adeguamento;
- la verifica degli organi di controllo e del revisore legale, soggetti obbligati dal CCII, chiamati a stimolare l'organo amministrativo laddove il Modello non sia effettivamente attuato, non sia adeguatamente aggiornato oppure laddove le raccomandazioni dell'organismo di vigilanza (d'ora in avanti anche OdV) all'organo amministrativo non siano seguite da proattiva iniziativa da parte delle funzioni di riferimento.

Il Modello, nato per assolvere la sua funzione preventiva ai fini del Decreto, può convenientemente supportare gli amministratori nella costruzione di assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati alle caratteristiche dell'impresa, obbligo previsto dall'art. 2086 il cui co. 2 non poteva certamente fornire alcun carattere di obbligatorietà[36] ai Modelli del Decreto, in linea del resto con l'impostazione del 2001, né poteva comprimere con eccessi prescrittivi il diritto dell'imprenditore di auto-organizzarsi.

L'obbligatorietà sembrerebbe possa desumersi *de facto* dalla considerazione che la mancata predisposizione del Modello, con la necessaria attività di valutazione dei rischi, potrebbe costituire inadempimento dell'obbligo di predisporre adeguati assetti organizzativi da parte degli amministratori e un'omissione del dovere di vigilanza gravante sul collegio sindacale, qualora non rilevato[37]. Un'obbligatorietà che deriva dalla diffusa convinzione che, seppur in assenza di obbligo di legge, gli adempimenti del Decreto configurino un dovere dell'ente sia per i richiami dell'art. 30 del D.Lgs. 81/2001 sulla sicurezza e tutela della salute dei lavoratori sui luoghi di lavoro, sia perché, proprio l'adozione del Modello con le sue attività preliminari di valutazione dei rischi, costituisce esplicitazione del dovere di corretta gestione degli amministratori[38]. Tale impostazione escluderebbe, però, la possibilità che si possa adempiere all'obbligo di cui al co. 2 dell'art. 2086 c.c. senza avere applicato il Decreto, quindi senza avere adottato il Modello che ha sempre nella prevenzione dei reati presupposto la sua principale finalità. Escludendo, quindi, la possibilità che il *set* di organizzazione, procedure, controllo di gestione e flussi informativi dell'impresa possano garantire lo stesso adeguatezza degli assetti qualora gli amministratori, a seguito di specifiche valutazioni di *trade off* costi/benefici, abbiano deciso, per come la norma permette, di non applicare il Decreto, assumendosi così interamente il rischio che la società sia coinvolta ai sensi del Decreto e persino

sanzionata per responsabilità amministrativa. Qualsiasi sia la *nuance* interpretativa alla quale si aderisce, rimane un punto fermo: il Codice rappresenta certamente robusto incentivo verso l'adeguamento alle previsioni del Decreto, forte invito agli amministratori affinché si dotino di auto-organizzazioni in un'ottica *forward-looking*, alla luce dei doveri di corretta gestione che gravano su di essi[39].

L'adozione del Modello, attraverso le attività propedeutiche (*risk assessment e risk management*) e la sua effettiva attuazione, costituisce indissolubile pilastro ai fini dell'adempimento dell'obbligo degli amministratori di cui alla novella del co. 2. Assetti necessari per contenere e gestire altre tipologie di rischi tra i quali quelli reputazionali, operativi, di credito, convivendo detti rischi in un tutt'uno logico che da corpo e significato alla locuzione "rischio d'impresa" la cui necessaria gestione e mitigazione, mai totale eliminazione, significa garanzia per l'impresa di *going concern*.

4. Collegamenti tra *compliance* 231 e crisi aziendale

Le disposizioni del Modello, la loro effettiva attuazione e la compiuta vigilanza, più in generale la *compliance* 231, può rivelarsi strumento utile, riprendendo il co. 2 dell'art. 2086 c.c., "…anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale…", soprattutto in chiave di rilevazione di segnali di incubazione della crisi e fatti di gestione che nella loro duratura replicazione potrebbero condurre l'impresa allo stato di crisi.

Nell'ambito delle procedure atte a garantire la *compliance* 231, i Modelli prevedono, quali elementi necessari e imprescindibili ai fini della capacità di vigilanza dell'organismo preposto, l'attivazione di appositi flussi informativi sulle attività sensibili, assicurati in forma periodica oppure *ad hoc* (*flash report*), il potere autonomo di effettuare verifiche di *compliance* (programmate o a sorpresa), l'esame delle segnalazioni riservate di violazioni al Modello con eventuale irrogazione da parte della funzione preposta di provvedimenti disciplinati proporzionali all'entità della violazione nonché le informative periodiche dell'OdV all'organo amministrativo.

Il *mix* di queste attività consente di esercitare la necessaria vigilanza prevista dalla legge ma di rilevare al contempo fatti aziendali che potrebbero essere segnali di malessere dell'impresa, anticipatori persino degli stessi indicatori e indici previsti dal CCII ai fini della gestione dell'allerta. Ecco alcuni esempi:

- Gestione della sicurezza e tutela della salute dei lavoratori, attività sensibile alla commissione dei reati di omicidio colposo e lesioni colpose gravi e gravissime in violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro (art. 25-septies):
  - Flussi informativi all'OdV: si tratta del *report* periodico dell'andamento degli incidenti sul lavoro e dei *near miss* o quasi infortuni - intesi questi ultimi come eventi che avrebbero potuto causare un infortunio, danno alla salute (malattia) o morte ma, solo per puro caso, non verificatisi - e dei *flash report* di non conformità rilevate ad esempio in sede di *audit* del certificatore (ISO 45001), di sopralluoghi del RSPP, di verifiche della funzione di *compliance* (HSE) e di ispezioni degli enti pubblici esterni (Ispettorato del Lavoro, Azienda Sanitaria, …).
  - Verifica dell'OdV: in questo ambito, l'OdV, a seguito del *trend* in crescita degli incidenti, effettua specifiche verifiche atte a comprendere se l'eventuale anomalo andamento degli incidenti o dei *near miss* sia correlato ad una carente o errata gestione della *compliance* alla normativa del D.Lgs. 81/2008; soprattutto, se il *trend* sia correlato o meno a specifiche disposizioni del *top management* di riduzione dei costi oppure a criticità nel rapporto con i fornitori di riferimento per inadempimenti relativi al pagamento delle loro fatture.
  - Collegamenti con la crisi: le indicazioni di riduzione dei costi del *management* sui dispositivi individuali o sulle manutenzioni ordinarie e straordinarie di impianti e macchinari oppure le difficoltà di forniture all'impresa per ritardi nei pagamenti dei fornitori, al di là del pericolo sulla sicurezza e la salute dei lavoratori, forniscono primi elementi indiziari di crisi all'orizzonte; in questo caso, gli indici e gli indicatori selezionati dall'impresa potrebbero non rilevare il fenomeno nella sua fase ancora embrionale.

- Gestione dei crediti verso i clienti, attività sensibile strumentale alla commissione dei reati contro la PA (artt. 24 e 25) e di corruzione tra privati o istigazione della corruzione tra privati (art. 25-ter):
  - Flussi informativi all'OdV: si tratta del *report* dell'andamento dei crediti aziendali suddiviso in crediti entro i limiti dell'affidamento, crediti valutati critici, crediti con piano di recupero, crediti a contenzioso,

crediti in procedura fallimentare o concorsuale.

- Verifica dell'OdV: in questo ambito, l'OdV, a seguito dell'andamento crescente e anomalo di alcune posizioni debitorie, verifica i rapporti tra la gestione del credito e la funzione commerciale; se, ad esempio, a fronte di una nuova commessa, si pattuisce con il cliente una dilazione dei pagamenti in violazione della *policy* aziendale e del *workflow* autorizzativo, oppure se è direttiva aziendale di continuare a vendere a soggetti che non hanno più merito creditizio o addirittura in posizione di blocco di emissione degli ordini di vendita, bypassando il sistema di gestione aziendale.
- Collegamenti con la crisi: l'eccessivo e incontrollato credito accordato a clienti non più affidabili può generare nel tempo difficoltà di incassi delle fatture e squilibrio finanziario con refluenze negative sul pagamento dei debiti verso i fornitori, le banche, l'erario; anche in questo caso, gli indici e gli indicatori selezionati potrebbero non rilevare il fenomeno nella sua fase embrionale.

Interessante nei due casi è il rapporto temporale con l'eventuale situazione di crisi. Nel primo caso, la riduzione dei costi della sicurezza può essere l'espressione di primi segnali di difficoltà economico-finanziarie quindi di uno stato di incubazione della crisi mentre nel secondo caso è la violazione della *policy* del credito al cliente che, se perdurante nel tempo, può comportare possibili futuri scenari di squilibrio economico-finanziario.
Fanno parte del primo caso le situazioni nelle quali l'azienda sta incontrando delle prime difficoltà e risulta più esposta alla commissione dei reati presupposto[40]. Si pensi all'impresa che:

- in *deficit* di competitività, provi ad aggiudicarsi una gara di appalto con modalità corruttive;
- in presenza di lentezze nella istruttoria bancaria per difficoltà sul merito creditizio, ottenga finanziamenti agevolati e/o contributi pubblici perpetrando una truffa ai danni della pubblica amministrazione oppure utilizzi capitali di provenienza illecita;
- in attesa di future difficoltà finanziarie, limiti le uscite finanziarie riducendo i costi di tutela dell'ambiente oppure violi i diritti d'autore utilizzando applicativi e *software* senza licenza;
- in difficoltà produttiva, utilizzi materie prime qualitativamente inferiori e non consentite dai protocolli produttivi oppure commercializzi prodotti alterati e non genuini oppure ancora falsifichi le caratteristiche organolettiche esposte nel confezionamento dei prodotti;
- in presenza di un bilancio non particolarmente brillante sotto il profilo economico-finanziario e patrimoniale, fornisca informazioni false e più rassicuranti rispetto alla reale situazione.
- Anche i reati tributari, di recente introduzione nel novero dei reati presupposto, possono rientrare in questa categoria, laddove la situazione di criticità aziendale possa indurre la ricerca di "benefici fiscali" in modo fraudolento, ad esempio attraverso dichiarazioni fraudolente oppure l'utilizzo, quale beneficiario, di società "cartiera" costituita *ad hoc* allo scopo di emettere fatture per operazioni inesistenti[41].

Nel secondo caso, rientrano invece quelle cattive pratiche, con violazioni del Modello, che, se persistenti nel tempo, possono condurre a successive situazioni di difficoltà e, addirittura, squilibri economico-finanziari; si fa riferimento, ad esempio, alla gestione del pagamento dei fornitori, attività sensibile strumentale alla commissione dei reati contro la pubblica amministrazione (art. 24 e 25), gli acquisti di servizi di consulenza e la gestione delle assunzioni di personale dipendente, attività sensibili strumentali alla commissione dei reati contro la PA (artt. 24 e 25) e dei reati di corruzione tra privati e di istigazione della corruzione tra privati (art. 25-ter), le operazioni straordinarie, attività sensibili esposte ai reati societari (art. 25-ter), riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita (art. 25-octies). Ritornano in questa casistica i reati tributari che possono generare tensioni finanziarie per il recupero forzoso delle imposte evase sia sul piano penale con il sequestro e la confisca a carico della società sia sul piano amministrativo con l'accertamento e la riscossione dei tributi evasi[42].
La commissione dei reati presupposto e la crisi risultano, quindi, intimamente collegati. Più incisiva è la percezione di difficoltà dell'impresa, maggiore è l'esposizione ai rischi 231. L'impresa percepisce difficoltà sul mercato, vive una situazione di disagio e non vedendo soluzioni praticabili, cerca scorciatoie, risparmi o altri benefici esponendosi così alla responsabilità amministrativa. Più perdurante e incontrollata è la cattiva prassi posta in essere in violazione di regolamenti aziendali e disposizioni del Modello, maggiore è il rischio che si possa pervenire nel tempo ad una situazione di squilibrio economico-finanziario, dunque, di effettiva crisi. Lo stato di crisi dell'impresa apre poi ulteriori scenari di rischio reato, questa volta associati allo stato di decozione dell'impresa, dunque alle azioni di distrazione e dissipazione del residuo attivo aziendale da parte dell'imprenditore e degli amministratori che si espongono così ai delitti previsti dalla normativa fallimentare.

Esiste, dunque, una relazione forte tra *compliance* 231 e crisi. L'attuazione effettiva delle disposizioni del Modello e la compiuta vigilanza concorrono alla creazione di adeguati assetti anche in funzione della rilevazione tempestiva di indizi di incubazione della crisi, secondo lo schema fornito nel capitolo 2, dunque primi "sentori" di crisi[43], o di fatti che se reiterati possono condurre ad uno squilibrio economico-finanziario, contribuendo così in modo proattivo e costruttivo a soddisfare l'obbligo di cui alla seconda parte della locuzione della novella. L'organo amministrativo, facendo sue le evidenze dell'OdV, riceve un concreto supporto alla luce delle sue responsabilità gestionali. Il collegio sindacale, ricevendo le medesime informative dall'OdV, valutando gli esiti dell'attività di vigilanza ed osservando la reazione dell'organo amministrativo può verificare le capacità di reazione dell'impresa. Integrazioni informative che si valutano molto utili rispetto alle incombenze della *governance* e di verifica degli organi di controllo.

In questo contesto, le procedure di allerta si situerebbero logicamente "a valle" dei primi sentori di crisi intercettati dalla *compliance* 231. Del resto, gli indicatori e indici dell'art. 13 del CCII rilevando, pur nella loro periodicità, fatti di gestione avvenuti e proiettandoli sull'andamento gestionale atteso possono ben essere integrati da questi ulteriori elementi informativi che consentono all'organo amministrativo, *in primis*, di assolvere alla sua funzione e all'organo di controllo di assolvere agli obblighi previsti dal CCII in chiave di prevenzione della crisi.

Altra riflessione in ordine alla relazione tra Decreto e crisi deriva dalla circostanza che la *compliance* 231 consente l'esimente alla società, evitando o limitando le sanzioni previste dal Decreto che possono incidere negativamente sulla vita dell'impresa, dando la stura a vere e proprie crisi aziendali. La causa questa volta è la sanzione irrogata all'impresa riconosciuta responsabile ai sensi del Decreto, l'effetto è la crisi nella quale l'impresa si può venire a trovare a seguito, ad esempio, del ritiro di una concessione oppure il divieto temporaneo a contrarre con la pubblica amministrazione. Le sanzioni conseguenti alla condanna di un Ente per responsabilità amministrativa, regolate ai sensi del Capo I Sezione II del Decreto[44]impattano negativamente sui flussi di cassa, la redditività, il volume di affari, la competitività, la reputazione con possibili effetti negativi sulla continuità operativa.

In conclusione, la *compliance* 231:

- deve considerare la fase di incubazione e di maturazione della crisi dell'impresa come stadio nel quale muta il grado di esposizione di alcune attività ai rischi di commissione dei reati presupposto, dunque momento nel quale l'impresa è più esposta ai rischi reato;
- è strumento di supporto per la rilevazione di primi segnali di difficoltà e disagio dell'impresa, dunque di preallerta rispetto a possibili squilibri economico-finanziari;
- è strumento che può intercettare cattive pratiche che se replicate possono condurre nel tempo a crisi aziendali;
- permette di evitare crisi indotte dalle inopinate sanzioni irrogate dall'autorità giudiziaria per riconoscimento con sentenza passata in giudicato della responsabilità amministrativa dell'impresa.

In questa naturale correlazione, la sfida della gestione risiede quindi nell'integrazione tra procedure di *compliance* 231 e procedure di allerta del Codice, attraverso modalità operative di consolidamento dei rapporti tra la *governance*, gli organi di controllo e la vigilanza. L'una, la *compliance* 231, a vent'anni dalla sua emanazione contraddistinta ancor oggi da criticità, inerzie e sottovalutazioni che ne limitano il funzionamento e l'efficacia, può beneficiare di nuove relazioni con il sistema impresa, soprattutto la *governance*, indotte dalle innovazione del CCII, l'altra, le procedure di allerta, può beneficiare dell'esperienza e le prassi della *compliance* 231 per inserirsi rapidamente ed efficacemente nella vita dell'impresa, a beneficio degli amministratori, degli organi di controllo, soggetti obbligati ai sensi del CCII, e dei creditori alla cui tutela deve ricondursi, in ultima analisi, la motivazione principale delle norme in commento.

5. Principali nodi della *compliance* 231

Il Decreto, motivato originariamente dal contrasto ai fenomeni patologici corruttivi, ha coniato la nuova responsabilità amministrativa quale monito all'impresa di ricercare illeciti vantaggi economici e competitivi attraverso la commissione di reati contro la pubblica amministrazione. Nel corso degli anni, ampliato in modo prorompente il catalogo dei reati presupposto, la *compliance* 231 si è dovuta presto confrontare con il nodo del *trade-off* tra competitività e legalità. A vent'anni dall'entrata in vigore del Decreto, la sensazione è che questo nodo non si sia ancora sciolto. Competitività intesa come ricavi, profitti, margini, produttività e legalità intesa come costi, burocrazia, controlli, lentezza dell'organizzazione sono associazioni naturali che influenzano negativamente l'approccio attuativo al Decreto, scontando un portato culturale "allergico"

all'attività di vigilanza e di distorsione del concetto stesso di controllo, fattori questi che corrono il rischio di limitare l'innovazione del co. 2 dell'art. 2086 e l'effettività delle stesse procedure di allerta. Pur consapevoli che il rapporto tra competitività e legalità non può rimanere questione della singola impresa, riguardando infatti il funzionamento di un comparto, di un settore, di un intero sistema Paese, financo delle logiche dei mercati globali, la strenua ricerca della convivenza tra queste due grandezze ha con la *compliance* 231 un obiettivo quantomeno chiaro: la legalità deve divenire fattore chiave di competitività dell'impresa, componente imprescindibile del successo dell'azienda che non può e non deve temere di andare "fuori mercato" laddove osservi le norme e le rispetti anche solo per il timore della pena. Pensiero, per la verità, ancora piuttosto distante dalla realtà se si osservano le diffuse e profonde sacche di illegalità e di competizione sleale che purtroppo contraddistinguono il funzionamento di interi settori e vaste aree del nostro Paese.

Se nel contesto generale di ritardo culturale e di complessità del mercato, la *compliance* 231 finisce sovente per perdere potenza, diventando strumento cosmetico e di mera qualificazione formale dei rapporti commerciali, non può non rilevarsi che la norma, per come è stata pensata dal legislatore, è cosa ben diversa dal "solito" carico normativo-burocratico che ciascuna impresa deve sopportare sulle proprie spalle, a causa di uno Stato troppo spesso distante dalle reali esigenze imprenditoriali. Premesso che l'impianto originario è ancor oggi attuale ed innovativo[45], trascorsi vent'anni dall'emanazione del Decreto, l'approccio distaccato, talvolta persino insofferente, dell'impresa alla sua effettiva applicazione spegne la "fiamma innovativa" che la norma porta in sé, la sua potenziale onda benefica dettata non solo dalla non obbligatorietà del dettato normativo ma soprattutto dalla genericità dei contenuti prescrittivi che esalta, come non riscontrare in questo il parallelismo con il co. 2 dell'art. 2086, la possibilità dell'impresa di auto-organizzarsi in modo libero, pur nell'intento di sviluppare i necessari "anticorpi" per neutralizzare sul nascere il virus dell'illegalità.

Se si osserva il decreto secondo quest'angolo visuale, si comprende che, pur nell'indubbia valenza di linee guida e buone prassi sviluppatesi nel tempo, esistono ancora oggi ulteriori modalità attuative, soluzioni organizzative, sistemi operativi alternativi che consentirebbero di sciogliere gradatamente quei nodi critici che, ancor oggi, limitano l'efficacia della *compliance* 231.

Il primo nodo riguarda la predisposizione dei Modelli, documenti corposi che, sebbene strutturati in accordo alle linee guida più diffuse, registrano sovente lacune di impostazione in termini di:

- analisi dei processi e *risk assessment* preliminare, con gestione dinamica dei rischi;
- contestualizzazione dei protocolli e dei codici di comportamento al *business* dell'impresa;
- specificità dei flussi informativi all'OdV;
- descrizione delle procedure di loro attivazione:
- descrizione dei piani di formazione per segmenti di popolazione;
- modalità di coinvolgimento dell'indotto aziendale e degli *stakeholder*;
- descrizione delle violazioni e dei provvedimenti disciplinari da irrogare;
- piani operativi di allineamento organizzativo per l'attuazione delle disposizioni del Modello.

Questi limiti non favoriscono la successiva fase di attuazione, in assenza spesso di funzioni investite della responsabilità di attuarlo e di applicativi *ad hoc* necessari per supportare in modo operativo la vasta materia della *compliance* 231 all'interno dell'impresa.

Il secondo nodo riguarda l'impegno del *management* nell'attuazione effettiva del Modello di cui al co. 1 lett. a) dell'art. 6 del Decreto. Dopo l'adozione del Modello e la coeva nomina dell'OdV, si osserva sovente un'oggettiva difficoltà ad attuarne i contenuti, un comportamento "pigro" degli amministratori e degli apicali che fatalmente deprime la funzione preventiva, lasciando spazio ad un sistema tardivo o reattivo solo nel caso di procedimenti giudiziari notificati per contestazioni di reati presupposto. È, invece, il *management* il responsabile dell'applicazione delle prescrizioni del Modello all'interno dell'impresa. È il *management* che deve garantire la necessaria formazione in azienda, l'applicazione del codice sanzionatorio in caso di violazione, i flussi informativi e le segnalazioni di violazione all'OdV[46]. È sempre il *management* che deve assicurare il rispetto delle disposizioni del Modello consentendo i necessari controlli da parte della vigilanza e favorendo il circolo virtuoso che permette all'ente di prevenire la commissione dei reati presupposto.

Il terzo nodo riguarda la "debolezza" della vigilanza espletata dall'organismo preposto. Sul punto, se può ostare in linea teorica la nomina dell'OdV da parte del CdA, soggetto sottoposto alla vigilanza, le difficoltà di funzionamento dell'organismo sono principalmente dovute al combinato disposto di più fattori:

- l'esercizio dell'autonomo potere di controllo
- i livelli di indipendenza dell'organismo o suoi componenti;
- l'utilizzo del *budget* per l'attività di vigilanza,

peraltro non sempre messo a disposizione;
- l'approccio metodologico seguito;
- il conformismo sovente presente nei professionisti chiamati a farne parte;
- la legittimazione della funzione di vigilanza da parte del *top management*;
- l'errata percezione della vigilanza all'interno dell'organizzazione aziendale;
- la deriva autoreferenziale delle attività poste in essere.

In questo *mix* di fattori che limita la funzione dell'ufficio di vigilanza, si possono citare poi composizioni dell'organismo da evitare. Casistiche osservate direttamente riguardano la nomina a OdV monocratico di una società del socio di studio di un amministratore, commercialista con servizi contabili erogati alla medesima società attraverso società di servizi a lui riconducibile. Oppure il caso di un commercialista, componente dell'OdV, con servizi di assistenza fiscale alla società stessa. Ancora, di un componente dell'OdV con contratto per servizi di supporto alla gestione del *core business* della società grazie alle sue oggettive competenze tecniche maturate in decenni di attività in società concorrenti. E si potrebbe continuare.

Il quarto nodo riguarda, invece, il dialogo con la *governance*, gli organi di controllo societari e le funzioni aziendali. A tal proposito, si osservano specifici limiti in termini di:
- valutazione dell'organo amministrativo e dei sindaci delle informative dell'OdV;
- partecipazione dell'OdV alle delibere dell'organo amministrativo;
- partecipazione degli amministratori e degli apicali alle riunioni dell'OdV;
- scambio di informazioni con il collegio sindacale ed il revisore legale;
- informative all'OdV degli esiti dei controlli interni di secondo e terzo livello e dei controlli dei soggetti pubblici esterni.

In questo scenario di luci e di ombre, si inseriscono le norme del CCII. Senza considerare modifiche all'attuale impianto normativo del Decreto, una ghiotta occasione per rilanciare la *compliance* 231 e darle quella centralità nella gestione dell'impresa che, per l'ampiezza della sua portata, oggettivamente merita.

6. Procedure di allerta e soggetti obbligati tra governance, *compliance* 231 e controllo di gestione

Il Codice nel combinato disposto del co. 2 dell'art. 2086 c.c. e delle procedure di allerta promuove principalmente:
- cultura della prevenzione;
- libera organizzazione dell'impresa adeguata alle sue caratteristiche e dimensioni;
- circolazione mirata, tempestiva e completa di informazioni sull'andamento della gestione attuale e prospettico;
- evoluzione dei rapporti professionali tra *governance* ed organi di controllo
- capacità di tempestiva rilevazione dei segnali di crisi, intervenendo in modo concreto e proattivo per assorbire le criticità e ripristinare la continuità aziendale.

Nella sostanza, i medesimi propositi del Decreto laddove si cambi la finalità e si parli di prevenzione della commissione dei reati presupposto. Con la necessaria notazione che mentre nel Decreto le procedure di *compliance* 231 sono state affidate alle prassi che si sono via via diffuse e consolidate nel corso degli anni, anche grazie alle linee guida confindustriali e delle associazioni industriali di settore, il CCII regola in modo più cogente e specifico le procedure di rilevazione della crisi.

A tal riguardo, l'art. 14 del CCII:
- al co. 1, rende obbligatoria l'attività di verifica degli organi di controllo societari - il collegio sindacale ed il revisore legale - sugli adeguati assetti, la sussistenza dell'equilibrio economico-finanziario e l'analisi del prevedibile andamento della gestione e di segnalazione all'organo in caso di fondati indizi di crisi;
- al co. 2, regola modalità e termini per la segnalazione all'organo amministrativo prima ed eventualmente all'OCRI[47] dopo, con obbligo di informazione del collegio sindacale al revisore e viceversa;
- al co. 3, prevede che la tempestiva segnalazione all'organo amministrativo del co. 1 "costituisce causa di esonero dalla responsabilità solidale degli organi di controllo societari per le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o azioni successivamente poste in essere dal predetto organo, che non siano conseguenza diretta di decisioni assunte prima della segnalazione, a condizione che, nei casi previsti dal secondo periodo del comma 2, sia stata effettuata tempestiva segnalazione all'OCRI. Non costituisce giusta causa di revoca dall'incarico la segnalazione effettuata a norma del presente articolo". Chiaro, dunque, l'esonero dalla responsabilità da parte degli organi di controllo societari nel caso in cui l'organo amministrativo, a seguito della sollecitazione dei soggetti obbligati, ponga in essere azioni che nulla hanno a che fare con l'oggetto della segnalazione bensì riconducibili ad operazioni distrattive e/o dissipative del

patrimonio aziendale, a condizione però che sia stata effettuata la successiva segnalazione all'OCRI.

Quanto all'allerta, l'art. 13 del CCII, al co. 1, introduce gli indicatori e gli indici di crisi per far emergere la non sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e l'assenza di prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso, comunque sempre nei sei mesi successivi in caso di durata residua dell'esercizio in corso minore di sei mesi e, al co. 2, affida al Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili l'elaborazione degli indici con cadenza triennale[48].

Sul punto, da più parti è provenuta la raccomandazione di una loro necessaria contestualizzazione[49] al settore, le dimensioni ed il ciclo di vita dell'azienda - si pensi al caso di una *start-up* che nei primi anni di vita è in perdita e indebitata - per evitare applicazioni standardizzate che si tradurrebbero in allerte meccaniche con rischi di fenomeni cosiddetti di "falsi positivi" e "falsi negativi"[50]. Un approccio sartoriale per raggiungere l'obiettivo senza "ingessare" l'autonomia imprenditoriale[51]. In più, alcuni suggeriscono, in modo condivisibile, che sia opportuno ampliare la base informativa affiancando agli indicatori e indici finanziari ulteriori indici qualitativi (KPI) e di rischio (KRI) a disposizione della *governance* per gestire con responsabilità l'impresa sulla base di scelte strategiche compiute misurando, non solo i valori finanziari rivenienti dai processi contabili, ma anche l'impatto sul capitale umano, sul capitale relazionale, sul capitale intellettuale e strutturale e anche sul livello di fragilità dell'impresa rispetto ad aree di rischio come la sostenibilità ambientale o il livello di perdita di *know-how* per l'uscita di un dipendente[52] oppure ancora, in un'impresa familiare, la gestione del passaggio generazionale che rappresenta solitamente una fase critica per la vita dell'impresa: si pensi ad esempio alla presenza o meno di un adeguato livello di gestione manageriale dell'azienda oppure alla presenza di conflitti familiari, elementi che, se trascurati, possono generare crisi organizzative e sfociare in crisi finanziarie[53].

Proprio la costruzione del *set* di indici più idonei alle caratteristiche, al ciclo di vita ed al *business* dell'impresa richiama l'esigenza che si predispongano opportune procedure contabili ed extra-contabili - riferite alle altre grandezze che si intendono monitorare – in grado di garantire attendibilità, completezza e puntualità delle grandezze che si intendono misurare. Ciò postula l'attivazione di una funzione di controllo di gestione in grado di presidiare la delicata materia ed costante sinergia tra governo dell'impresa e soggetti obbligati, la cui indipendenza diventa elemento imprescindibile ai fini dell'efficacia della funzione di allerta.

I flussi informativi, attraverso l'opera degli organi delegati, sui quale ricade l'onere di organizzare il controllo della gestione teso ad assicurare costante conoscenza dell'andamento dell'impresa e dei suoi probabili sviluppi, devono pervenire all'organo amministrativo che ha la responsabilità finale di gestione e al collegio sindacale ed al revisore legale, soggetti con la responsabilità di controllo. Questo processo periodico impone aggiornamento immediato delle registrazioni della contabilità generale e di analitica, sistemi gestionali affidabili, moderni e tracciabili, nonché sistemi di reportistica completi, inclusivi di tutte le informazioni e i dati che si intendono monitorare ai fini dell'analisi della situazione e della valutazione prospettica di continuità. Attività che molte aziende eseguono già con periodicità varia, al più semestrale, e che in questa sede assumono ulteriore rilievo visto che questi flussi diventano la "cartina di tornasole" dell'adeguatezza degli assetti organizzativi funzionali alla tempestiva rilevazione della crisi, quindi, del controllo dell'andamento della gestione, della costante valutazione dell'organo amministrativo della situazione, degli interventi correttivi da porre in essere e dei risultati raggiunti nonché di proattiva verifica dei soggetti obbligati sul comportamento generale dell'impresa. In questo, sostanziandosi quell'esigenza di costante sinergia che rafforza la deontologia e le prassi in uso per l'espletamento dei delicati compiti del collegio sindacale e del revisore legale.

Quanto ai soggetti obbligati, sappiamo che il codice civile, agli artt. 2397 e seguenti, disciplina la nomina dei componenti, il funzionamento, i doveri e poteri, gli obblighi e le responsabilità del collegio sindacale. Tra essi, meritano un cenno l'art. 2399 c.c. che descrive particolari cause di ineleggibilità e di decadenza nei casi in cui il sindaco non si trovi in una posizione di indipendenza e l'art. 2403 c.c. che dettaglia i doveri di controllo del collegio sindacale che vigila su:

- l'osservanza della legge e dello statuto;
- il rispetto dei principi di corretta amministrazione;
- l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento.

L'art. 2409 bis c.c. regola, invece, le attività svolte dal revisore legale dei conti o dalla società di revisione legale con previsione statutaria di esercizio della revisione legale allo stesso collegio sindacale per le società non tenute alla redazione del bilancio consolidato. Il D.Lgs. 39 del 22 gennaio

2010 di recepimento della direttiva comunitaria 2006/43 ha riformato la materia attraverso la redazione di un testo unico coordinato, disponendo l'abrogazione di gran parte delle norme del codice civile e delle leggi speciali che risultavano piuttosto frammentate. L'art. 10 del D.Lgs. 39/2010 regola l'indipendenza e l'obiettività del revisore legale e della società di revisione legale e l'istituzione e il funzionamento di procedure idonee a prevenire e rilevare situazioni che possono compromettere l'indipendenza della funzione.

Su questa architettura normativa, il CCII, prevedendo la vigilanza dei soggetti obbligati sugli adeguati assetti organizzativi anche in funzione della tempestiva rilevazione della crisi attraverso una funzione di stimolo agli amministratori (allerta interna) e successivamente, in caso di inerzia o di risposte inadeguate, di attivazione della procedura OCRI (allerta esterna), rilancia il tema dei requisiti di indipendenza e assenza di conflitto di interessi che, dati per acquisiti con le norme di riferimento, lascia talvolta il passo a:

- concomitanti posizioni consulenziali di componenti del collegio sindacale sugli specifici servizi contabili e fiscali, erogati da società di servizi riconducibili al medesimo professionista oppure al suo studio, che, già non opportune ai sensi dell'art. 2403 c.c., lo sono divenute ancor di più dopo l'introduzione dei reati tributari nel novero dei reati presupposto ex Decreto, e adesso dei nuovi obblighi del CCII;
- presenza nel collegio sindacale di professionisti appartenenti al medesimo studio con "effetti leva" sul funzionamento dell'organo per l'implicita delega dell'attività al componente solitamente più giovane;
- posizioni in conflitto di interessi della delicata attività dei revisori legali che, ancorché ridisegnate nel corso degli anni a seguito degli scandali occorsi negli Stati Uniti nei primi anni 2000, possono lasciare ancor oggi margini di manovra per l'oggettiva difficoltà di tenuta delle "paratie" soprattutto nei grandi gruppi internazionali di revisione, consulenza fiscale, legale e direzionale[54].

Novità di fine 2020, che va nella direzione qui auspicata, si segnalano i "Principi di comportamento del Collegio sindacale di società non quotate" che, a partire dal 1° gennaio 2021, saranno utilizzabili nella versione definitivamente approvata dal CNDCEC. Le norme sono utilizzabili ai fini della relazione rilasciata ai sensi dell'art. 2429 c.c. per l'approvazione del bilancio dell'esercizio 2020. Tra le tante novità, sono stati inseriti 12 nuovi principi, la norma relativa alla vigilanza del collegio sindacale per la rilevazione tempestiva della perdita di continuità, proprio riferita alle procedure di allerta e la relativa vigilanza dei soggetti obbligati, e l'onere per il collegio sindacale di monitorare, con cadenza al più annuale, eventuali cause di incompatibilità dei suoi membri, in particolare, i requisiti di professionalità ex art. 2397 c.c. e le cause di ineleggibilità e di decadenza ex art. 2399 c.c.[55].

Il Codice, nel mettere a punto le procedure di allerta, oltre a rafforzare l'esigenza di posizioni fuori da qualsiasi situazione di conflitto di interessi, inserisce quasi surrettiziamente l'ulteriore requisito della continuità dell'attività, attraverso meccanismi di intenso scambio di informazioni, in linea del resto con l'art. 2409-septies che prevede che il collegio sindacale ed il revisore legale dei conti si scambino tempestivamente le informazioni rilevanti per l'espletamento dei rispettivi compiti. Continuità che per la vigilanza di *compliance* 231 è esplicitata dalla lettera d) dell'art. 6 del Decreto che unitamente agli autonomi poteri di iniziativa e controllo della vigilanza della lettera b) del medesimo articolo hanno consolidato nel tempo la necessità e l'opportunità, alla luce delle delicate funzioni da svolgere, che l'organismo sia posto al massimo livello gerarchico aziendale, dunque a riporto diretto dell'organo amministrativo, senza alcuna forma dipendenza o subordinazione gerarchica, con una funzione inserita in forma esplicita nell'organizzazione aziendale.

La possibilità offerta dalla normativa con la Legge di stabilità del 2012 di nominare il collegio sindacale quale organismo di vigilanza ha aperto un ampio dibattito dottrinale su questa opzione, soprattutto nel caso di identità completa tra collegio sindacale e OdV[56]. Parte della dottrina[57], alla quale si aderisce, ha espresso dubbi in ordine alla sovrapposizione totale dei due ruoli per molteplici ragioni tra le quali la mancanza di continuità d'azione tipica del collegio sindacale – che il Codice imporrà nella pratica di acquisire - l'attribuzione allo stesso organo della funzione di OdV da parte dell'organo amministrativo e non dell'assemblea dei soci che nomina invece il collegio sindacale, il rischio di indipendenza ex art. 2399 c.c., il conflitto di interessi per le attività svolte dal collegio sindacale a rischio reato e la possibile carenza di professionalità specifica[58].

L'esperienza sul campo ha reso manifesta la convenienza di non sovrapporre le due funzioni[59], semmai di valutare la possibilità di nominare un componente del collegio sindacale nell'organismo di vigilanza collegiale. Benefici indiscutibili si possono ricavare da questa scelta, quantomeno sul piano dello scambio di informazioni, pressoché automatico, tra soggetti preposti al controllo e tra

organo amministrativo e organismo di vigilanza per il tramite dello stesso collegio sindacale. La nomina renderebbe operativo, inoltre, il flusso di informazioni dalla vigilanza verso l'organo di controllo per gli ambiti di *compliance* 231 sensibili al controllo del collegio sindacale, ed in prospettiva dell'allerta, aprirebbe la possibilità per l'organismo di vigilanza di ricevere informazioni tempestive sulle criticità rilevate in occasione delle verifiche ad esempio trimestrali del collegio oppure a situazioni di difficoltà dell'impresa che, come si è detto in precedenza, determinerebbero profili di rischio più elevati di alcune attività sensibili.

Sinergia che, per la verità, dovrebbe prescindere dalla nomina di un componente del collegio sindacale nell'OdV visto che il collegio sindacale, nell'ambito delle sue prerogative istituzionali relative al controllo di legalità, ha responsabilità in ordine alla formazione del bilancio (attività sensibile ai reati societari di cui all'art. 25-ter), in materia di antiriciclaggio ex D.Lgs. 231/2007 (attività sensibile ai reati di riciclaggio e di impiago di capitali di provenienza illecita di cui all'art. 25-octies), in materia di *privacy* e GDPR (attività sensibili ai delitti informatici di cui all'art. 24-bis), in materia di sicurezza e tutela della salute dei lavoratori di cui al D.Lgs. 81/2008 (attività sensibili ai reati di omicidio colposo e lesioni gravi e gravissime di cui all'art. 25-septies), in materia di tutela ambientale di cui al D.Lgs. 152/2006 (attività sensibili di cui all'art. 25-undecies). Attività che come si è evidenziato sono esposte al rischio di responsabilità amministrativa dell'ente.

Sinergia che solitamente risulta ancor più intensa laddove il componente interno, presente nell'organismo di vigilanza, appartenga alla funzione di *internal audit* o, in mancanza, ad una funzione (*risk management* & *compliance*, legale, qualità, sicurezza e ambiente), deputata tipicamente ai controlli di 2° livello. Elementi questi che si inseriscono nel moderno sistema dei controlli interni, secondo la visione denominata Sistema di Controllo Integrato (SCI).

L'esigenza di massima integrazione dei diversi attori in campo diventa ancor più attuale con le future norme del Codice. Laddove vi sia un sindaco unico oppure un organismo di vigilanza monocratico – si tratta soprattutto di società di piccole dimensioni obbligate all'organo di controllo societario sulla base delle nuove soglie di legge – si dovrà preferibilmente optare per una soluzione separata, preferibile del resto onde evitare concentrazione di funzioni di vigilanza e controllo in capo ad un unico soggetto, obbligato peraltro alla gestione dell'allerta del CCII.

Nel quadro dianzi descritto, i flussi informativi del controllo della gestione da garantire tempo per tempo all'organo amministrativo ed ai soggetti obbligati diventano il cuore della funzione di allerta. Per sviluppare procedure e modalità operative in grado di assolvere alla delicata funzione, occorrerà certamente uno sforzo organizzativo da svilupparsi secondo quei principi generali che si sono richiamati nell'ambito della *compliance* 231:

- Regolamentazione: organizzazione interna del sistema di prevenzione e gestione della crisi con definizione di apposite procedure tra le quali la valutazione periodica del livello di vulnerabilità e sicurezza dei sistemi ai fini della *business continuity*.
- Segregazione: presenza di più attori nell'intero processo di prevenzione della crisi avendo attenzione a distinguere tra organi delegati che "curano", organo sociale che "valuta" e soggetti obbligati che vigilano[60].
- Tracciabilità dei dati: presenza di sistemi abilitanti in grado di garantire affidabilità e *track record* delle registrazioni contabili (generali e di analitica) e degli applicativi integrati al sistema gestionale per la produzione degli indici e dei *report* di controllo di gestione ed eventualmente degli altri indici a corollario.
- Controllabilità *ex post*: procedure di gestione delle richieste di approfondimento dell'organo amministrativo e dei soggetti obbligati in ordine ai contenuti dei report ricevuti.
- Integrazione dei flussi informativi: messa a punto dei flussi provenienti dalle altre funzioni, dalle funzioni di controllo interno di 2° e 3° livello[61] e dalla funzione di vigilanza e definizione dei flussi opposti, ad esempio dall'organo amministrativo e dai soggetti obbligati alla vigilanza, per valutare situazioni aziendali che possano aumentare i profili di rischio, dunque orientare in modo opportuno la vigilanza.

La moltitudine di attori in campo, la complessità organizzativa, l'esigenza di efficienza e razionalizzazione dei processi e la necessaria differenza tra le diverse tipologie di flussi rendono opportuno ipotizzare un coordinamento in cui i "singoli pezzi" vadano a comporre un mosaico unico, il più possibile funzionale ed efficiente per limitare ridondanze, "vuoti", disguidi funzionali rispetto a due materie cardine per la buona gestione, la competitività dell'impresa e la sua continuità operativa.

7. Verso un Modello unico di prevenzione dei reati e della crisi?

Come argutamente osservato da autorevole

dottrina, il Decreto postula un'attività di costante e dinamica valutazione e gestione dei rischi attraverso continue attività di adeguamento organizzativo, evoluzione dei presidi di controllo e di rimodulazione dei comportamenti aziendali.
Per interpretare al meglio i canoni imposti dal Codice, il Modello dovrà valutare l'introduzione di opportuni presidi in grado di garantire la tempestiva trasmissione all'organo amministrativo ed ai soggetti obbligati di quei fatti di gestione, criticità organizzative, inadeguatezze procedurali che per i loro contenuti possono ravvisare l'esistenza di sentori e primi indizi di crisi[62].
Crisi d'impresa, è bene ripeterlo, che può essere generata non solo da cattive pratiche aziendali ma anche da fattori di mercato, dunque esogeni all'impresa, che nulla hanno a che vedere con i difformi comportamenti gestionali. Sebbene, come detto in precedenza, i fattori esogeni all'impresa possano generare cattive pratiche indotte, financo atti di mala gestio, in un circolo vizioso nel quale le imprese possono avvitarsi pericolosamente.
In questo nuovo contesto, le finalità del Decreto restano immutate e distinte rispetto a quelle del CCI: un doveroso e necessario distinguo che permette però di avvicinare questi "due mondi" e scongiurare confusione di ruoli, indebite sovrapposizioni ed interpretazioni promiscue[63].
Pur consapevoli delle difficoltà di interpretazione di alcuni passaggi e dell'altrettanto difficoltosa fase di attuazione, lo spunto dettato dall'esperienza delle società in controllo pubblico che con direttiva ANAC[64] hanno integrato le misure anticorruzione ex L. 190/2012 e le misure previste dal loro Modello ex Decreto, potrebbe risultare utile.
Per regolare in modo univoco ed integrato l'ampia materia trattata, si suggerisce di inserire nel Modello, un documento integrativo, una Parte Speciale "Prevenzione della crisi d'impresa" nella quale descrivere il sistema organizzativo-aziendale di prevenzione della crisi.
Il Modello di prevenzione dei reati presupposto e prevenzione della crisi intende creare un unico ambiente organizzativo ed operativo in grado di garantire la "rete di protezione" all'impresa costituita dalla collaborazione dei soggetti dell'impresa che hanno ruolo nelle delicate materie per le quali necessitano di continui scambi e informazioni per l'espletamento dei loro compiti istituzionali. Anche al fine di minimizzare il rischio di omissione di "alert" rilevanti quali la revoca di affidamento bancario, la notifica di una messa in mora o di un decreto ingiuntivo piuttosto che il ritardo nel pagamento di imposte, tasse, oneri previdenziali oppure il rischio di alterazione degli indici ed evitare che il dato prognostico risulti "inquinato" da sottovalutazioni, edulcorazioni ed omissioni. Se la reportistica periodica tramite indicatori e indici selezionati è la base del monitoraggio anticrisi, occorre che il sistema aziendale, attraverso le altre funzioni di controllo e la vigilanza, garantisca all'organo amministrativo ed i soggetti obbligati tutte le ulteriori informazioni a contorno.
La Parte speciale cui si fa riferimento è proposta nella seguente articolazione di massima:

1. Organizzazione per la prevenzione della crisi e la gestione dell'allerta

L'organizzazione deputata alla rilevazione tempestiva dei segnali di crisi e la gestione dell'allerta sarà verosimilmente esplicitata tra le deleghe conferite dall'organo sociale al soggetto delegato, pur ricadendo la responsabilità finale sull'intero organo sociale.
In questa sezione, si dovrà descrivere l'organizzazione che si assume l'onere di garantire il costante di monitoraggio degli indicatori, gli indici e le altre grandezze selezionate ai fini della prevenzione della crisi. L'organizzazione sarà incentrata sulla responsabilità del soggetto delegato e sulle funzioni aziendali le cui responsabilità gestionali sono coerenti con l'obiettivo di:

- produrre ed assicurare i necessari flussi informativi all'organo amministrativo ed ai soggetti obbligati (ad esempio il servizio di controllo di gestione);
- rispondere in modo proattivo alle richieste di approfondimento dell'organo sociale o stimolate dai soggetti obbligati (ad esempio la direzione amministrazione e finanza);
- pilotare l'adeguamento degli assetti organizzativi (ad esempio la direzione organizzazione e personale);
- intercettare i primi "sentori" di crisi (ad esempio la direzione commerciale, la direzione vendita, la gestione del credito, …).

Il coordinamento e funzionamento del controllo di gestione saranno affidati al soggetto delegato alla gestione (amministratore delegato) e parzialmente devolute a suo eventuale riporto fiduciario (direttore generale).

1. Organismo deputato alla valutazione periodica degli assetti e del funzionamento delle procedure di allerta

In questa sezione, occorrerà descrivere la funzione incaricata di effettuare, con la dovuta periodicità, la valutazione degli assetti organizzativi, la completezza, adeguatezza e affidabilità dei flussi informativi attivati, il funzionamento delle procedure di allerta, informando tempo per tempo l'organo amministrativo degli esiti delle attività svolte e di qualsiasi eventuale criticità, disfunzione, conflitto di interessi che possa

minare l'efficacia del sistema anticrisi. La scelta potrebbe ricadere su un organismo collegiale, ad esempio un comitato composto da soggetti senza deleghe gestionali (amministratori non esecutivi, amministratori indipendenti), referenti di funzioni di controllo (*internal audit, compliance office, risk manager*), funzioni di staff a riporto del presidente (legale, affari societari) che valuterà con approccio indipendente la capacità dell'impresa di auto-organizzarsi per assicurare le corrette procedure ai fini della prevenzione della crisi.

1. Organizzazione dei flussi informativi

In questa sezione, occorrerà descrivere il *set* di indici e indicatori selezionati per il monitoraggio dell'andamento della gestione dell'impresa con le motivazioni alla base della loro scelta, se del caso supportata da soggetto esterno indipendente, i sistemi operativi in uso per la registrazione dei dati contabili, le procedure contabili di chiusura dei bilanci infrannuali, le modalità di calcolo (contabile o extracontabile) del *set* di indicatori e indici selezionati e le eventuali ulteriori grandezze selezionate (KPI e KRI) per il monitoraggio. Infine, le modalità operative di invio dei *report* periodici all'organo amministrativo ed ai soggetti obbligati. In sostanza, si tratta della descrizione operativa del sistema di *reporting*, il "pannello di controllo" tarato sulla tipologia e dimensione di impresa che consentirà all'organo amministrativo la costante valutazione della situazione e agli organi di controllo la necessaria verifica, dando concretezza così alla qualificazione di adeguatezza degli assetti di cui al co. 2 dell'art. 2086 e delle sue finalità integrative ai fini della prevenzione della crisi[65].

Al pari di come il MOGC deve fare con i flussi verso l'OdV, questa parte dovrà descrivere le procedure operative per garantire completezza e tempestività dei report all'organo amministrativo ed ai soggetti obbligati. Punto ineludibile di questa parte del documento è la previsione e descrizione di particolari rafforzamenti dei presidi per le registrazioni contabili ed il processo di predisposizione dei bilanci infrannuali e di esercizio, che dovrà tradursi in esecuzione di controlli interni e apposite segregazioni e verifiche da parte dei soggetti obbligati in grado di assicurare veridicità e oggettività dei dati contabili e prudenza delle poste valutative.

1. Organizzazione di ulteriori flussi informativi

In questa sezione, si descriveranno la gestione di flussi informativi integrativi da e verso l'organo amministrativo ovvero sia:

- gli esiti delle attività di *internal audit* e delle funzioni di controllo di 2° livello verso l'organo amministrativo riferiti a criticità che abbiano rilevanza ai fini dell'equilibrio economico-finanziario;
- i flussi informativi della vigilanza verso l'organo amministrativo riferiti ad anomalie e/o violazioni del Modello che possono rappresentare primi sentori di crisi oppure che possono generare nel tempo squilibri economico-finanziari;
- i flussi informativi opposti, dall'organo amministrativo all'organismo di vigilanza, in ordine a situazioni di crisi in atto per consentire di presidiare attività particolarmente esposte in tempo di crisi e consentire all'organismo preposto di orientare in modo opportuno la vigilanza;
- gli esiti di *audit* specifici condotti ad esempio a seguito di notifiche di procedimenti giudiziari oppure di segnalazioni di violazione al Modello dall'organismo di vigilanza verso l'organo amministrativo che possono intercettare fatti di gestione che, per la loro natura, possono rappresentare indizi di crisi;
- le segnalazioni dei soggetti obbligati di cui all'art. 14 del CCII dall'organo amministrativo verso la vigilanza;
- le segnalazioni dei soggetti obbligati esterni di cui all'art. 15 del CCII dall'organo amministrativo verso i soggetti obbligati di cui all'art. 14 del CCII e la vigilanza.

Nell'ambito della predisposizione del bilancio annuale, la relazione di gestione dovrà indicare l'attività svolta dall'organo amministrativo ai fini del rispetto degli adeguati assetti organizzativi anche in funzione della tempestiva rilevazione della crisi, gli eventuali casi di allerta interna ed esterna, i relativi esiti nonché la valutazione delle prospettive di continuità aziendale. Si tratta del principale flusso informativo verso i terzi che contiene in sé la garanzia per i fornitori, gli istituti bancari, i clienti, i dipendenti, in generale gli *stakeholders*, del livello di affidabilità dell'impresa e delle sue prospettive di effettiva continuità operativa.

Per le imprese che non adottano il Decreto, dunque prive di Modello, si raccomanda la predisposizione di un Modello di prevenzione della crisi *stand alone*, oggetto di apposita deliberazione da parte dell'organo amministrativo, quale atto di assunzione di responsabilità verso le disposizioni del Codice.

La proposta di progettazione di un Modello unico intende consentire, soprattutto nella prima fase di attuazione, di indirizzare convenientemente la materia e limitare al massimo i fenomeni riscontrati nell'applicazione del Decreto quali:

- Inerzia organizzativa.
- Allungamento dei tempi di attivazione delle procedure.

- Difficoltà di ricezione delle informazioni necessarie.
- Deriva burocratica e formale.
- Confusione di ruolo tra soggetti diversi.
- Conflitto di interessi dei professionisti.
- "Crisi di rigetto" delle imprese.

L'attuazione del Modello unico secondo le specifiche progettate consentirà di sviluppare intrinseche e permanenti capacità di *turnaround* nella gestione del *business* dell'impresa, consentendo non solo opportune valutazioni economico-finanziarie e patrimoniali ai fini dell'analisi dell'andamento di gestione e del mantenimento della continuità aziendale ma anche di valutare contesti estremi tramite piani e *stress test*[66] che consentano all'azienda la predisposizione di piani anticipatori di *recovery* in grado di fornire coerenti e concrete risposte per prevenire la crisi, anche in chiave di correttezza comportamentale e prevenzione della commissione dei reati presupposto.

8. Conclusioni

Nell'ambito del percorso evolutivo tratteggiato, legittime perplessità potrebbero provenire da chi teme di costruire organizzazioni che invece di produrre ricavi, margini e profitti finiscano per occuparsi prevalentemente di prevenire rischi e controllare le attività. Per esorcizzare questi dubbi, peraltro infondati in quanto stiamo parlando sempre di gestione e della sua intrinseca necessità di sviluppare presidi di controllo quale contrappeso del potere decisionale e di utilizzo delle risorse, si suggerisce grande cautela nei processi di cambiamento e intervento sempre caratterizzati da proporzionalità, flessibilità e personalizzazione, messi a fuoco quindi dopo compiute ed approfondite analisi della storia aziendale, dell'organizzazione e della caratteristiche *business*, valutazioni dei rischi, attività di sensibilizzazione e formazione dei livelli apicali.

Pur nella suggestione del titolo del capitolo precedente, a vent'anni dall'entrata in vigore del Decreto e in presenza di un quadro normativo oramai fortemente orientato alla prevenzione di patologie e criticità che possono causare danni all'impresa e distorsioni di mercato, la proposta può non solo facilitare l'attuazione delle nuove norme del CCII ma incidere anche sulla progressiva soluzione degli attuali nodi della *compliance* 231:

1. È probabile, infatti, che nella sinergia tra prevenzione dei reati e prevenzione della crisi si riduca l'utilizzo di Modelli preconfezionati. Il *prêt-à-porter* e l'indulgenza verso Modelli *cut and paste,* orientati al costo più basso e alla minimizzazione dell'impatto sull'organizzazione, hanno dimostrato i loro limiti ed il nuovo quadro normativo del CCII postula approcci opposti ossia mirati e fortemente personalizzati. Per la verità, chiara a riguardo era la direzione di marcia che l'impresa avrebbe dovuto intraprendere anche con l'emanazione del Decreto e il previgente quadro normativo. Tuttavia, con l'ulteriore scatto in avanti del Codice, la customizzazione diventa elemento indispensabile e decisivo per il governo d'impresa, utile anche per esaltare la funzione educativa e sociale dell'azienda quale volano di sviluppo del territorio. In questo contesto, gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili per come richiamati dal co. 2 dell'art. 2086 c.c. trovano nelle procedure di *compliance* 231 e le procedure di allerta un binomio quanto mai prezioso anzi, a parere dello scrivente, irrinunciabile.
2. È assai probabile che la suggestione di un Modello unico possa spingere l'organo sociale ad attuare con maggiore convinzione le disposizioni in esso previste, motivato dalla "forza" e l'impatto della normativa sulla prevenzione della crisi. La salvaguardia della continuità aziendale, più vicina alle "corde" degli amministratori e dei soci di quanto non sia il tema della prevenzione dei reati presupposto, può verosimilmente rappresentare nuovo stimolo per sciogliere l'apparente *trade off* tra competitività e legalità ed affrontare con lungimiranza il tema della responsabilità sociale e dello sviluppo sostenibile dell'impresa, fornendo carburante al serbatoio della macchina che deve implementare le disposizioni del Modello.
3. È anche probabile, che in questo rinnovato contesto, la spinta verso gli adeguati assetti organizzativi e le procedure di allerta possano fungere da catalizzatore dell'azione di vigilanza, favorendo l'inserimento dell'OdV nel circuito aziendale anche a garanzia della continuità di azione che il Decreto postula, facendo uscire questo particolare ufficio aziendale dal "limbo" nel quale troppo spesso si trova.
4. È, infine, auspicabile che in questo percorso virtuoso si possa innescare un'osmosi proficua tra i diversi soggetti coinvolti, grazie alla forza insita che i "soggetti obbligati" hanno ed avranno a partire dal 1° settembre 2021.

Alcune ulteriori riflessioni finali:

- *Business judgement rule*: la regola di origine anglosassone secondo la quale l'agire dell'organo sociale si presume corretto e non criticabile sino alla prova contraria di violazione di un *duty of care,* fa da schermo alla

responsabilità degli amministratori laddove le decisioni aziendali siano state prese sulla base di diligenti, prudenti e ragionevoli valutazioni, anche nel caso in cui da tali decisioni ne siano derivati esiti negativi e danni per l'impresa. Non si giudica, dunque, del contenuto della decisione ma solamente del rispetto o meno delle regole di diligenza nell'assumere la decisione e nel perseguire in buona fede il bene della società. Con il richiamo del CCII all'obbligo degli amministratori di garantire adeguati assetti, è dibattuto in dottrina l'impatto della novella sulla responsabilità degli amministratori e la possibilità che si registri una significativa rivisitazione del principio di insindacabilità delle scelte gestionali. Da un lato, chi sostiene che la novella non ha modificato nella sostanza l'impianto giuridico precedente ed il nuovo obbligo accentua il carattere di strumentalità delle scelte organizzative rispetto alla gestione[67]. Dall'altro, chi evidenzia che il principio di adeguatezza potrà essere inteso come limite all'insindacabilità dell'attività gestionale e che, dunque, l'inadeguatezza del sistema organizzativo societario potrà divenire facile mezzo per imputare *ex post* la responsabilità della crisi all'organo gestorio. Se la mancata configurazione di adeguati assetti organizzativi è oggi violazione di un espresso dovere degli amministratori, è indiscutibile che si tratti di elemento ai fini della valutazione della gestione, dunque nella responsabilità degli amministratori[68]. Il discrimine, dunque, risulta tenue visto che le scelte organizzative sono assunte per la gestione e nella gestione, prese in via presuntiva dopo valutazioni attente e ponderate: è il caso, ad esempio, della scelta aziendale di non applicare il Decreto da cui però sia derivato un danno all'impresa per l'irrogazione di una sanzione alla società per riconoscimento della responsabilità amministrativa.

- *Social accountability*: le auspicate evoluzioni rendono merito ai principi di responsabilità sociale e sviluppo sostenibile oramai in voga nelle imprese che trovano un importante "puntello" in questo sforzo organizzativo preventivo finalizzato a contrastare cattivi comportamenti aziendali, commissione di reati presupposto, sottovalutazioni di indizi di crisi, inerzia aziendale nella gestione della crisi, mancanza di attenzione nei confronti dei creditori aziendali e dell'intero indotto economico.
- Nuovi *standard* di *governance*: l'auspicio è che la "distanza" tra funzione di governo e controlli si riduca a favore di funzionalità più pregnanti e controlli più tempestici ed effettivi, orientati al "cuore" dei problemi aziendali. Laddove ciascuna responsabilità sia inequivoca: agli organi delegati sono affidati i compiti di "cura" degli adeguati assetti in quanto soggetti con attività quotidiana e continua; all'organo amministrativo la costante "valutazione" di adeguatezza degli assetti[69], anche attraverso le funzioni di controllo di 3° livello (*internal audit*) e di 2° livello; ai soggetti obbligati la "verifica" degli adeguati assetti organizzativi e l'eventuale azione di stimolo attraverso le procedure di allerta e le loro responsabilità di legge.
- Rapporto tra organo amministrativo e funzione di vigilanza: nel circolo virtuoso descritto, si auspica il rinforzo della *compliance* 231 ad esempio con partecipazioni più frequenti alle adunanze dell'organo sociale e con responsabilità delegate ad un amministratore non esecutivo o indipendente per la gestione del rapporto con l'OdV. L'attività di vigilanza che si esplica in una funzione con poteri autonomi di iniziativa e controllo, incentrata sulla costante valutazione dell'applicazione e dell'efficacia di funzionamento del Modello, se calata all'interno della previsione dell'art. 2086, diventa prezioso osservatorio in tempo reale dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile dell'impresa. A patto però che le informazioni affluiscano per tempo all'OdV. Pena una vigilanza formale, vuota, asincrona con evidenti conseguenze, tra le quali, la stessa difficoltà di avvalersi dell'esimente previsto dalla normativa. A fronte di raccomandazioni dell'OdV che non hanno seguito, il collegio sindacale dovrà prontamente stimolare l'organo sociale, a maggior ragione qualora le criticità rilevate siano sintomatiche di indizi di crisi oppure dalle criticità rilevate ne derivino rischi di futuri squilibri economico-finanziari. In caso di inerzia dell'organo sociale e dell'organizzazione, il potenziale "atto di accusa" che solitamente rimane "imprigionato" negli stessi verbali dell'OdV, solitamente trascritti in un libro vidimato per dare certezza della data, potrà essere rimosso dalla proattività con la quale i soggetti obbligati reagiranno attraverso le procedure di allerta. Viceversa, quei verbali e quell'inerzia saranno testimonianza dell'inenrzia aziendale e oggetto di eventuale esame dell'autorità giudiziaria laddove la stessa sia chiamata a valutare i comportamenti dell'impresa in tema di responsabilità amministrativa.
- Rapporto tra soggetti obbligati e organismo

di vigilanza: collegio sindacale, revisore legale, OdV devono rafforzare il loro rapporto di collaborazione nell'ambito del quale deve prevalere metodo e scambio di informazioni; l'OdV potrà valutare il Modello nell'ottica del dettato del co. 2 dell'art. 2086 e, in una situazione di crisi, vigilare con attenzione sulla violazione del Modello e su eventuali condotte illecite finalizzate a "celare" o "risolvere" la crisi quali, ad esempio, la falsificazione di bilanci, gli illeciti tributari, l'indebita richiesta di contributi o di agevolazioni pubbliche o l'indebito utilizzo delle stesse[70]. I nuovi "Principi di comportamento del Collegio sindacale di società non quotate", recentemente pubblicati dal CNDCEC, disciplinano i rapporti tra collegio sindacale e OdV, nella norma 5.5 "Rapporti con l'Organismo di Vigilanza", che dispone: "*Ai fini dello svolgimento dell'attività di vigilanza, il Collegio sindacale acquisisce informazioni dall'organismo di vigilanza in merito alla funzione ad esso assegnata dalla legge al fine di vigilare sull'adeguatezza, sul funzionamento e sull'osservanza del Modello adottato ex D.Lgs. n. 231/2001. Il Collegio sindacale verifica che il Modello preveda termini e modalità dello scambio informativo dell'Organismo di Vigilanza a favore dell'organo amministrativo e dello stesso Collegio sindacale.*". Il dialogo saldo e continuo è obbligato ed è vitale che l'impresa benefici dell'attività di questi organi e organismi indipendenti che, pur da angoli visuali diversi, sono accomunati dal medesimo obiettivo di proteggere l'impresa e creare una robusta rete di protezione rispetto a indesiderate derive e criticità di gestione.

Nel nome delle buone prassi di gestione e dell'etica aziendale occorre assumere, soprattutto in situazioni di crisi estrema, comportamenti corretti e trasparenti nell'ambito della direzione e controllo dell'impresa con approcci improntati alla piena responsabilità e all'azione del buon padre di famiglia[71]. Il COVID-19, pur nell'enorme impatto negativo sull'economia può fungere, nel medio periodo, da catalizzatore di nuove positive energie per la gestione d'impresa. Si pensi, ad esempio, al rinnovato e obbligato impegno sui temi della sicurezza e della tutela della salute dei lavoratori, dunque l'osservanza del D.Lgs. 81/2008, troppo spesso relegato quale tema per i "soli addetti ai lavori". Il raccordo dei controlli interni diventa fondamentale e prezioso al pari della costante valutazione dei rischi aziendali; occorre sempre di più insistere sul concetto di prevenzione che anche il Codice intende promuovere, assumendo quale riferimento approcci sistematizzati e strutturati di gestione del rischio e di adeguamento alle normative. Anche i professionisti ed esperti che si occupano di applicazione del Decreto devono fornire il loro contributo; costante aggiornamento professionale, ricerca delle *best practice* e delle misure di controllo più idonee, approcci multidisciplinari (legali, gestionali, tributarie, compliance, tecniche, settoriali) e personalizzati diventano requisiti sempre più stringenti per chi volesse affrontare con metodo la materia e proporsi sul mercato. La customizzazione deve contraddistinguere l'approccio alla *compliance* 231 per ottimizzare l'apporto della consulenza esterna con un percorso attuativo iterativo, di continuo miglioramento rispetto ad una materia divenuta oramai molto complessa e articolata. Il percorso può far compiere un salto di qualità organizzativo e gestionale dell'impresa, un salto di managerialità per coloro che amministrano con piglio, sacrificio e lungimiranza, ma anche con alcune sottovalutazioni rispetto all'apparente dicotomia tra legalità e competitività e ai primi sentori di crisi. La necessità di dotarsi di adeguati assetti organizzativi non comporterà un aggravio di costi: anzi maggiore sarà la personalizzazione e l'attento studio della realtà organizzativa dell'impresa e delle caratteristiche del suo *business* minore sarà nel tempo il costo sostenuto. In più, si privilegerà l'ottica imprenditoriale dell'investimento finalizzato a rafforzare la solidità dell'impresa, grazie alla costruzione di uno scudo di protezione da minacce interne ed esterne che l'azienda incontra nel suo incedere[72].

Se il presente contributo è condivisibile, ai diversi attori richiamati spetta il compito di approfondire queste proposte. Spetta poi alle imprese il compito della concretezza, con prime esperienze in grado di mettere sul campo ed affinare modelli organizzativi unici e procedure di *compliance* 231 e di allerta integrate, funzionanti ed efficaci, espressione di quella qualificazione organizzativa che è esigenza primaria per il funzionamento dell'azienda, anche quale manifestazione della sua affidabilità nei confronti degli *stakeholder* e, quindi, fonte di competitività sul mercato e di continuità operativa permanente.

Ben lontana, dunque, dalle risposte di minima rispetto a norme di legge vissute come orpelli burocratici. Ben distante dalle risposte cosmetiche vissute come mera polizza assicurativa.

Oggi limiti culturali non più sostenibili.

1 Tra i rinvii, importante da sottolineare che il D.L. del 19 maggio 2020, n. 34 (Decreto Rilancio), convertito in Legge 17 luglio 2020, n.77, ha disposto l'adeguamento alle previsioni dell'art. 2477 c.c., come novellato dal CCII, "entro la data di approvazione dei bilanci relativi all'esercizio 2021, di cui al co. 2 dell'articolo 2364 c.c.". Con rinvio, dunque, al 2022, della verifica dei limiti di obbligatorietà dell'organo di controllo o del revisore legale da effettuarsi in relazione al biennio 2020-2021.

2 S. D'Alessio, La crisi d'impresa è in stallo, Italia Oggi, 22 settembre 2020

3 Cfr. Relazione illustrativa su Schema di Decreto Legislativo recante "Codice della Crisi di impresa e dell'insolvenza" di novembre 2018: "L'importanza di questo obiettivo è molto evidente poiché le possibilità di salvaguardare i valori di un'impresa in difficoltà sono direttamente proporzionali alla tempestività dell'intervento risanatore, mentre il ritardo nel percepire i segnali di una crisi fa sì che, nella maggior parte dei casi, questa degeneri in vera e propria insolvenza sino a divenire irreversibile.".

4 D. Moncalvo, *Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza – Le procedure di allerta e composizione della crisi ed i possibili effetti in termini di compliance 231*, www.aodv231.it, 27 maggio 2019.

5 M. Irrera, *La business judgement rule e gli adeguati assetti*, Società e Contratti. Bilancio e Revisione, Giugno 2020.

6 L'art. 2 del CCII definisce l'ambito di applicazione e le tipologie di debitore alle quali si applica la gestione della crisi e dell'insolvenza ed i soggetti cui si applica invece la disciplina del sovraindebitamento.

7 Comitato Corporate Governance, *Codice di corporate governance*, Gennaio 2020.

8 G. Spataro, *La Corporate Governance delle Società Quotate: il nuovo Codice,* www.iusinitinere, 3 marzo 2020.

9 AIDAF, *Principi per il Governo delle Società Non Quotate a Controllo Familiare – Codice di Autodisciplina,* Università Bocconi, Ottobre 2017.

10 M. Pollio, *Più difficile la crisi d'impresa*, Italia Oggi, ottobre 2020.

11 Art. 2257 c.c., il co. 1 *è sostituito dal seguente: "L'istituzione degli assetti di cui all'articolo 2086, secondo comma, spetta esclusivamente agli amministratori. Salvo diversa pattuizione, l'amministrazione della società spetta a ciascuno dei soci disgiuntamente dagli altri."* Art. 2380-bis, c.c., al co. 1 è aggiunto, in fine, il seguente periodo: "L'istituzione degli assetti di cui all'articolo 2086, secondo comma, spetta esclusivamente agli amministratori." Art. 2409-novies c.c., al co. 1, dopo il secondo periodo è aggiunto il seguente: "L'istituzione degli assetti di cui all'articolo 2086, secondo comma, spetta esclusivamente al consiglio di gestione.". Art. 2475 c.c., il co. 1 *è sostituito dal seguente: "L'istituzione degli assetti di cui all'articolo 2086, secondo comma, spetta esclusivamente agli amministratori. Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'amministrazione della società è affidata a uno o più soci nominati con decisione dei soci presa ai sensi dell'articolo 2479.*

12 Il co. 3 dell'art. 2381 c.c. prevede, per le società per azioni, che il consiglio di amministrazione sulla base delle informazioni ricevute valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società e al co. 5 che gli organi delegati curano che gli assetti siano adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa riferendo all'organo amministrativo ed al collegio sindacale sul generale andamento di gestione e sulle sue prevedibili evoluzioni.

13 Cfr. Nota 1 del presente contributo.

14 Co. 2 dell'art. 2477 c.c.: "La nomina dell'organo di controllo o del revisore è obbligatoria se la società: a) è tenuta alla redazione del bilancio consolidato; b) controlla una società obbligata alla revisione legale dei conti; c) ha superato per due esercizi consecutivi almeno uno dei seguenti limiti: 1) totale dell'attivo dello stato patrimoniale: 4 milioni di euro; 2) ricavi delle vendite e delle prestazioni: 4 milioni di euro; 3) dipendenti occupati in media durante l'esercizio: 20.". Co. 3: "L'obbligo di nomina dell'organo di controllo o del revisore di cui alla lettera c) del terzo comma cessa quando, per tre esercizi consecutivi, non è superato alcuno dei predetti limiti."

15 Art. 12 co. 1 del CCII: "Costituiscono strumenti di allerta gli obblighi di segnalazione posti a carico di soggetti di cui agli art. 14 e 15 finalizzati, unitamente agli obblighi organizzativi posti a carico dell'imprenditore dal codice civile, alla tempestiva rilevazione degli indizi di crisi dell'impresa ed alla sollecita adozione delle misure più idonee alla sua composizione.". Art. 13 co. 1 del CCII: "Costituiscono indicatori di crisi gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore, tenuto conto della data di costituzione e di inizio dell'attività, rilevabili attraverso appositi indici che diano evidenza della non sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e dell'assenza di prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso o, quando la durata residua dell'esercizio al momento della valutazione è inferiore a sei mesi, nei sei mesi successivi. A questi fini, sono indici significativi quelli che misurano la non sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare e l'inadeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi. Costituiscono altresì indicatori di crisi ritardi nei pagamenti reiterati e significativi, anche sulla base di quanto previsto nell'articolo 24.". Art. 14, co. 1 del CCII: "Gli organi di controllo societari, il revisore contabile e la società di revisione, ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni, hanno l'obbligo di verificare che l'organo amministrativo valuti costantemente, assumendo le conseguenti idonee iniziative, se l'assetto organizzativo dell'impresa è adeguato, se sussiste l'equilibrio economico finanziario e quale è il prevedibile andamento della gestione, nonché di segnalare immediatamente allo stesso organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi della crisi.".

Art. 14, co. 2 del CCII: "La segnalazione deve essere motivata, fatta per iscritto, a mezzo posta elettronica certificata o comunque con mezzi che assicurino la prova dell'avvenuta ricezione, e deve contenere la fissazione di un congruo termine, non superiore a trenta giorni, entro il quale l'organo amministrativo deve riferire in ordine alle soluzioni individuate e alle iniziative intraprese. In caso di omessa o inadeguata risposta, ovvero di mancata adozione nei successivi sessanta giorni delle misure ritenute necessarie per superare lo stato di crisi, i soggetti di cui al comma 1 informano senza indugio l'OCRI, fornendo ogni elemento utile per le relative determinazioni, anche in deroga al disposto dell'articolo 2407, primo comma, del codice civile e dell'articolo 9-bis, commi 1 e 2, del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 39 quanto all'obbligo di segretezza. Gli organi di controllo societari, quando effettuano la segnalazione, ne informano senza indugio anche il revisore contabile o la società di revisione; allo stesso modo, il revisore contabile o la società di revisione informano l'organo di controllo della segnalazione effettuata.". Art. 14 co. 3 del CCII: "La tempestiva segnalazione all'organo amministrativo ai sensi del comma 1 costituisce causa di esonero dalla responsabilità solidale per le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o azioni successivamente poste in essere dal predetto organo, che non siano conseguenza diretta di decisioni assunte prima della segnalazione, a condizione che, nei casi previsti dal secondo periodo del comma 2, sia stata effettuata tempestiva segnalazione all'OCRI. Non costituisce giusta causa di revoca dall'incarico la segnalazione effettuata a norma del presente articolo.". Art. 14 co. 4 del CCII: "Le banche e gli altri intermediari finanziari di cui all'articolo 106 del testo unico bancario, nel momento in cui comunicano al cliente variazioni o revisioni o revoche degli affidamenti, ne danno notizia anche agli organi di controllo societari, se esistenti."

16 P. Benigno, *Relazione al workshop del 27 gennaio 2020,* Centro Studi Borgogna - Milano.

17 Per un'analisi compiuta dell'evoluzione del pensiero su crescita aziendale, crisi e sviluppo dell'organizzazione si rinvia ad autori della seconda parte del secolo scorso, dai precursori Bouldin, Downs, Sott, Lyden ai più recenti Dobbs, Hamilton, Rantala, Phelps, Adams, Hanks, Gray.

18 L. E. Greiner (1989), *Evolution and Revolution as Organizations Grow*, Readings in Strategic Management, Macmillan Education UK.

19 P. Benigno, *Relazione al workshop del 27 gennaio 2020,* Centro Studi Borgogna - Milano.

20 Il D.Lgs. 231/2001 nella sua originaria formulazione prevedeva gli artt. 24 e 25, reati contro la Pubblica Amministrazione. Oltre ai nuovi reati introdotti nel corso degli anni, i due articoli originari sono stati modificati ed integrati da successivi interventi del legislatore. Gli ultimi in ordine di tempo il "Decreto Spazzacorrotti" di inizio 2019, convertito in L. 3/2019, che ha introdotto il reato di traffico di influenze illecite (art. 346-bis c.p.) ed il D.Lgs. 75/2020 di luglio 2020 che ha introdotto la responsabilità degli enti con riferimento ai reati di frode nelle pubbliche forniture (art. 356 c.p.) e frode in agricoltura (art. 2, L. 898/1986), richiamati dal modificato art. 24, D.lgs. 231/2001, ora rubricato "*Indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato, di un ente pubblico o dell'Unione europea o per il conseguimento di erogazioni pubbliche, frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico e frode nelle pubbliche forniture*". Sempre con riferimento ai reati contro la Pubblica Amministrazione, il D.lgs. 75/2020 è intervenuto sull'art. 25, inserendo i reati presupposto di peculato "semplice" (art. 314 c.p.), peculato "mediante l'errore altrui" (art. 316 c.p.) e abuso d'ufficio (art. 323 c.p.).

21 E. Di Carlo, *La carta costituzionale della comunità aziendale*, II Edizione, Novembre 2020.

22 Definizione di modello: oggetto atto a fornire un conveniente schema di punti di riferimento anche ai fini della riproduzione o dell'imitazione, talvolta dell'emulazione. *Fonte:* www.treccani.it

23 Definizione di assetto: sistemazione o disposizione coordinata allo svolgimento di una determinata operazione o al conseguimento di un certo effetto. *Fonte:* www.treccani.it

24 Cass. Pen., Sezione 3, 4 marzo 2020, N. 8785.

25 Procedimento giudiziario antecedente all'inserimento nel Decreto dell'art. 25-quinquiesdecies sui reati tributari di cui al D.L. 124 del 26 ottobre 2019 convertito in L. 157/2019 ed entrato in vigore il 25 dicembre 2019, ulteriormente ampliati a seguito dell'entrata in vigore il 30 luglio 2020 del D.Lgs. 75/2020.

26 V. Silvetti, *Autoriciclaggio e i suoi effetti 231*, www.diritto.it, 2017.

27 Linee guida di Confindustria approvate il 7 marzo 2002 ed aggiornate a marzo 2014, ultima versione disponibile.

28 E. Di Carlo, *Strumenti e persone per diffondere la carta costituzionale aziendale*, I Edizione, Dicembre 2020.

29 L. Palma, *Ruoli e responsabilità del sistema dei controlli interni nei modelli di amministrazione e controllo delle società*, ODCEC di Roma, Dicembre 2018

30 M. Pollio, *Battuta di arresto alla responsabilità limitata: le conseguenze della mancata istituzione di assetti organizzativi, amministrativi e contabili*, Crisi Gestione Economico-Finanziaria e Rilancio dell'impresa, Anno 1 Numero 1, Novembre 2020.

31 A. Mattavelli, *Nuovo art. 2086 in vigore: analisi di pratica professionale sui processi organizzativi obbligatori*, Crisi Gestione Economico-Finanziaria e Rilancio dell'impresa, Anno 1 Numero 1, Novembre 2020.

32 E. Perusia C. Santoriello, *Dal modello organizzativo agli adeguati assetti organizzativi richiesti dal Codice della crisi e dell'insolvenza, Il fallimentarista*, Novembre 2020.

33 Cass. Pen. del 9 dicembre 2016 n. 52316. «È ammissibile la responsabilità, ai sensi d.lgs. 231 del 2001, della società capogruppo per reati commessi nell'ambito dell'attività delle società da essa controllate a condizione che a) il soggetto che

agisce per conto della holding concorra con il soggetto che commette il reato per conto della persona giuridica controllata; b) possa ritenersi che la holding abbia ricevuto un concreto vantaggio o perseguito un effettivo interesse a mezzo del reato commesso nell'ambito dell'attività svolta da altra società.»

34 L'art. 5 del Decreto prevede due requisiti ai fini dell'imputabilità dell'ente:
soggettivo: amministratori, apicali o loro collaboratori diretti abbiano commesso uno o più reati rientranti nel cosiddetto catalogo 231 (reati presupposto);
oggettivo: il reato sia commesso nell'interesse o a vantaggio della società (anche non esclusivo).

35 A. Lolli E M.G. Paolucci, *L'adeguatezza degli assetti nel codice della crisi dell'impresa,* www.ilcaso.it, aprile 2020.

36 G. Bongiorno, *Il nuovo Codice della crisi d'impresa e la modifica dell'art. 2086 c.c.: obbligatorietà dei Modelli Organizzativi 231?* www.diritto.it, 2019.

37 E. Perusia C. Santoriello, *Dal modello organizzativo agli adeguati assetti organizzativi richiesti dal Codice della crisi e dell'insolvenza,* Il fallimentarista, Novembre 2020.

38 Trib. di Milano, sentenza n. 1774/2008: "l'agire in conformità alla legge è sottratto alla discrezionalità dell'imprenditore ed il rischio di non conformità non può rientrare tra i rischi accettabili da parte degli amministratori".

39 R. Borsari, *Tra Codice della crisi d'impresa e il decreto 231 un circolo virtuoso che spinge all'auto-organizzazione,* Professionisti 4.0 - Il Sole 24 Ore, 2019.

40 E. Perusia C. Santoriello, *Dal modello organizzativo agli adeguati assetti organizzativi richiesti dal Codice della crisi e dell'insolvenza*, Il fallimentarista, Novembre 2020.

41 Cass. Pen. Sez. Pen., 24 novembre 2020, n. 32901.

42 P. Braccioni, *Prevenzione dei reati tributari e crisi d'impresa*, Diritto 24 Il Sole 24 Ore, 16 gennaio 2020.

43 M. Pollio, *Aggiornamento tra pandemia, codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza,* Atti del Convegno Fallimentare, ODCEC di Treviso, 23 ottobre 2020.

44 L'art. 9 prevede le sanzioni a carico della società condannata:
le sanzioni pecuniarie descritte negli articoli dal 10 al 12;
le sanzioni interdittive di cui agli articoli dal 13 al 17:
Interdizione esercizio attività
Sospensione/revoca autorizzazioni, licenze, concessioni
Divieto di contrattare con la pubblica amministrazione
Esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e revoca di quelli concessi
la confisca dell'illecito profitto ex art. 19
la pubblicazione della sentenza ex art. 18

45 R. De Luca, *Il D.Lgs. 231/2001 al bivio del vent'anni: è tempo di riflessioni*, www.studiordl.it, luglio 2020

46 La L. n. 179/2017 "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" ha previsto l'integrazione nel Decreto di misure volte a tutelare la riservatezza del segnalante, inibire atti di ritorsione o discriminatori, diretti o indiretti, nei confronti del segnalante per motivi collegati alla segnalazione, prevedere sanzioni nei confronti di chi viola le misure di tutela del segnalante, nonché di chi effettua con dolo o colpa segnalazioni che si rivelano infondate e diffamanti.

47 Organismo di Composizione della Crisi d'Impresa disciplinato dal Capo II del Titolo II del CCII.

48 CNDCEC, *Indici di allerta previsti dal Codice della crisi e dell'insolvenza* (co. 2 dell'art. 13 del D.Lgs. 14/2019 sottoposti ad approvazione del M.I.S.E.), ottobre 2019.

49 Il CNDCEC è stato incaricato di elaborare, per ogni tipologia di attività, indici standard, da cui viene presunta la crisi d'impresa. Il singolo imprenditore può, però, in forza dell'art. 13 comma 3 del Codice della Crisi, discostarsi da tali indicatori *standard*, definendo – con l'apporto di un professionista indipendente – indici della crisi personalizzati, calibrati sulle specifiche caratteristiche della propria impresa.

50 P. Tettamanzi, *Strumenti e limiti della rilevazione tecnica della crisi d'imp*resa, Atti del Convegno AODV231 - 3 dicembre 2020.

51 N. Lorenzini, *Codice della crisi d'impresa: riflessioni e prospettive*, Risk & Compliance Platform Europe, 20 settembre 2019.

52 D. Virgilitto, *Crisi d'impresa: indicatori e indici dell'allerta alla base delle scelte strategiche aziendali,* IPSOA, 21 ottobre 2020.

53 A. Lolli e M.G. Paolucci, *L'adeguatezza degli assetti nel codice della crisi dell'impresa,* www.ilcaso.it, aprile 2020.

54 Fondazione Telos, Centro Studi dell'Ordine dei Commercialisti e degli Esperti Contabili di Roma, *L'indipendenza e la responsabilità del revisore*, 2016.

55 L. De Angelis, *Dal Consiglio nazionale dei dottori commercialisti sì alle norme per i collegi sindacali,* Italia Oggi, 20 dicembre 2020.

56 Cfr. Borsa Italiana, Codice di Autodisciplina di luglio 2018 e Banca d'Italia Circolare del 17 dicembre 2013 n. 285.

57 AODV231, *Position Paper del 23 marzo 2013*, Milano.

58 G. Furnari e B. Giuffré, *L'importanza dell'organismo di vigilanza,* AODV231, 11 gennaio 2021.

59 A tale tesi, sembrerebbe aderire per deduzione anche il CNDCEC che nella bozza in pubblica consultazione dei "Principi di comportamento del Collegio sindacale di società non quotate" aveva inserito nella norma 5.5 "Rapporti con l'organismo di vigilanza" la locuzione "*La funzione dell'organismo di vigilanza può essere affidata al Collegio Sindacale.*", non più presente nella versione finale del documento del 18 dicembre 2020 che si applicherà a far data dal 1° gennaio 2021.

60 M. Irrera, *La business judgement rule e gli adeguati assetti*, Società e Contratit. Bilancio e Revisione, Giugno 2020.

61 E. Lungaro e C. Papa, *La sfida del controllo sostenibile ed efficace – Il ruolo strategico della compliance,* Risk & Compliance Platform Europe, 16 febbraio 2020.

62 E. Perusia C. Santoriello, *Dal modello organizzativo agli adeguati assetti organizzativi richiesti dal Codice della crisi e dell'insolvenza*, Il fallimentarista, Novembre 2020.

63 D. Moncalvo, *Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza – Le procedure di allerta e composizione della crisi ed i possibili effetti in termini di compliance 231*, www.aodv231.it, 27 maggio 2019.

64 Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), *Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e dagli enti economici,* 15 aprile 2015 - 8 novembre 2017.

65 M. Grassi, *Codice della crisi e dell'insolvenza e nuovi assetti organizzativi, amministrativi e contabili,* www.4clegal.com Opinioni, 19 dicembre 2019

66 La pandemia da virus COVID-19 è esempio purtroppo drammaticamente attuale di un contesto estremo che gran parte delle imprese, anche le più attrezzate ed organizzate, non aveva previsto. Aziende, anche tecnologicamente avanzate, si sono trovate di fronte alla difficoltà di attivare velocemente ed in modo massivo il lavoro agile per i segmenti di lavoratori idonei, a causa non solo di limiti strutturali e tecnologici ma anche di assenza di piani di *business continuity* connessi al rischio biologico.

67 M. Irrera, *La business judgement rule e gli adeguati assetti*, Società e Contratti. Bilancio e Revisione, Giugno 2020.

68 S. Locoratolo, *Gli adeguati assetti organizzativi pesano sulle scelte gestionali*, Il Sole 24 Ore, 2019.

69 In tema di adeguatezza degli assetti e sul rapporto tra consiglio di amministrazione, amministratore con delega e direttore generale si rinvia all'articolo di A. Lolli e M.G. Paolucci, *L'adeguatezza degli assetti nel codice della crisi dell'impresa,* www.ilcaso.it, aprile 2020.

70 M. Moretti P. Silvestri G. Belfiore, *Covid-19 e adeguati assetti organizzativi a presidio della crisi d'impresa,* IPSO, maggio 2020.

71 Ned Community, *Reflection Group "Governance delle PMI*, www.nedcommunity.com, Aprile 2020.

72 A. Lolli e M.G. Paolucci, *L'adeguatezza degli assetti nel codice della crisi dell'impresa,* www.ilcaso.it, aprile 2020.

21 L'estensione delle misure di prevenzione patrimoniale ai reati comuni. Amministrazione giudiziaria e controllo giudiziario quali occasione per la predisposizione degli strumenti di organizzazione, gestione e controllo aziendale.

di Luca Del Favero e Claudia C. Corsaro

Abstract

L'ampliamento dell'ambito oggettivo di applicazione delle misure di prevenzione rende detti strumenti di controllo patrimoniale non più relegati ai reati di natura mafiosa. Il recente commissariamento di Uber Italia s.r.l., da parte del Tribunale, di Milano ne è la conferma.

Le misure disciplinate dagli artt. 34 e 34-*bis* del Codice Antimafia, infatti, sono oggi estese alle società e ai beni connessi o strumentali a soggetti sottoposti a misure di prevenzione o indagati per una vasta categoria di reati comuni, quando si abbia il fondato sospetto che *"il libero esercizio di determinate attività economiche, comprese quelle di carattere imprenditoriale"* sia compromesso.

Esse tuttavia hanno una finalità risanatrice, e non punitiva, come si evince dalle facoltà concesse agli Amministratori giudiziari i quali, potendosi sostituire ai vertici aziendali nell'amministrazione dell'ente, hanno la possibilità, in concreto, di evitare la confisca dei beni, restituendoli 'sani' ovvero epurati da qualsivoglia contaminazione anche non abituale. Il dettato normativo non lascia adito a dubbi circa la facoltà concessa agli Amministratori di *"completare il programma di sostegno e di aiuto alle imprese amministrate e la rimozione delle situazioni di fatto e di diritto che avevano determinato la misura"* (art. 34, comma secondo).

Ma quali sono in concreto gli strumenti a disposizione degli Amministratori giudiziari per restituire al libero mercato i beni oggetto della misura patrimoniale una volta espunti gli elementi inquinanti?

Senza alcun dubbio lo strumento principe, idoneo ad impedire il protrarsi della contaminazione, è rappresentato dal Modello di organizzazione, gestione e controllo introdotto e disciplinato dal D.Lgs. 231/2001.

Il Modello Organizzativo, infatti, si pone sullo stesso piano delle misure di prevenzione condividendone l'obiettivo (elisione delle contaminazioni) in una differente prospettiva temporale: le misure quali l'Amministrazione giudiziaria e il controllo giudiziario realizzano e consentono la rimozione delle situazioni di fatto e di diritto che avevano determinato l'applicazione della misura nell'ambito di un programma di sostegno e di aiuto al soggetto economico, a breve termine, che può protrarsi al massimo per due anni; al contrario, il Modello Organizzativo si pone nella diversa prospettiva di lungo termine in cui si misura la sua effettiva idoneità a prevenire i reati presupposto e, dunque, di mitigazione dei rischi.

Pertanto, l'adozione del Modello – ovvero l'incremento della sua idoneità ed efficacia – può e deve inserirsi nel programma di risanamento che, però, inizia con la misura di prevenzione ma si realizzerà soltanto nella fase successiva, a misura cessata per decorso del tempo o revocata, allorché l'imprenditore o comunque il soggetto economico dovrà esercitare liberamente la sua attività in maniera corretta e non compromessa, supportato da un Modello Organizzativo del quale dovrà costantemente assicurare idoneità ed efficacia.

The expansion of the objective scope of application of the prevention measures makes these asset control tools no longer relegated to mafia-related crimes. The recent commissioner of Uber Italy s.r.l., by the Court of Milan, is a confirmation of this.

The measures governed by articles 34 and 34-bis of the Anti-Mafia Code, in fact, are now extended to companies and related or instrumental assets to subjects subjected to preventive measures or under investigation for a wide category of common crimes, when there is a well-founded suspicion that "the free exercise certain economic activities, including those of an entrepreneurial nature" is compromised.

However, they have a healing purpose, and not a punitive one, as can be seen from the faculties granted to the judicial administrators who, being able to replace the top management in the administration of the entity, have the possibility, in practice, to avoid the confiscation of assets, returning them 'healthy' or purged from any contamination, even if not usual. The legislative provision leaves no room for doubts about the faculty granted to the Directors to "complete the program of support and aid for the managed companies and the removal of the factual and legal situations that had determined the measure" (Article 34, second

paragraph).
But what are the concrete tools available to judicial administrators to return to the free market the goods subject to the patrimonial measure once the polluting elements have been removed?
Without any doubt, the main tool, suitable for preventing the continuation of contamination, is represented by the Organization, management and control model introduced and governed by Legislative Decree 231/2001.
The Organizational Model, in fact, is on the same level as prevention measures, sharing their objective (elimination of contamination) in a different temporal perspective: measures such as the judicial administration and judicial control implement and allow the removal of factual situations and by law that had determined the application of the measure as part of a short-term support and aid program for the economic entity, which can last for a maximum of two years; on the contrary, the Organizational Model is placed in the different long-term perspective in which its actual suitability to prevent predicate offenses and, therefore, to mitigate risks is measured.
Therefore, the adoption of the Model - or the increase in its suitability and effectiveness - can and must be included in the reorganization program which, however, begins with the preventive measure but will only take place in the subsequent phase, once the measure has ceased due to the time or revoked, when the entrepreneur or in any case the economic subject must freely exercise his activity in a correct and not compromised manner, supported by an Organizational Model of which he must constantly ensure the suitability and effectiveness.

Sommario

1. Misure di prevenzione: da strumenti repressivi dei fenomeni di criminalità organizzata a strumenti di apprensione dei patrimoni di natura illecita - **2.** Dall'ablazione patrimoniale alla bonifica aziendale - **3.** L'amministrazione giudiziaria ed il controllo giudiziario per le imprese in odor di mafia e non solo - **4.** Il Modello di organizzazione, gestione e controllo: uno strumento poliedrico.

1. Misure di prevenzione: da strumenti repressivi dei fenomeni di criminalità organizzata a strumenti di apprensione dei patrimoni di natura illecita.

Le misure di prevenzione, nate per contenere fenomeni di devianza comune, o di criminalità politico sovversiva, hanno negli anni assunto una connotazione molto più estesa mirando alla elisione di fenomeni di criminalità organizzata, di matrice mafiosa o terroristica,[1] dapprima tramite delle forme di contenimento personale e successivamente attraverso strumenti di aggressione patrimoniale, percepiti come molto più afflittivi e limitativi della capacità di delinquere, accumulare patrimoni illeciti e reinvestirli anche in forma imprenditoriale tramite la reimmissione nel libero mercato.[2]
Così con la legge Rognoni-La Torre (L. 646/1982) sono stati inseriti nella Legge Antimafia del '65, gli artt. 2-*bis* e ss. che hanno disciplinato i presupposti applicativi delle misure del sequestro e della confisca dei beni ritenuti nella disponibilità (diretta o mediata) del proposto, socialmente pericoloso in quanto contiguo ad associazioni mafiose, e dei quali non fosse stata fornita la dimostrazione della legittima provenienza.
Gli strumenti di ablazione patrimoniale, originariamente vincolati alla emissione delle misure personali, in virtù del c.d. principio di accessorietà, hanno subito, nel tempo, un progressivo ampliamento soggettivo e un processo di emancipazione dalle misure personali,[3] sino al riconoscimento del principio di autonomia, sancito dall'art. 18 del Codice delle Leggi Antimafia (D.lgs. n. 159/2011, da ora in poi Codice Antimafia o C.A.)[4] che le ha via via assimilate ad una vera e propria *actio in rem* rivolta indiscriminatamente nei confronti di soggetti meramente indiziati (*rectius* sospettati) di far parte delle eterogenee categorie raggruppate nell'art. 16 C.A. – che a sua volta rimanda agli artt. 1 e 4 del C.A. – e che abbia ad oggetto beni dei quali il proposto possa *"disporre, direttamente o indirettamente, quando il loro valore risulta sproporzionato al reddito dichiarato o all'attività economica svolta ovvero quando, sulla base di sufficienti indizi, si ha motivo di ritenere che gli stessi siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego"* (art. 20 C.A.).[5]
La finalità palese del legislatore è stata quella di dotarsi di strumenti idonei al contrasto dei patrimoni illeciti, tradendo l'originaria funzione delle misure in commento, e generando, di conseguenza, molteplici problemi interpretativi e applicativi, oltre che di coerenza con la giurisprudenza della CEDU, in ordine alla verifica

della loro natura, preventiva o sanzionatoria.[6]
Le Sezioni Unite, a tal fine, hanno ribadito che l'accertamento della pericolosità del proposto al momento dell'acquisto del patrimonio resta l'ineludibile presupposto per l'applicazione della misura, e va condotto con riferimento al momento dell'acquisto del bene e non al momento della irrogazione della misura, ciò in quanto oggetto della misura di prevenzione non è l'uomo ma la *res*: il bene da quel momento assume una 'qualità peculiare' tanto da poter essere confiscato anche agli eredi del proposto, proprio perché *"a suo tempo acquistato da persona socialmente pericolosa e, come tale, presumibile frutto di metodo di acquisizione illecita"*.[7]
Tuttavia, l'apprezzamento dell'intervallo temporale intercorso tra l'acquisto e la cessazione della condizione di pericolosità non può condurre automaticamente ad escludere la possibilità di confiscare il bene, qualora sia dimostrato che il relativo acquisto sia stato possibile mediante l'impiego di provviste illecite acquisite da attività anch'essa illecita, pur se tale attività è confinata in tempi remoti. Il parametro della *"ragionevolezza temporale"* non deve portare ad escludere la possibilità che siano acquisiti elementi di univoco spessore indiziante volti a ricondurre la genesi di accumulazioni patrimoniali o di singole possidenze, anche se materializzatesi in epoca di gran lunga successiva alla cessazione delle condizioni di pericolosità soggettiva.[8]
In tale ottica non vi sarebbe alcun dubbio circa la natura special-preventiva delle misure ablative in quanto volte a soddisfare l'interesse pubblico di sottrarre al circuito economico i beni di provenienza illecita acquistati da persone pericolose, e ciò indipendentemente dalla cessazione della pericolosità o dalla morte dell'acquirente, grazie alla possibilità di applicare disgiuntamente le misure personali e quelle patrimoniali.
Tale interesse è stato ritenuto conforme ai principi di rango costituzionale sanciti rispettivamente dagli artt. 41 e 42 Cost. e dall'art. 1 del Protocollo addizionale CEDU,[9] sul presupposto che vi sia una radicale differenza tra misure limitative della libertà personale e provvedimenti che attingono la proprietà e i patrimoni, acquisiti con proventi illeciti o la cui provenienza non sia giustificabile.
Così tuttavia non è.
Non è forse vero che l'espropriazione dell'intero patrimonio, personale, familiare e societario del proposto o dei soggetti terzi in qualche modo a questi riferibili, è percepita in maniera molto più severa di una temporanea limitazione della libertà, anche alla luce dell'onere probatorio diabolico imposto al proposto o ai terzi interessati ed al sistema delle presunzioni?
L'interrogativo, peraltro, discende anche dalla circostanza che le misure di prevenzione non sono più solo strumenti di contenimento del fenomeno mafioso e di infiltrazione mafiosa ma, grazie anche all'ampliamento del catalogo dei reati presupposto, vengono utilizzate – da ultimo dopo la riforma del 2017 – sempre più per il contrasto dell'accumulazione patrimoniale riveniente dalla commissione (presunta o accertata, in taluni casi) di reati contro la Pubblica Amministrazione, inseriti nel novero dei delitti catalogo – fatta eccezione per l'abuso di ufficio – contro il patrimonio, riciclaggio e, in quest'ottica, ove non occasionali, anche ai reati tributari.

2. Dall'ablazione patrimoniale alla bonifica aziendale.

L'evoluzione del sistema di prevenzione, come evidenziato, si è mostrato sempre più attento alla aggressione dei patrimoni illecitamente accumulati. Si è così passati dall'ablazione di singoli beni appartenenti o nella disponibilità del proposto, all'apprensione dell'intero complesso aziendale, con non pochi problemi con riferimento soprattutto al concetto di 'disponibilità' in ambito societario.[10]
In tutte queste ipotesi il Codice Antimafia consente, se non impone, di indagare sui beni destinati all'impresa o all'attività collettiva (art. 19, comma terzo) distinguendo tre forme di intervento giudiziario a seconda che il compendio societario sia direttamente riconducibile al proposto, anche per interposta persona, o sia da questi 'influenzato', anche incidentalmente, sia stato occasionalmente 'contaminato'.
La differenza non è di poco momento ove si osservi che la graduazione dell'intervento apprestato passa dalle misure ablative alle misure patrimoniali non ablative, connotate da differenti presupposti e finalità.
In ambito societario, di conseguenza, viene vagliato il *quantum* di commistione tra gli interessi del proposto e il reimpiego di patrimoni illeciti in società che operano nella totale liceità, con un'inedita finalità di epurazione del tessuto economico dalla commistione con i patrimoni illeciti.
Ci sia consentito un inappropriato parallelismo con le categorie penalistiche del dolo e della colpa assolutamente calzanti in *subiecta materia* ove la scelta tra eliminare dal circuito economico interi complessi aziendali ovvero quella di risanarli passa dal grado di coinvolgimento, consapevolezza o mera 'disattenzione' dei soggetti preposti alla *governance* societaria.

Non è più neppure agevole, nel tentativo di tracciare una linea netta di demarcazione tra impresa che si muove nella totale illegalità e impresa che sia incidentalmente entrata nell'area grigia di illegalità, ricorrere alla categoria di costruzione giurisprudenziale dell'impresa mafiosa.[11]

A mero titolo esemplificativo per ciò che concerne il sequestro e la confisca del patrimonio dell'impresa esercitata in forma individuale si assiste di frequente ad una confusione tra beni aziendali e beni personali, potenzialmente idonea a consentire la confisca totalitaria ogni qualvolta sussista uno squilibrio fra il reddito generato dall'attività imprenditoriale e il valore del patrimonio. Al contrario, in caso di esercizio dell'impresa in forma societaria, o comunque collettiva, il Tribunale dovrà adeguatamente verificare il rapporto tra il proposto, socio o amministratore, e il patrimonio dell'ente al fine di delimitare l'oggetto dell'ablazione,[12] ovvero verificare la sussistenza dei presupposti per ricorre agli strumenti di prevenzione patrimoniali non ablativi.

Dette ultime misure, già presenti nella legge sulle misure di prevenzione ante riforma, con finalità di analisi e monitoraggio del contesto societario – la sospensione ed il controllo giudiziario – finalizzato alla confisca del patrimonio, sono state integralmente rivisitate nel 2011 e nel 2017.

Le nuove misure patrimoniali non ablative dell'amministrazione giudiziaria (art. 34 C.A.) e del controllo giudiziario (art. 34-*bis* C.A.) rappresentano un inedito tentativo del legislatore di creare una sorta di *team* ibrido tra pubblico e privato coeso nella finalità di risanare l'attività imprenditoriale 'contaminata'.[13]

Si badi bene che, tali misure, sono state ideate per elidere i contatti, le collusioni, le interferenze mafiose, ma di fatto hanno iniziato ad essere utilizzate più di frequente solo negli ultimi anni e proprio in virtù dell'apertura ad altre fattispecie delittuose non per forza di natura associativa.

Come si vedrà nel dettaglio, nel prosieguo della trattazione, la novella ha inteso offrire alla società la possibilità di una *due diligence* di legalità pilotata dal Tribunale, nella specie dal Giudice delegato e dall'Amministratore Giudiziario ma con la proficua, e necessaria, partecipazione della *governance* societaria.

A differenza di quanto stigmatizzato con riferimento all'ingerenza nella libertà di iniziativa economica, l'utilizzo di dette misure con funzione di bonifica e reintroduzione della società nel mercato – o di non fuoriuscita – sono state accolte positivamente ed anzi sono state occasione di rivisitazione di tutti i profili di criticità dei processi aziendali.

Non si tratta peraltro neppure di misure inedite, anzi, ne esistono di simili ideate con le stesse finalità ma con peculiarità, momenti e presupposti applicativi differenti.

Come evidenziato in dottrina, al fine di conciliare *'l'esigenza di contrasto alla criminalità d'impresa con la tutela di (altri) interessi sovraindividuali legati alla salvaguardia del tessuto economico-sociale e, in particolare, all'esercizio di importanti attività imprenditoriali'* sono stati introdotti *'istituti eterogenei, genericamente compendiati nella nozione di 'commissariamento', mediante i quali l'autorità (giudiziaria o amministrativa) dispone, a determinate condizioni, la temporanea sostituzione o il controllo degli organi sociali nella gestione degli enti, sì da mantenere la continuità aziendale e favorire il rientro o la permanenza nel mercato in condizioni di legalità'*.[14]

In particolare:

- l'art. 3 L. 29 ottobre 2016 n. 199 'controllo giudiziario dell'azienda' a mente del quale nei procedimenti per i reati previsti dall'articolo 603-*bis* c.p., qualora ricorrano i presupposti indicati nel comma 1 dell'articolo 321 c.p.p., il Giudice dispone, in luogo del sequestro, il controllo giudiziario dell'azienda presso cui è stato commesso il reato, qualora l'interruzione dell'attività imprenditoriale possa comportare ripercussioni negative sui livelli occupazionali o compromettere il valore economico del complesso aziendale;
- l'art. 34-*bis* C.A. il controllo giudiziario (come novellato nel 2017) in relazione all'interdittiva antimafia disposta dal Prefetto *ex* 91 e ss. C.A.;
- l'art. 15 D.lgs. 231/2001 commissariamento giudiziale applicabile in via cautelare e in via anticipata, al posto di una misura cautelare interdittiva, quando sussistano i gravi indizi di colpevolezza e le esigenze cautelari sancite dall'art. 45 del medesimo decreto, ovvero in via definitiva in alternativa alla sanzione interdittiva comminata con la sentenza di condanna, quando vi sia un giudizio prognostico sulla recuperabilità della società, in termini di legalità, e ove l'Ente svolga un *'pubblico servizio ovvero un servizio di pubblica necessità, la cui interruzione può provocare un grave pregiudizio alla collettività*', ovvero, indipendentemente dal tipo di attività svolta, ove dall'interdizione deriverebbero *'tenuto conto delle sue dimensioni e delle condizioni economiche del territorio in cui è situato, rilevanti ripercussioni sull'occupazione*' (art. 15, comma primo, lett. a) e b);
- l'art. 32 D.L. n. 90/2014 (conv. con mod. in L. 11.8.2014, n. 114) 'misure straordinarie di gestione, sostegno e di monitoraggio di

imprese' disposte esclusivamente in funzione anticorruttiva ed orientate alla completa esecuzione delle prestazioni oggetto di uno specifico contratto pubblico di appalto.[15]

Senza soffermarci in questa sede sulle interferenze, sulle sovrapposizioni e sul mancato coordinamento delle misure richiamate – che per inciso si evince da due recenti provvedimenti resi rispettivamente *ex* art. 34 C.A. dal Tribunale di Milano ed *ex* art. 3 L. 99/2016 dal GIP di La Spezia –[16] è evidente che il legislatore abbia recisamente cambiato il proprio *focus* di attenzione, certamente anche attesi gli esiti catastrofici dei provvedimenti ablativi, anche non definitivi, adottati in via totalitaria sui complessi aziendali, ponendosi un problema pratico di gestione societaria e programmazione degli interventi di risanamento.

3. L'amministrazione giudiziaria ed il controllo giudiziario per le imprese in odor di mafia e non solo.

Il Tribunale di Milano,[17] chiamato a decidere sulla proposta avanzata dal Procuratore sulla misura dell'amministrazione giudiziaria *ex* art. 34 C.A. nei confronti di Uber Italia s.r.l. ha correttamente osservato, sotto il profilo applicativo di detta misura, che *"l'applicazione della misura dell'amministrazione giudiziaria* (...) *ha come presupposto specifico, rispetto alla ipotesi tradizionale di ricorso all'istituto, la ricorrenza di sufficienti indizi (prima della riforma il riferimento testuale era ad "elementi") per ritenere che il libero esercizio di determinate attività economiche, comprese quelle imprenditoriali, abbia carattere ausiliario ed agevolatorio rispetto all'attività: delle persone nei confronti delle quali è stata proposta o applicata una misura di prevenzione; ovvero di persone sottoposte a procedimento penale per taluno dei seguenti delitti: associazione di stampo mafioso; reati previsti dall'art. 51 c 3-*bis *c.p.p. ovvero del delitto di cui all'art. 12-*quinquies *c. 1 del dl 8.6.1991, n. 306 conv., con modif., dalla L 7.8.1992, n. 356, delitto di assistenza agli associati* ex *art 418 c.p.; delitto di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche* ex *art. 640-*bis *c.p.; delitto di associazione per delinquere* ex *art 416 c.p. finalizzato alla commissione di taluno dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione con esclusione del reato di abuso d'ufficio; delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro* ex *art. 603-*bis *c.p.; delitti di estorsione, usura, riciclaggio ed impiego di denaro, beni o utilità di illecita provenienza (artt. 629,644, 648-*bis *e 648-*ter *c.p.)".*

Per l'applicazione della misura in commento, peraltro, non è richiesto che *"l'attività agevolata abbia carattere illecito, essendo sufficiente che il soggetto agevolato sia anche solo proposto per una misura di prevenzione o sottoposto a procedimento penale per uno dei reati sopra indicati, né che l'attività economica avente carattere agevolatorio venga esercitata con modalità illecite, richiedendosi solo che tale attività, seppur esercitata con modalità lecite, abbia offerto un contributo agevolatore ai soggetti di cui si è detto".*[18]

Sarebbe al contrario preclusiva ai fini della emissione della predetta misura la sottoposizione *"nei confronti dell'imprenditore o comunque di colui che esercita l'attività economica agevolatrice"* di una misura di prevenzione personale. Secondo il Tribunale di Milano, nel provvedimento in commento, la *governance* societaria *"deve essere necessariamente soggetto terzo rispetto all'agevolato e le sue attività devono effettivamente rientrare nella sua disponibilità; se, infatti, così non fosse, se l'imprenditore fosse un mero prestanome del soggetto agevolato, i suoi beni potrebbero essere immediatamente aggrediti con il sequestro e la confisca di prevenzione, che può colpire tutto il patrimonio di cui il soggetto proposto può direttamente o indirettamente (appunto tramite fittizie intestazioni) disporre".*

Viene qui in mente il soprarichiamato criterio della colpa preso in prestito dal diritto penale che giustifica e legittima la misura premiale dell'amministrazione giudiziaria in favore delle imprese. Si legge nel decreto emesso nei confronti della Uber Italia s.p.a., che a sua volta richiama un precedente arresto giurisprudenziale del medesimo Tribunale,[19] *"che il soggetto terzo (nel caso concreto una persona giuridica, la cui manifestazione agevolatrice deve ovviamente essere letta alla luce dei comportamenti posti in essere dalle persone fisiche dotate di potere di decisione, rappresentanza e controllo) ponga in essere una condotta censurabile quantomeno su un piano di rimproverabilità 'colposa', quindi negligente, imprudente o imperita".*

Resterebbero dunque, escluse, le ipotesi di concorso doloso o favoreggiamento, e al contrario valorizzate le violazioni *"di normali regole di prudenza e buona amministrazione imprenditoriale che la stessa società si sia data (magari dotandosi di un codice etico) o che costituiscano norme di comportamento esigibili sul piano della legalità da un soggetto, che operi ad un livello medio-alto nel settore degli appalti di opere e/o servizi".*

Lo scopo palese di detto strumento è quello di consentire agli imprenditori che non siano concorrenti nel reato di 'decontaminare' le proprie strutture societarie *"con la finalità di sottrarle, il più rapidamente possibile, all'infiltrazione criminale*

e restituirle al libero mercato una volta depurate dagli elementi inquinanti".
Si tratta evidentemente di una misura dinamica e malleabile che si plasma di volta in volta sulle esigenze della società che ne viene attinta. Nel caso di Uber, per esempio non è stato necessario sostituire alla *governance* aziendale la figura dell'Amministratore giudiziario che ha svolto un ruolo di supervisore e coordinatore, sia perché la misura ha attinto solo un settore e non l'intera struttura societaria – comunque chiamata in toto a rivedere i propri processi lavorativi – sia perché la sostituzione degli organismi apicali avrebbe di fatto comportato una paralisi, o un rischio di paralisi dell'attività lavorativa, che è esattamente ciò che la misura tende ad evitare.
In forme meno gravi di contaminazione – ove vi sia una accertata occasionalità della condotta 'colposa' dell'imprenditore – vi sono strumenti anche meno afflittivi e penetranti, come il controllo giudiziario disciplinato dall'art. 34-*bis* C.A. che si atteggia nella sua duplice veste, di misura autonoma all'amministrazione giudiziaria o sua naturale prosecuzione al venir meno dei presupposti che la hanno legittimata ma che non consentono ancora di ritenere il contesto societario del tutto fuori pericolo.
Detta misura nella sua nuova formulazione può essere disposta di ufficio dal Tribunale, ove la ritenga più proporzionata al grado di compromissione societaria in virtù del principio di dosimetria delle misure di prevenzione, ovvero può essere richiesta, dallo stesso imprenditore per arginare gli effetti della interdittiva antimafia comminata dal Prefetto *ex* art. 91 C.A. (in questo ultimo caso un presupposto legittimante la misura è quello di aver esperito impugnazione dinanzi al TAR, bloccandone gli effetti).
Ancora una volta è utile richiamare l'inquadramento della fattispecie in commento offerto dal decreto Uber: *"nella nuova formulazione il controllo giudiziario delle aziende ex art 34-*bis*, strutturato con un catalogo di prescrizioni di orientamento per il tribunale il quale 'può' imporre una serie di condotte nei confronti del gestore dei beni aziendali oppure nominare un giudice delegato ed un amministratore giudiziario al quale può indicare, fra le altre prescrizioni, di 'assumere qualsiasi altra iniziativa finalizzata a prevenire specificatamente il rischio di tentativi di infiltrazione o condizionamento mafiosi', intervenendo dunque in maniera più mite ma maggiormente aderente alle esigenze specifiche di bonifica aziendale, rappresenta una misura da adottare, in applicazione di un evidente principio di proporzionalità ordinamentale, quando l'infiltrazione non abbia contaminato in maniera diffusa l'impresa e sia facilmente sterilizzabile"*.
A prescindere delle critiche mosse in premessa è evidente come la giurisprudenza di merito, chiamata a modellare di volta in volta queste misure – che, a differenza di quelle ablative, non sono misure sanzionatorie *strictu sensu* – abbia conferito nuovo lustro a questi strumenti di bonifica sul presupposto del naturale bilanciamento *"dei diversi interessi, fisiologicamente confliggenti, riguardanti la libertà dell'esercizio del diritto di impresa, l'interesse pubblico ad impedire che circuiti di illegalità infiltrati si nutrano delle risorse delle attività produttive parzialmente sane e la necessità che l'attività di impresa prosegua, seguendo un percorso efficace di (ri)legalizzazione, per il raggiungimento degli obiettivi produttivi e per la salvaguardia del potenziale occupazionale"*.
Per quanto sinora rappresentato si può agevolmente affermare che – malgrado l'omesso coordinamento tra le misure di prevenzione, disciplinate rispettivamente dagli artt. 34 e 34-*bis* C.A., ed il sistema 231, interpretato in funzione sia preventiva che di bonifica postuma – si è ormai consolidata nella giurisprudenza di merito la tendenza a piegare l'assetto organizzativo ridisegnato con il *Modello di organizzazione, gestione e controllo* a finalità ulteriori, come nel caso di specie, per il risanamento aziendale.
Il più volte richiamato decreto Uber, infatti, si pone nel solco tracciato di una sorta di capitalizzazione dell'intervento della Autorità Giudiziaria *"per ridisegnare tutti gli strumenti di governance aziendale per evitare futuri incidenti di commistione attraverso la realizzazione di condotte, anche dei singoli, che non possano essere censurate su un piano della negligenza o dell'imperizia professionale"*.

4. Il Modello di organizzazione, gestione e controllo: uno strumento poliedrico.

Che cosa è il genio! È intuizione, decisione e conoscenza, è la capacità di vedere le cose oltre il rigido paradigma della loro natura, cioè vedere ciò che non è ancora e portarlo a diventare ad essere.
Come abbiamo visto, la legislazione in materia di prevenzione è stata adeguata in funzione della evoluzione degli obiettivi che sono stati posti e, nel tentativo di raggiungerli, si è affinata anche per effetto della straordinaria capacità di utilizzare tutti gli strumenti esistenti allo scopo di raggiungere le finalità che si proponeva.
È noto che gli strumenti nascono per scopi determinati e la loro forma e struttura sono la conseguenza delle ragioni che li hanno forgiati:

la vera intuizione consiste proprio nella capacità di utilizzarli anche per raggiungere obiettivi impensabili e/o addirittura antitetici rispetto a quelli iniziali.
Come si è già visto, le Misure di Prevenzione hanno subìto una evoluzione sotto un duplice profilo: per un verso, da strumenti repressivi di fenomeni di criminalità organizzata e di apprensione dei patrimoni di natura illecita, hanno finito per diventare strumenti di risanamento aziendale; per altro verso, hanno visto ampliarsi l'àmbito di applicabilità esteso anche ai reati *comuni*.
Contestualmente, in materia di responsabilità amministrativa degli enti, il Legislatore – che inizialmente aveva ricollegato tale responsabilità ad un novero ristretto di reati – ha via via esteso il numero e la tipologia dei *reati-presupposto* inserendo, tra essi, anche i reati di criminalità organizzata fermo restando lo strumento esimente previsto per l'ente rappresentato dal *Modello di gestione, organizzazione e controllo* avente la funzione precipua di prevenire la commissione di reati presupposto attraverso la previsione di protocolli e presìdi.
Di talché, la ricerca in concreto di strumenti idonei che possano essere utilizzati dagli amministratori giudiziari per raggiungere le finalità proprie delle misure di prevenzione, ha portato ad individuare proprio nel *Modello di organizzazione, gestione e controllo* la chiave di volta per (contribuire a) raggiungere l'obiettivo immediato di (ri)mettere il soggetto economico nelle condizioni di operare in maniera corretta e trasparente e di epurarlo dalle contaminazioni che hanno determinato la applicazione della misura.
La adozione del *Modello di organizzazione, gestione e controllo*, la verifica della sua idoneità ed efficacia, la verifica di una corretta gestione del rischio mediante la individuazione delle aree, processi e singole attività aziendali sensibili e strumentali nonché la contestuale elaborazione di strategie aziendali correttive finalizzate alla gestione del rischio e, dunque, alla prevenzione, rappresentano un rilevante indice della adesione del soggetto economico al programma di risanamento che costituisce l'obiettivo della misura di prevenzione.
La estensione dell'àmbito di applicazione delle misure di prevenzione patrimoniale ai reati *comuni* ne ha rafforzato importanza e valore ai fini della valutazione da compiersi in funzione della revoca della misura applicata.
Inoltre, la costante verifica della rispondenza del Modello adottato agli specifici requisiti di *efficacia* ed *effettività*, e cioè la sua adeguatezza ed idoneità a prevenire la realizzazione di condotte costituenti reato, diventa presupposto imprescindibile della verifica in ordine alla incisività della azione giudiziaria e, quindi, della guarigione del soggetto economico.
L'ultima modifica del C.A. prevede espressamente che il Tribunale possa *imporre l'obbligo di adottare ed efficacemente attuare misure organizzative, anche ai sensi degli articoli 6,7 e 24-ter del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 e successive modificazioni* nonché – con l'impostazione tipica della legislazione in materia di responsabilità amministrativa degli enti – *di assumere qualsiasi altra iniziativa finalizzata a prevenire specificamente il rischio di tentativi di infiltrazione o condizionamento mafioso*: tale modifica si inserisce nel solco tracciato dalla giurisprudenza che ha saputo per prima individuare nel Modello Organizzativo lo strumento principe per contrastare efficacemente le contaminazioni oggetto delle misure di prevenzione.
È da diverso tempo, infatti, che il Tribunale di Milano Sezione Autonoma Misure di Prevenzione – da sempre impegnato nel contrasto alla criminalità organizzata e abituato a confrontarsi con soggetti economici di grandi dimensioni, nazionali e multinazionali, a capitale privato e misto – ha realizzato un *grande progetto* riuscendo a riportare realtà societarie nell'alveo della legalità attraverso gli strumenti offerti dalla legislazione in materia di responsabilità amministrativa degli enti.
In questa straordinaria lungimiranza deve individuarsi *la capacità di vedere le cose oltre il rigido paradigma della loro natura* dimostrata dal Tribunale di Milano, che, non senza esporsi a critiche feroci da parte dei più rigorosi, è riuscito a sostenere una idea innovativa che ha consentito di ottenere un risultato socio-economico positivo in sostituzione del prevedibile risultato disastroso.
Sono coeve all'entrata in vigore del D. Lgs. 6 settembre 2011, le pronunce della Sezione dalle quali emerge l'importanza della finalità risanatrice, e non punitiva, delle attività di sostegno delle misure di prevenzione attraverso la perfetta calibrazione delle facoltà concesse agli amministratori giudiziari allo scopo di tarare il grado di *penetrazione* dalla Autorità Giudiziaria nel soggetto economico.
Come è stato osservato, è possibile *realizzare una virtuosa sinergia tra prevenzione giudiziaria e prevenzione aziendale e sembra quindi possibile includere i Modelli* ex *d.lgs. 231/2001 come quella che può definirsi la moderna 'prevenzione partecipata' tra Stato e privati contro le infiltrazioni mafiose*.[20]
In tale ottica il soggetto economico è chiamato a partecipare al progetto di risanamento – finanche a darvi impulso – per eliminare le contaminazioni e riappropriarsi delle condizioni di legalità e

correttezza, rielaborare, attraverso il Modello Organizzativo, la gestione del rischio delle attività più sensibili e procedere, con la necessaria partecipazione della Autorità Giudiziaria, alla nuova elaborazione delle strategie aziendali finalizzate alla eliminazione, nel *breve termine*, delle contaminazioni e, nel *lungo termine*, al controllo del rischio e alla intercettazione delle infiltrazioni di elementi inquinanti.
In questo contesto, il Modello Organizzativo, con le proprie finalità, metodi di studio, gestione del rischio e schemi operativi, è senza dubbio lo strumento principe a disposizione delle misure di prevenzione e, non a caso, è stato protagonista dirompente della scena anche perché con le stesse misure del codice antimafia condivide l'obiettivo di prevenire la commissione dei reati.
Infine, a ben guardare, ciò *è perfettamente in linea con* i princìpi fondamentali della nostra Costituzione e le linee di politica criminale che individuano nella prevenzione l'unico strumento efficace per contrastare la commissione e la reiterazione dei reati.

1 Sulla falsa riga delle misure di polizia – introdotte progressivamente in epoca fascista (R.D. 6 novembre 1926 n. 1848 TULPS, R.D.L. 14 aprile 1927, n. 593, R.D. 18 giugno 1931, n. 773) volte ad arginare, attraverso uno scarno procedimento di natura amministrativa, fenomeni di disagio sociale e di eversione (soggetti psichiatrici, soggetti adusi all'abuso di sostanze stupefacenti o alcol, mendicanti, persone sospette, *ex* detenuti, emigrati ed immigrati senza permesso, oziosi, vagabondi, persone notoriamente riconosciute dedite al crimine malgrado la sentenza di proscioglimento per insufficienza di prove) – con la L. 27 dicembre 1956, n. 1423 sono state introdotte le misure di prevenzione personale (diffida orale del Questore, sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, con o senza obbligo di soggiorno in un determinato Comune) quali provvedimenti special-preventivi diretti ad evitare la commissione di reati da parte di determinate categorie di soggetti considerate socialmente pericolose (disagiati, antisociali e dediti ad attività delittuose connesse a traffici illeciti ovvero che vivevano con profitti derivanti da reato), indipendentemente dall'accertamento della commissione di un delitto (cfr. in termini, G. Fiandaca, E. Musco, Diritto penale. Parte Generale, Zanichelli, 2004, pp. 839 ss.). Con l'espansione di nuove forme di criminalità organizzata, il novero dei soggetti proponibili passibili delle predette misure è stata via via ampliata: ai soggetti indiziati di appartenere ad associazioni mafiose (L. 575/1965 c.d. Legge Antimafia); ai sovversivi ed ai terroristi (L. 22 maggio 1975, n. 152 'Legge Reale').
2 Una ancestrale forma di aggressione patrimoniale, nei confronti dei soggetti ritenuti indiziati di appartenere ad associazioni mafiose (art. 416 c.p.), è stata introdotta con la L. 575/1965 c.d. Legge Antimafia che, all'art. 3-*bis*, ha disciplinato una forma di cauzione applicabile a garanzia degli obblighi imposti con la misura personale e confiscabile in caso di violazione degli stessi.
3 Il sequestro e la confisca, erogabili solo nei confronti dei soggetti dotati della c.d. pericolosità qualificata (artt. 2-*bis* e ss. L. 575/1965 come modificata dalla L. 646/1982), in virtù del c.d. principio di accessorietà, erano applicate contestualmente ovvero incidentalmente rispetto alle misure personali. In seguito alle novelle del 2008-2010 (D.L. 92/2008 conv. con modificazioni in L. 24 luglio 2008, n. 125; L. 94/2009; D.L. 4/2010 conv. in L. 31 marzo 2010, n. 50), precedute da un vivace dibattito giurisprudenziale, l'applicabilità delle misure reali è stata estesa anche ai soggetti dotati della c.d. pericolosità comune ed emancipata dalla misura personale in determinati casi tassativamente previsti (art. 2-*bis*, comma 6-*bis*, primo, secondo e terzo inciso, art. 2-*ter*, commi 6-8).
4 L'art. 18 del Codice Antimafia, che riprende il testo dell'abrogato art. 2-*bis*, prevede espressamente che *"le misure di prevenzione patrimoniali"* possono essere richieste ed applicate *"disgiuntamente"* da quelle personali, *"indipendentemente dalla pericolosità sociale del soggetto proposto* (…) *al momento della richiesta"*, nei confronti dei soggetti portatori di pericolosità, comune o qualificata. Il procedimento di prevenzione pertanto:
- può proseguire, se già iniziato quando il soggetto proposto per la loro applicazione sia deceduto nelle more del procedimento, *"nei confronti degli eredi"* e *"degli aventi causa"*;
- può essere iniziato *"nei riguardi dei successori a titolo universale o particolare"* quando il proponibile sia deceduto, ma *"entro il termine di cinque anni dal decesso"*;
- può essere iniziato o proseguito nei confronti del soggetto dichiarato pericoloso che sia assente, residente o dimorante all'estero *"relativamente ai beni che si ha motivo di ritenere che siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego"*;
- può essere iniziato o proseguito allorché il soggetto inciso sia sottoposto ad una misura di sicurezza detentiva o alla libertà vigilata e pertanto non possa darsi corso alla misura di prevenzione patrimoniale.
5 I confini applicativi delle predette misure sono sempre meno chiari, anche nella giurisprudenza della Cassazione e finanche delle Sezioni Unite che, con la sentenza del 26 giugno 2014, n. 4880, si sono limitate ad osservare che il *"presupposto ineludibile di applicazione della misura di prevenzione patrimoniale continua ad essere la pericolosità del soggetto inciso"*,

infatti *"anche nei casi di applicazione disgiunta, il giudice della prevenzione deve valutare, sia pure* incidenter tantum, *la condizione di pericolosità del soggetto nei cui confronti sia richiesta la misura patrimoniale"*, atteso che *"la confisca disgiunta non è istituto che ha introdotto nel nostro ordinamento una diretta* actio in rem, *restando imprescindibile il rapporto tra pericolosità sociale del soggetto"* al momento dell'acquisto del bene *"e gli incrementi patrimoniali da lui conseguiti"*. In altri termini una misura non difforme dall'*actio in rem* ovvero dalla *civil forfeiture*, di matrice anglosassone che perseguono la *tainted* o *guilty property* e vengono applicate indipendentemente dall'accertamento di responsabilità penale del detentore, al fine di controllare l'uso illecito della proprietà. In dottrina è stato evidenziato che *"la confisca fondata sull'*actio in rem *è applicata all'esito di una procedura relativa al patrimonio, che non presenta come condizione indispensabile la pronunzia di una condanna; il prototipo di tale modello è rappresentato dalla* civil forfeiture *sempre più diffusa negli ordinamenti di* common law *(inglese, scozzese, irlandese, statunitense, australiano). In tale ambito si colloca, dopo le riforme intervenute tra il 2008 e il 2011, il sistema italiano delle misure di prevenzione patrimoniali, che, rispetto ai procedimenti civili di confisca tipici degli ordinamenti anglosassoni, presenta l'importante vantaggio di fruire degli strumenti di indagine propri del processo penale, e risulta contrassegnato da uno standard probatorio sicuramente più garantistico, occorrendo una rigorosa dimostrazione della derivazione illecita dei beni ovvero della sproporzione tra il patrimonio accumulato e i redditi legittimamente acquisiti"* (A. Balsamo, *Il Codice Antimafia e la proposta di direttiva Europea sulla confisca: quali prospettive per le misure patrimoniali nel contesto Europeo?*, in Diritto Penale Contemporaneo).

6 Cfr. Corte EDU Bocellari e Rizza c. Italia, 13 novembre 2007; Bongiorno e a. c. Italia, 5 gennaio 2010; Riela c. Italia, 4 settembre 2001, ric. n. 52439/99; Licata c. Italia, 27 maggio 2004; Andersson c. Italia, 20 giugno 2002. Anche dopo la riforma del 2011, la confisca di prevenzione *"può ancora essere ritenuta priva di carattere sanzionatorio di natura penale e quindi riconducibile, per le oggettive diversità dalle misure di prevenzione in senso stretto, a un* 'tertium genus' *costituito da una sanzione amministrativa, equiparabile, quanto al contenuto e agli effetti, alla misura di sicurezza prescritta dall'art. 240 c.p., comma 2"* (cfr. Cass. pen., Sez. I, 8 ottobre 2013, n. 48882; nello stesso senso, v. Cass. pen., Sez. I, 17 gennaio 2014, n. 16729; Cass. pen., Sez. I, 18 luglio 2013, n. 44327).

7 Cfr., Cass. pen., SS.UU., 26 giugno 2014, n. 4880: *"sono suscettibili di ablazione solo i beni acquistati nell'arco di tempo in cui si è manifestata la pericolosità sociale, indipendentemente dalla persistente pericolosità del soggetto al momento della proposta di prevenzione"*.

8 Cfr., in termini, Cass. pen, Sez. II, 27 marzo 2018, n. 14165.

9 Secondo la Corte Costituzionale, infatti, *"la garanzia della proprietà intanto varrebbe in quanto possa assolvere la propria funzione sociale che consiste nella sua capacità di favorire e incrementare lo sviluppo di altri diritti costituzionalmente protetti. Ma, se ciò non avviene, e se anzi si verifica la 'mortificazione' di quella funzione, il diritto di proprietà diviene antisociale e ne viene meno la ragione di tutela. E tra i beni e gli interessi, costituzionalmente rilevanti, da valutare nell'ambito della tutela della proprietà, vi sono le esigenze di garanzie dell'iniziativa privata, il cui libero ed equilibrato esercizio viene alterato da fattori estranei che ne inquinano le condizioni di funzionamento; vi sono, inoltre, i profili della solidarietà sociale ed economica che trovano concretizzazione attraverso lo svolgimento di attività lavorative legali, mentre le acquisizioni illecite, se non contrastate, incrementato i vincoli intimidatori e rendono 'allettante' l'attività illegale finalizzata al profitto"* (Cfr. Corte Costituzionale, 8 ottobre 1996, n. 335).

10 Come evidenziato in dottrina, infatti, la considerazione esplicita delle partecipazioni e dell'azienda, quale oggetto di sequestro, è una conquista abbastanza recente del legislatore antimafia. Infatti, in base all'assetto originario il sequestro poteva avere ad oggetto solo le *"cose"*piuttosto che i beni in senso giuridico e quindi il patrimonio in senso tradizionale, nella sua dimensione statica. L'originaria formulazione dell'art. 2 *quater* nell'indicare i beni oggetto di sequestro faceva riferimento esclusivamente ai mobili, i crediti, gli immobili registrati senza alcun riferimento alle universalità di beni, alle aziende ed alle partecipazioni sociali, trascurando gli aspetti dinamici dell'attività imprenditoriale, vale a dire l'azienda e le partecipazioni sociali (A. Gialanella, L'art. 2 quater della l. n. 575/1965: il punto sull'oggetto e l'esecuzione del sequestro e della confisca di prevenzione, in Cass. pen., 2004, 364; A. Ruggiero, Amministrazione dei beni sequestrati e confiscati, cit., 42; nonostante ciò, il legislatore non dimenticava di considerare le attività economiche in altre disposizioni antimafia, quale, ad esempio, la misura interdittiva prevista dall'art. 10 della l. 31 maggio 1965, n. 575 ovvero la sospensione temporanea dell'amministrazione dei beni utilizzati per lo svolgimento di attività economiche soggette ad intimidazione ed assoggettamento mafioso, disciplinata dall'art. 3 quater della l. 31 maggio 1965, n. 575 (introdotto con il d.l. 8 giugno 1992 n. 306). La transazione da custodia ad amministrazione dei beni sequestrati è stata compiuta dal legislatore antimafia solo con il d.l. 14 giugno 1989 n. 230 mentre l'estensione del provvedimento ablativo ai beni strumentali all'esercizio dell'attività di impresa costituiti in azienda è avvenuta solo in seguito alla riformulazione dell'art. 2 *undecies* della l. 31 maggio 1965, n. 575. In chiave estensiva si era del resto già pronunciata la giurisprudenza del S.C. Cass. pen., 1 febbraio 1985, Labata, in Cass. pen., 1986, 999; Cass. pen., 9 febbraio 1989, Nicoletti, in Cass. pen., 1990, I, 674.

11 Tale categoria, come rilevato in dottrina ed in giurisprudenza, è stata utilizzata in modo spregiudicato per trasformare la confisca di prevenzione o la confisca allargata ex art. 12 sexies d.l. 306/'92, oggi 416-bis 1 c.p., nonché la confisca *ex* art. 416-*bis*, comma settimo, in una forma di confisca generale dei beni in violazione del principio di legalità e di proporzione, e

del diritto di proprietà Cfr., in termini, Cass. pen., Sez. V, 17 dicembre 2013, n. 12493, con nota di Anna Maria Maugeri, *La Suprema Corte pretende un uso più consapevole della categoria dell'impresa mafiosa in conformità ai principi costituzionali,* in *Diritto Penale Contemporaneo*. Di recente, a fronte del monito alla moderazione operato dalla richiamata sentenza, si è assistito ad un nuovo utilizzo ampio di detta categoria sul presupposto che una volta dimostrato che l'impresa abbia utilizzato provviste finanziarie di esponenti mafiosi si può prescindere dall'onere di dimostrare la natura illecita del singolo cespite (cfr., da ultimo, Cass., Sez. V, 27 settembre 2019, n. 10983, con nota di Laura Ancona, in Osservatorio Misure di Prevenzione, https://www.osservatoriomisurediprevenzione.it/la-corte-di-cassazione-allarga-ancora-i-limiti-del-concetto-di-impresa-mafiosa/).

12 Sarà, in altri termini, imprescindibile la dimostrazione della correlazione, specifica e concreta, tra la gestione dell'impresa e le attività riconducibili al soggetto inciso in virtù dell'accertata pericolosità, posto che i beni costituenti l'azienda sono di proprietà o quantomeno nella disponibilità della società, che è un soggetto terzo ed estraneo rispetto alla persona del socio destinatario del provvedimento Cfr. Cass. pen. 20 gennaio 2014 n. 6766, in Foro it. Rep. 2014: *"ai fini del sequestro funzionale alla confisca del patrimonio di un'azienda amministrata da un soggetto indagato del delitto di partecipazione ad associazione di tipo mafioso, occorre dimostrare una correlazione, specifica e concreta, tra la gestione dell'impresa alla quale appartengono i beni da sequestrare e le attività riconducibili all'ipotizzato sodalizio criminale, non essendo sufficiente, di per sé, il riferimento alla sola circostanza che il soggetto eserciti le funzioni di amministrazione della società*"; Cfr. Cass. civ., 24 maggio 2012, n. 8238, in Foro it., Rep. 2012, voce Fallimento, n. 216; Cass. pen., 12 dicembre 1997, n. 5115, Greco, in Giust. pen., 1999, III, 125 (s.m.). Capita, al contrario, di frequente che nei provvedimenti di sequestro e di confisca vengano confusi il sequestro di azienda ed il sequestro delle partecipazioni sociali o addirittura che venga indistintamente richiesto il sequestro dell'azienda, delle quote, dei conti correnti e di tutto il patrimonio sociale. A differenza di quanto sancito in materia misure cautelari, infatti, manca in *subiecta materia* un analogo criterio di proporzionalità (cfr., in tema di estensione dei criteri sanciti dall'art. 275 c.p.p., Cass. pen., Sez. III, 15 dicembre 2011, n. 12500). Non sono mancati casi in cui è stata ritenuta sequestrabile la 'società' soggetto di rapporti giuridici, piuttosto che l'azienda oggetto di rapporti di diritto pubblico e di diritto privato, sulla scorta della non chiara formulazione dell'art. 104-*bis* Disp. Att. c.p.p (Cfr. Trib. Napoli (ord.) 28 dicembre 2009, n. 529, con tale provvedimento i Giudici di merito hanno statuito la necessaria nomina di un amministratore giudiziario *"nel caso in cui il sequestro preventivo abbia per oggetto [...] società*"; Trib. S.M. Capua Vetere provvedimento del 26-29 maggio 1995, ined., reso nel procedimento di prevenzione n. 39/93 e richiamato da Trib S.M. Capua Vetere - sez. fallimentare (ord.) 20 aprile 2001, in www.ilfallimento.it).

13 Garofoli. R., *Il contrasto ai reati di impresa nel d.lgs. n. 231 del 2001 e nel d.l. n. 90 del 2014: non solo repressione, ma prevenzione e continuità aziendale*, in www.penalecontemporaneo.it, 30.9.2015, 15.

14 R. Borsari, *Misure per il contrasto alla criminalità d'impresa* in Diritto on line (2018).

15 Id. nonché Biffa, R., Confische, commissariamenti, interdittive, provvedimenti di straordinaria amministrazione e gestione: l'impresa è oggetto di misure dai non chiari confini, in Resp. amm. soc. enti, 2016, 1, 234 ss.).

16 Il riferimento è al decreto reso dal Tribunale di Milano, Sezione per le misure di prevenzione, 27 maggio 2020, n. 9 ed al decreto reso in sede cautelare dal GIP di La Spezia, in data 2.11.2020, con i quali è stata disposta a fronte del medesimo delitto ma con il presupposto di una diversa portata soggettiva dello stesso, rispettivamente la misura dell'amministrazione giudiziaria con affiancamento dell'A.G. nella *governance* e precipui poteri di revisione dei modelli 231 e la misura del 'controllo giudiziario dell'azienda' *ex* art. 3 L. 29 ottobre 2016 n. 199, con analoga funzione ausiliaria degli organi di gestione societaria.

17 Id. Tr. Milano decreto 9/2020, nonché cfr. Decreti resi nel proc. n. 14/15 RGNR, contro S.N.C. GM Gomme, n. 34/16 RGNR, contro NOLOSTAND srl, n. 58/16 RGNR, contro FIERAMILANO spa, n. 35/17 RGNR emesso contro LIDL srl, n. 59/19 RGNR contro CEVA LOGISTICS ITALIA SRL, n. 75/18 RGNR contro FARMACIA FIDUCIARIA srl.

18 Id.

19 Tribunale di Milano, decreto del 23.6.2016, Nolostand spa.

20 M. Biffa, Avvocato penalista, Foro di Roma, in Rivista 231.

22 Modello 231 nell' ambito delle procedure di sequestro e confisca delle aziende. Spunti di riflessione.

di Simone Maria D'Arcangelo, Enrico De Fusco, Andrea Mazzillo, Nicola Sciarra e Pasqualino Silvestre

Abstract

Il professionista amministratore giudiziario, nello svolgimento della sua attività di gestione di aziende in sequestro/confisca, opera contemperando norme di diritto civile, amministrativo e fiscale con le direttive di natura penalistica "impartite" dal giudice penale.

L'attività di amministrazione di aziende sottoposte a sequestro e confisca trova oggi la sua principale disciplina giuridica nel D. lgs 159/2011 (Codice Antimafia), la cui applicazione verrà ulteriormente estesa, stante la modifica dell'art.104 Disp. Att., C.p.p., (in vigore dal 1.9.2021), alle ipotesi disciplinate dall'art.321, c.2, C.p.p. e ai "casi particolari" di cui all'art.240-bis, C.p.

Da una lettura critica del D. lgs. 159/2011, nasce l'idea sviluppare un percorso di armonizzazione ed efficientamento funzionale delle attività di amministrazione e conservazione degli enti in sequestro mediante adozione di modelli di gestione organizzazione e controllo, ex D. lgs. 231 del 2001.

Il combinato disposto degli artt. 40 e 41 prevede che entro i termini ivi previsti, l'amministratore presenti una "relazione particolareggiata sulla base degli ulteriori dati acquisiti", illustrando l'eventuale "sussistenza di concrete possibilità di prosecuzione o di ripresa dell'attività"; volta ad ottenere l'approvazione e conseguente nulla osta del Tribunale (ex art. 41, c.1-sexies) per la prosecuzione dell'attività.

L'art. 35-bis c.2, prevede che dal sequestro, e sino all'approvazione del programma di cui all'art.41, comma 1, lettera c), "per un periodo di sei mesi dalla notificazione dell'accertamento è sospesa l'irrogazione delle sanzioni ed entro lo stesso termine l'amministratore giudiziario procede alla sanatoria delle violazioni eventualmente riscontrate, presentando apposita istanza alla pubblica amministrazione interessata, sentito il giudice delegato".

L'art. 41 1° octies 7 co.2, stabilisce che: "per le società sottoposte a sequestro le cause di scioglimento per riduzione o perdita del capitale sociale, non operano dalla data di immissione in possesso sino all'approvazione del programma di prosecuzione o ripresa dell'attività, e per lo stesso periodo non si applicano gli artt. 2446 c.2-3, 2447, 2448-bis c. 4-5-6 e 2482-ter C.c.".

Infine, l'art. 34-bis, comma 3, l. d) dispone che: "Con il provvedimento di cui alla lettera b) del comma 2, il tribunale… può imporre l'obbligo: … di adottare ed efficacemente attuare misure organizzative, anche ai sensi degli articoli 6, 7 e 24-ter del D. lgs. 8.6.2001, n. 231, e s.m.".

L'amministratore giudiziario al momento del suo insediamento procede ad un'analisi di "gestione dei rischi" valutando sia le criticità gestionali in essere, sia la possibilità di commissione di futuri reati tenendo conto del settore operativo dell'azienda in gestione.

Analizzando i dati della principale banca dati del settore, gestita dalla Agenzia Nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei Beni Sequestrati e Confiscati si può rilevare come le aziende confiscate, in gestione dell'ANBSC o da questa destinate, siano complessivamente pari a 2.383 con concentrazione in regioni quali il Lazio (13,09%), Campania (18,52%), Sicilia (31,68%) e Calabria (12,89%) che raccolgono oltre il 76% del dato nazionale; i settori delle costruzioni (23,42%), commercio al dettaglio e all'ingrosso (21,07%), servizi di alloggio e ristorazione (8,43%) ed immobiliari (7,18%) sono quelli maggiormente interessati.

L'A.G. ad inizio mandato, con una analisi di "gestione del rischio" valutativa delle criticità gestionali in essere o possibili, sarà in grado, con un'attività simile a quella prodromica all'adozione di un modello 231, di predisporre un adeguato "modello di organizzazione e gestione".

Obiettivo del paper è la presentazione di un set di linee guida, su alcuni dei reati presupposto, da seguire per la predisposizione di un adeguato modello 231 ritagliato sulle principali necessità delle amministrazioni giudiziarie al fine di fornire un valido strumento di supporto alle attività dei professionisti chiamati a tale compito.

The judicial administrator operates conforming the norms of civil, administrative and fiscal rights in business management of seizure and confiscation.
In accomplishing that, he observes the penal directives imposed by the judicial judge.
The administrative activity of companies subject to seizure and confiscation is disciplined by the legislative decree 159/2011 (Anti – Mafia Code). The application of the decree will be additionally extended thanks to the modification of the article n. 104 Disp. Att., C.p.p. (in force since 1.9.2021) and the hypothesis disciplined by the art.321, c.2, C.p.p. e and the particular cases of the art.240-bis, C.p.
Reading the legislative decree 159/2011, it is born the idea of developing a path for the harmonization and efficiency functional process for the administrative activities and conservation of seizured institutions through the adoption of management, organization and control models, ex D. lgs. 231 del 2001.
The articles 40 and 41 provide that, if the administrator presents a relation on the basis of the ulterior collected data, in a given time, explaining the subsistence of possibility of resumption of activities. This relation needs to be approved and authorized by the court for the continuation of activities.
The article 35-bis c.2, needs that from the seizure to the approbation of the program (all'art.41, comma 1, lettera c) for six months from the notification of the assessment, the imposition of the penalties is temporary suspended and in the meanwhile the judicial administrator moves forward with the amnesty of the violations, presenting the instance to the public administration, after the consent of the judge.
The art. 42 ° octies 7 co.2 establishes that for the seizured companies, that dissolves for reduction or loss of share capital, they don't operate from the placing date to the approbation of the program for the continuation of the activities. In this period they can't be applied the 2446 c.2-3, 2447, 2448-bis c. 4-5-6 e 2482-ter C.c.".
The article 34, comma 3, l. d) disposes that: the measure by the letter b) comma 2 the court can impose the requirement to adopt and implement the organizative measures, following the articles 6, 7 e 24-ter del D. lgs. 8.6.2001, n. 231, e s.m.".
The judicial administrator, once installed, analyzes the risks management, valuing the management issues, and the possibility of potential future crimes, taking into account the operative sector of the society.
Analyzing the data inside the database of the sector, managed by the National Agency for the administration and the destination of the seizured and confiscated goods, it is possible to detected that the seized companies (managed by ANBSC) are 2.383 focused more in Lazio (13,09%), Campania (18,52%), Sicilia (31,68%) e Calabria (12,89%) that collects more than 76% of the national data; the sectors more interested are: the building sectors (23,42%), retailing (21,07%), accommodations and food services (8,43%) and real estate (7,18%).
The A.G with an analysis on the risk's management that values the managerial outstanding or potential issues, it will be able to present an adequate organizational and managerial model, thanks to the anticipator activities of the adoption of a model 231.
The objective of the paper is to present a set of guidelines, of some of the crimes ruled by 231 norm, to follow for the predisposition of an appropriate model 231 tailored on the principal needs of the giudicial administrations. This to provide an efficient tool to support the activities of professionals of the sector.

Sommario

1. Premessa - **2.** Breve panoramica normativa presa a riferimento - **2.1.** D. lgs. 231/2001 - **2.2.** D. lgs 159/2011 - **2.3.** D. lgs. 14/2019 (Codice della crisi) - **2.4.** Art. 2086 comma 2 Cod. Civ. - Gestione dell'impresa - **3.** Analisi sintetica di alcuni reati presupposto - **3.1.** Premessa - **3.2.** Reati Societari - **3.2.1.** Cenni normativi - **3.2.2.** Strumenti di gestione del rischio - **3.3.** Reati fiscali - **3.3.1.** Cenni normativi - **3.3.2.** Strumenti di controllo del rischio fiscale: il Tax Control Framework. - **3.3.3.** Il ruolo dell'OdV nella prevenzione dei reati tributari - **3.4.** Reati informatici - **3.4.1.** Cenni normativi - **3.4.2.** Il sistema sanzionatorio - **3.4.3.** Strumenti di prevenzione - **3.5.** Reati contro la pubblica amministrazione - **3.5.1.** Cenni normativi - **3.5.2.** Le recenti novità normative in materia di reati contro la pubblica amministrazione - **3.5.3.** L'anticorruzione ed i modelli "231" negli enti Pubblici - **3.5.4.** Conclusioni - **4.** Attività dell'amministratore giudiziario nella gestione di azienda in sequestro di prevenzione - cenni. - **4.1.** Considerazioni sulla organizzazione gestionale di un'azienda in sequestro - **5.** L'utilità di predisporre di un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile di azienda oggetto di sequestro di prevenzione.

1. Premessa

Nel giugno del 2021 il Decreto legislativo 231 del 2001, disciplinante la responsabilità penale–amministrativa da reato delle società e degli enti compirà i suoi primi venti anni di vita. Nonostante il pieno conseguimento dell'età adulta, tuttavia, ad oggi non vi è alcuna prova empirica che la normativa in essere sia realmente efficiente e funzionale al fine di lotta al crimine societario cui è preposta, non essendo stata mai sottoposta ad un'analisi economica degli effetti prodotti che ne consenta una valutazione scientifica di costi e benefici.

Di particolare interesse, in tale ottica, si rivela un recente studio pubblicato a cura del *Journal of Cleaner Production* della Università del Tennessee dal titolo: *Corporate corruption prevention, sustainable governance and legislation: first exploratory evidence from the italian scenario*[1] *(gennaio 2019)*. In tale lavoro, sviluppato nell'ottica dell'analisi "*law and economics*", si è tentato per la prima volta di analizzare con metodo scientifico la sostenibilità delle *governance* societarie volta alla prevenzione della corruzione, con particolare attenzione ai dati dimensionali dell'ente ed al coinvolgimento dell'organo amministrativo nell'attività di prevenzione. Sullo sfondo la sostenibilità degli adempimenti correlati al D. lgs. 231 del 2001 e alla legge 190 del 2012, nell'ottica della produttività e competitività delle persone giuridiche chiamate a doverne recepire i dettami in appositi modelli organizzativi. Le conclusioni correlate allo studio sono sorprendenti:

"*The adoption of corruption prevention plans increase the corporate bureaucratic process, involving a loss of efficiency and, consequently, a decrease in company performance*".

L'analisi economica della normativa anticorruzione ai fini 231, dunque, rileverebbe che la stessa, lungi dal conseguire l'effetto preventivo cui è preposta, avrebbe invece prodotto l'effetto paradosso di comportare sia una burocratizzazione dei processi aziendali che una perdita di efficienza e prestazioni economiche degli enti che la applicano.

Il tutto in un contesto in cui i dati statistici in tema di anticorruzione e modello 231 del Ministero della Giustizia, dimostrano come, a fronte di circa quattro milioni e mezzo di imprese presenti sul territorio nazionale[2] il numero di procedimenti istruiti e definiti nel quadriennio dal 2013 al 2016, non abbiano mai superato la doppia cifra per anno[3].

Ciò nonostante, coerentemente con l'ipertrofia normativa del legislatore contemporaneo, caratterizzato come non mai da compulsività approssimazione e simbolismo penale, il decreto 231, lungi dall'essere sottoposto a revisione critica, ha ricevuto ulteriori implementazioni, recependo tra i reati presupposto molti dei reati tributari, (L. 19 dicembre 2019, n. 157, di conversione del d. L. 26 ottobre 2019, n. 124 (c.d. decreto fiscale) ultima modifica disposta con il d. lgs 75 del 2020), la normativa sul contrabbando, nonché i delitti del peculato e dell'abuso d'ufficio.

Se dunque non vi è alcuna evidenza della reale efficienza della legislazione 231 ai fini di prevenzione dei reati commissibili nell'interesse o a vantaggio di società ed enti, si deve d'altra parte riconoscere che l'adozione di un modello di organizzazione, prevenzione e controllo, potrebbe tuttavia acquisire l'ulteriore funzione di rappresentare un efficiente strumento di organizzazione societaria consentendo all'imprenditore di adempiere all'obbligo posto dall'art. 2086, c2, c.c. di *"istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale".*

In tale ruolo un modello 231 "allargato" potrebbe operare una fusione sinergica della pluralità di norme che governano la vita societaria (anticorruzione, antiriciclaggio, tutela della privacy, ecc.) realizzandone una "*reductio ad unitatem*" che consenta all'ente di massimizzare le proprie risorse implementando al contempo un clima ostico alla realizzazione di reati.

In tale prospettiva, dunque, il presente contributo si propone di gettare le primi basi per l'elaborazione di un MOG che sia specificatamente rivolto a quella particolare tipologia di persone giuridiche costituite dalla società in amministrazione giudiziaria. Enti quanto mai complessi perché chiamati ad operare in contesti permeati dalla pregressa sussistenza di reali fattispecie di reato (e non meramente ipotizzate), e dalla necessità di amministrare la società ablata evitando la reiterazione dei reati contestati, ripristinando la piena legalità dell'ente, mantenendolo efficientemente in vita sino all'eventuale confisca; non ultimo tentando di tutelare i lavoratori.

Tale importanza è stata oggi indirettamente riconosciuta dalla L. n. 3 del 2019 all'atto del modificare l'art. 25 del D. Lgs. 231, con l'introduzione del il <u>comma 5-bis</u> a norma del quale: *"Se prima della sentenza di primo grado l'ente si è efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per*

assicurare le prove dei reati e per l'individuazione dei responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite e ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi, le sanzioni interdittive hanno la durata stabilita dall'articolo 13, comma 2."
Onere che potrebbe dover essere adempiuto dallo stesso amministratore giudiziale a tutela dell'Ente affidatogli.
Ulteriore conferma è poi rinvenibile nella disciplina dell'art. 34-bis introdotto dall'ultima novazione della L. 159 del 2011, ove ora si dispone che: " *… con il provvedimento di cui alla lettera b) del comma 2, il tribunale stabilisce i compiti dell'amministratore giudiziario finalizzati alle attività di controllo e può imporre l'obbligo: … d) di adottare ed efficacemente attuare misure organizzative, anche ai sensi degli articoli 6, 7 e 24-ter del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, e successive modificazioni*".
Se, dunque, il legislatore stesso ha ritenuto di dover prevedere l'applicazione dei modelli alle società che lo Stato è chiamato a gestire in esito a provvedimenti cautelari di sequestro disposti dalla magistratura, è evidente che ritenga astrattamente validi tali strumenti: perché possano esserlo realmente, tuttavia, gli stessi dovranno essere sviluppati in concreto da chi conosce il settore e le sue specifiche asperità.

2. Breve panoramica normativa presa a riferimento

Occorre preliminarmente notare che ad oggi l'applicazione delle prescrizioni previste dal D. Lgs 231, nelle aziende oggetto di misure di prevenzione patrimoniale, è ancora poco applicata. Gli aggiornamenti in materia sono continui e varie sono state le modifiche legislative, ai fini della trattazione appare quindi utile effettuare un breve sunto normativo.

2.1. D. lgs. 231/2001

Nella Parte I "Diritti e doveri dei cittadini" – Titolo I (Rapporti civili), l'articolo 27 della nostra Costituzione sancisce che la responsabilità penale è personale. Il decreto legislativo 231/2001 ha però introdotto una rivoluzione in quanto, in deroga al principio "*Societas deliquere non postest*", la responsabilità degli enti, in caso di violazioni, ha natura penale.
L'ente (inteso come soggetto munito di personalità giuridica e società ed associazioni anche prive di personalità giuridica ad eccezione dello Stato, enti pubblici territoriali, entri pubblici non economici, enti che svolgono funzioni di rilevanza costituzionale) ha quindi una responsabilità penale derivante da illeciti amministrativi.
Questo ha suscitato filoni della dottrina giuridica spesso non omogenei ed è altresì il motivo per cui troviamo spesso la coesistenza di definizioni di "responsabilità amministrativa degli enti" e di "responsabilità penale degli enti" in rapporto al decreto in esame.
Occorre sottolineare come sia praticamente "mettere in manette" una società (solo un singolo individuo può essere punito con la reclusione): di conseguenza, in caso di violazioni, il procedimento penale si traduce in sanzioni di natura pecuniaria.
Detta responsabilità, per l'ente, è inerente ai reati posti in essere da soggetti in posizione apicale (art. 5 c.1 lett. a) o soggetti sottoposti alla direzione di un apicale (art. 5 c.1 lett. b), per illeciti condotti nell'interesse e/o a vantaggio dell'ente dove interesse e vantaggio sono da intendersi come due condizioni indipendenti non necessariamente coesistenti: è sufficiente un interesse (come tale valutabile a priori) o un vantaggio (valutabile a posteriori) per far scattare la responsabilità.
Doveroso aggiungere che se il reato è commesso da soggetto in posizione apicale la colpa dell'ente è presunta (*successivamente l'organizzazione dovrà adoperarsi nel provare eventuali condizioni di esonero)* mentre nel caso di commissione da parte di un soggetto sottoposto, l'ente sarà responsabile se l'illecito è stato reso possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza.
La Legge n. 3 del 2019 ha apportato modifiche all'art. 25 del D. lgs. 231, introducendo il *comma 5bis*:
"Se prima della sentenza di primo grado l'ente si è efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione dei responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite e ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi, le sanzioni interdittive hanno la durata stabilita dall'articolo 13, comma 2."
Viene quindi prevista una sanzione interdittiva attenuata ("*non inferiore a tre mesi e non superiore a due anni*") nel caso in cui, prima della sentenza di primo grado, l'Ente si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione dei responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità e abbia eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione

e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi.
L'introduzione di un modello "231", anche successiva all'applicazione di misure di prevenzione, appare quindi utile, per la "salvaguardia" dell'Ente, permettendo di ottenere per la società o l'ente che collabora, uno sconto della pena.
Il D. lgs n.231/2001 come strumento di compliance aziendale, elemento centrale intorno al quale ruota la gran parte delle attività di compliance aziendali è identificato nel modello organizzativo esimente la punibilità degli Enti introdotto nel nostro ordinamento giuridico dal D. lgs. 231/2001.
Abbiamo visto che la condizione affinché la Società possa beneficiare dell'«esimente» ai fini del D. lgs 231/2001 è l'aver adottato ed efficacemente attuato un Modello di organizzazione, gestione e controllo (MOG). In estrema sintesi, la predisposizione di un MOG prevede lo svolgimento delle seguenti fasi: a) identificazione dei processi aziendali maggiormente esposti al rischio di commissione di un reato ex D. lgs 231/2001); b) *Risk Self-Assessment*; c) identificazione delle eventuali carenze del sistema di controllo interno in essere in ciascuno dei processi esposti al rischio; d) redazione, approvazione e monitoraggio del MOG (ODV);
In questa prospettiva, anche al fine di giungere ad esprimere un giudizio di prosecuzione dell'attività, ex art. 41 del codice antimafia, per l'amministratore giudiziario, assume rilevante importanza disporre di strumenti di monitoraggio interno con rilevanza giuridica in attuazione al modello di organizzazione 231, in grado di prevedere in anticipo le condizioni circa la salvaguardia della continuità aziendale. Da un punto di vista operativo è quindi necessario attenersi alla prospettiva del *forward looking* (approccio predittivo) così come attuata dalla riforma del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza con l'introduzione dell'art.13 rubricato "indicatori e indici della crisi". In tal senso, l'amministratore giudiziario dovrà tener conto, ad esempio, dei costi per il ripristino della legalità tipo: regolarizzazione dei rapporti di lavoro, adeguamento delle norme di sicurezza sugli ambienti di lavoro, ravvedimenti operosi, etc. dal momento che tra le categorie di aziende sopra descritte possono presentarsi realtà con margini estremamente positivi che in larga parte sono il risultato della gestione illecita condotta fino al provvedimento di sequestro.

2.2. D. lgs 159/2011

La Legge n. 161/2017, ha innovato profondamente il D. lgs. 159/2011 c.d. "Codice Antimafia", introducendo tra l'altro dell'art. 34-*bis* rubricato "Controllo giudiziario delle aziende"[4]..-
I 'nuovi' articoli 34 e 34-*bis* d.lgs. n. 159/2011, introducono strumenti giuridici contrassegnati da un diverso livello di invasività dell'intervento giudiziario nelle aziende oggetto di misura di prevenzione, cui corrisponde un ventaglio di possibili interrelazioni tra l'attività di impresa e il crimine organizzato, espresso nelle diverse ipotesi di:

1. beni costituiti in azienda che risultino essere la proiezione economica della pericolosità del proposto in via diretta, nei confronti dei quali trova applicazione l'istituto del 'classico' sequestro preordinato alla confisca;
2. attività di impresa che nasce libera e non inquinata, ma che risulta oggetto – per così dire *ex post* – di condizionamento (anche in un settore specifico o in una particolare realtà territoriale) da parte dell'ente mafioso o che finisce per agevolare, almeno in parte, ma in modo stabile, le attività di persone portatrici di pericolosità, per la quale trova applicazione la disciplina dell'amministrazione giudiziaria *ex* art. 34 d. lgs. n. 159/2011;
3. situazioni di pericolo concreto di infiltrazioni mafiose nell'esercizio delle attività di impresa con occasionale agevolazione delle finalità perseguite dalla persona pericolosa, con applicazione del controllo giudiziario introdotto dal novello art. 34-*bis* D. lgs. n. 159/2011.

La riforma del Codice Antimafia del 2017, introduce l'istituto in commento al fine di potenziare l'efficacia del complessivo apparato di prevenzione patrimoniale previsto nel Titolo II del Codice Antimafia, proponendo anche una dimensione *lato sensu economico* garantistica, permettendo la prosecuzione dell'attività di impresa, coniugandola con le esigenze di tutela della collettività e dell'economia e realizzando una incisiva ed effettiva *prevenzione* dalle infiltrazioni mafiose, anche allo scopo di evitare le frequenti conseguenze negative – prevalentemente costituite dalla paralisi dei cicli produttivi – indotte dall'adozione di strumenti dalla più spiccata invasività.
Altresì si può riconoscere nelle intenzioni del legislatore, dalla genesi dell'art. *34-bis* una sorta di 'vigilanza prescrittiva', affidata a un commissario giudiziario nominato dal Tribunale con il compito di monitorare dall'interno dell'azienda il corretto compimento delle prescrizioni impartite dall'Autorità giudiziaria.

2.3. D. lgs. 14/2019 (Codice della crisi)

Come è noto a decorrere dal 1° settembre 2021 entrerà pienamente in vigore il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al Decreto legislativo n.14 del 12 gennaio 2019 recentemente riformato con il decreto correttivo Decreto

legislativo n.147 del 26 ottobre 2020. Tuttavia, la disciplina transitoria dettata dall'articolo 390 del Codice della crisi stabilisce che, le disposizioni legislative contenute, tra gli altri, negli articoli 375, 377 e 378 sono in vigore dallo scorso 16 marzo 2019. Le specifiche disposizioni, che hanno effetto immediato, si riferiscono, all'articolo 2086 del codice civile che commenteremo meglio nel prossimo paragrafo, che riguarda l'obbligo da parte degli amministratori di predisporre adeguati assetti organizzativi dell'impresa laddove ai sensi del quinto comma dell'articolo 2476 del codice civile *"... gli amministratori rispondono verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio aziendale".*

Ebbene, partendo proprio da tali presupposti si ritiene che esista un nesso giuridico tra il D. lgs n.14/2019 (Codice della Crisi d'impresa), il D. lgs 159/2011 (Codice Antimafia) e il D. lgs 231/2001 (responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato) tenuto conto che tra le imprese in sequestro possono annoverarsi le imprese in crisi, imprese apparentemente sane ed imprese sane, con evidenti risultati economici e patrimoniali provenienti da atti illeciti.

Alla base di ciò, appare evidente che il legislatore abbia privilegiato l'interesse di salvaguardare la continuità aziendale e l'integrità dell'impresa, intesa come fonte di ricchezza, da risanare e da restituire al mercato. In tal senso, con l'avvento del codice della crisi d'impresa, si ritiene che, anche l'amministratore giudiziario rientri tra i soggetti obbligati a verificare se l'impresa sia dotata di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e dimensione della stessa, idoneo a rilevare tempestivamente la crisi d'impresa e la perdita di continuità aziendale.

Garantire la continuità aziendale mediante l'istituzione ed il monitoraggio di adeguati assetti organizzativi è senz'altro da considerarsi uno dei punti cardini che lega le suddette norme. Prendiamo, ad esempio, l'art. 35, co.5, del codice antimafia secondo cui l'amministratore giudiziario ha *"il compito di provvedere alla custodia, alla conservazione e all'amministrazione dei beni sequestrati nel corso dell'intero procedimento, anche al fine di incrementare, se possibile, la redditività dei beni medesimi.";* inoltre, come elemento oggetto di esimente di responsabilità occorre menzionare l'art. 35-*bis*, 1°comma del codice antimafia relativamente agli atti di gestione compiuti nel periodo di efficacia del provvedimento di sequestro, fatto salvo, il dovere dell'amministratore giudiziario di predisporre una relazione particolareggiata circa lo stato della continuità aziendale e le reali prospettive di esecuzione per consentire al tribunale di approvare o meno il programma per scongiurare che una ipotesi di interruzione possa comportare un danno grave; segue infine il principio che vede l'impresa in crisi, oggetto di sequestro, essere portatrice di interessi tra gli *stakeholders* quali: clienti, fornitori, dipendenti, banche e amministrazioni pubbliche. In tale ambito, a seguito della relazione ex art.41 D. lgs n.159/2011 si ritiene che sia un dovere per l'amministratore giudiziario, verificare se esistono i presupposti per attivare o meno le procedure previste dal sistema di allerta (art.12 e segg. Cci.) anche al fine di scongiurare tempestivamente la perdita di continuità aziendale.

Infine, occorre evidenziare il nesso con l'art.6 lettera a) del decreto legislativo n.231/2001 laddove la società non risponde se prova che "*a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi";*

Appare quindi evidente che il tema dell'adeguatezza degli assetti organizzativi aziendali siano ritenuti un punto centrale del decreto legislativo n.231/2001 ai fini della prevenzione di atti penalmente rilevanti laddove si fa riferimento all'articolo 2381 del codice civile in tema di doveri dell'amministratore delegato[5].

2.4. Art. 2086 comma 2 Cod. Civ. - Gestione dell'impresa

Con l'entrata in vigore dell'art. 375, del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (D.lgs n.14/2019) è stato integrato l'art. 2086 del c.c. con la previsione che "*L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale".*

Si ritiene, pertanto, che la *disclosure* del programma di gestione delle imprese poste sotto sequestro e confisca assuma un notevole rilievo rispetto alla portata innovativa del codice della crisi d'impresa. A tale proposito per meglio comprendere il fenomeno e le possibili soluzioni appare logico e coerente delineare sinteticamente alcuni punti centrali discendenti dall'attuale disciplina della crisi d'impresa ovvero la necessità di adeguare l'assetto organizzativo aziendale e le implicazioni di natura civilistica e penale per l'amministratore

giudiziario per l'inosservanza degli obblighi sanciti dall'art. 2086.
A tal proposito, tutti gli amministratori che non avranno dotato l'azienda di un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile capace di intercettare gli indizi della crisi e soprattutto la perdita di continuità aziendale risponderanno con il proprio patrimonio delle obbligazioni sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, così come disposto dall'articolo 2476 del codice civile.
In sostanza rimane nella piena responsabilità dell'amministratore giudiziario disporre circa le modalità di come in concreto strutturare gli assetti organizzativi al fine di soddisfare i criteri di adeguatezza e tempestività nell'intercettare significativi indizi di crisi nonché poter assolvere ai doveri imposti dall'art.41 del codice antimafia.

3. Analisi sintetica di alcuni reati presupposto

3.1. Premessa

La responsabilità penale degli enti è una fattispecie di responsabilità penale derivante da illecito amministrativo introdotta dal D. lgs. 231/2001 e dalla legge 146/2006. Il Decreto legislativo 231 del 8 giugno 2001, n. 231, relativo a *Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica* attua la legge delega n. 300/2000 e ha introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento la responsabilità penale degli enti.
Si tratta di una norma che rende responsabile l'ente per i reati posti in essere dai suoi amministratori, dirigenti o dipendenti nell'interesse e/o a vantaggio dell'ente stesso.
Prima dell'emanazione del D. lgs. 231/2001 non vi era un sistema normativo che prevedesse conseguenze sanzionatorie dirette nei confronti di enti per i reati posti in essere a vantaggio di questi ultimi da amministratori, dirigenti o dipendenti: l'unica sanzione prevista era l'applicazione di multe ed ammende.
Il D. lgs. 231/2001 si rivolge agli enti forniti di personalità giuridica, società fornite di personalità giuridica e associazioni anche prive di personalità giuridica. Sono esclusi lo Stato, enti pubblici territoriali ed enti con funzioni di rilievo costituzionale.
Come indicato all'art. 5, lettera a, del D. lgs. 231/2001, sono interessati i soggetti che rivestono funzioni di rappresentanza, amministrazione o direzione dell'Ente stesso o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale o che ne esercitano, anche di fatto, la gestione ed il controllo.
All'art. 5, lettera b, sono indicate le persone sottoposte alla direzione o vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a).
Viene, tuttavia, esclusa la responsabilità dell'ente nel caso in cui le persone che ricoprono incarichi apicali e quindi dirigenziali, ovvero soggette "all'altrui direzione" hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi.
Lo stesso D. lgs. 231/2001 prevede la possibile esclusione di responsabilità nel caso in cui la società abbia adottato ed efficacemente attuato modelli di organizzazione, gestione e controllo idonei a prevenire la realizzazione degli illeciti penali anche mediante l'istituzione di un organo di controllo interno all'ente con il compito di vigilare sull'efficacia del modello, da cui nasce il termine modello 231 nelle aziende.

3.2. Reati Societari

3.2.1. Cenni normativi

L'amministratore giudiziario, nella gestione dell'azienda in sequestro, sin dalle prime fasi della presa in carico, affronta svariati problemi, diversificati nella natura e nelle soluzioni a seconda della tipologia d'impresa, delle caratteristiche del mercato di riferimento e del contesto territoriale.
Inoltre, si aggiunge l'esigenza di contrastare le ripercussioni (negative) derivanti dall'introduzione di un regime di legalità che, in un contesto precedentemente regolato da logiche e norme "proprie" del sodalizio criminale, può facilmente determinare una destabilizzazione dell'assetto aziendale.
In tale ambito, impatta il Decreto legislativo 231/2001 ed in modo particolare la disciplina sui reati societari di cui all'art.25ter, laddove, spetterebbe all'amministratore giudiziario attuare le modalità di azione atte alla prevenzione, riduzione del rischio e alla dissuasione dal porre in atto condotte fraudolente quali ad esempio creazione di fondi extra contabili (cd. "fondi neri") a danno dell'impresa o quale strumento per la realizzazione di reati di natura corruttiva.
Nella fattispecie occorre considerare il comma 1, punto s-*bis* dell'art.25-*ter* del D. lgs 231/2001 che dispone sul delitto di corruzione tra privati, nei casi previsti dal terzo comma dell'articolo 2635 del codice civile, laddove si prevede la sanzione pecuniaria da quattrocento a seicento quote e, nei casi di istigazione di cui al primo comma dell'articolo 2635-*bis* del codice civile, la sanzione pecuniaria da duecento a quattrocento quote. Si applicano altresì le sanzioni interdittive previste

dall'articolo 9, comma 2.
Appare evidente che nell'ambito della *governance* dell'azienda posta in sequestro, il sistema di controllo interno assume un ruolo centrale, posto che l'amministratore giudiziario nelle fasi iniziali dell'incarico è tenuto ad assolvere le disposizioni del combinato disposto del codice antimafia di cui agli artt. 40 e 41 che prevede che entro i termini ivi previsti, l'amministratore presenti una "relazione particolareggiata sulla base degli ulteriori dati acquisiti", illustrando l'eventuale "sussistenza di concrete possibilità di prosecuzione o di ripresa dell'attività"; volta ad ottenere l'approvazione e conseguente nulla osta del Tribunale (ex art. 41, c.1-*sexies*) per la prosecuzione dell'attività.
Inoltre, l'art. 35-*bis* c.2, prevede che dal sequestro, e sino all'approvazione del programma di cui all'art.41, comma 1, lettera c), "*per un periodo di sei mesi dalla notificazione dell'accertamento è sospesa l'irrogazione delle sanzioni ed entro lo stesso termine l'amministratore giudiziario procede alla sanatoria delle violazioni eventualmente riscontrate, presentando apposita istanza alla pubblica amministrazione interessata, sentito il giudice delegato*".
Ebbene, da tali premesse e nell'ottica dirimente di cui all'art.25-*ter* suddetto, è necessario affidarsi ai pilastri del modello organizzativo 231 che in modo operativo possono offrire un valido contributo per delineare una guida nel contesto del più ampio sistema di controllo interno in conformità ai modelli di riferimento forniti dagli organismi internazionali.

3.2.2. Strumenti di gestione del rischio

Entriamo quindi nella sfera del più evoluto standard della gestione del rischio che è rappresentato dal sistema ERM - *Enterprise Risk Mangement Framework*, che si fonda su otto elementi essenziali che possono essere messi in relazione con l'assetto per un efficace modello organizzativo 231.

ERM	Mod.231
Ambiente Interno	Codice etico/231
Definizione obiettivi	Emanazione modello
Identificazione eventi	Analisi aree e rischi
Valutazione rischi	Procedure aziendali
Risposta al rischio	*Compliance*
Informazione e comunicazione	Flussi informativi
Monitoraggio	ODV

Tra i principali modelli di riferimento del sistema di controllo interno spicca senza dubbio il COSO – *International Control-integrated Framework* emesso dal *Committee of sponsoring Organizations of the Treadway Commission* negli Stati Uniti. [6]

In tal caso gli strumenti di controllo vengono implementati con l'obiettivo di escludere la possibilità di concludere operazioni fittizie e non corrispondenti ai reali accadimenti contabili.
A tal proposito, ai fini dell'individuazione degli schemi di frode è possibile far riferimento ad una delle principali organizzazioni antifrode "*Association of Certified Fraud Examiners*" (ACFE) che riconduce i possibili schemi di frode in tre macrocategorie:

- Frodi di bilancio (*financial statement fraud*): trattasi di commissione di uno o più atti illeciti al fine di rappresentare la situazione economico, finanziaria e patrimoniale dell'azienda in modo alterato e ingannevole;
- Appropriazione indebita di beni (*asset misappropriation*): comprende tutti quegli schemi illeciti aventi ad oggetto forme di malversazione e distrazione di risorse e patrimonio aziendale. In particolare, l'appropriazione indebita può riguardare denaro, beni materiali diversi dalle disponibilità liquide, beni immateriali. Questa categoria di frode rappresenta, secondo l'ACFE, quella più diffusa.
- Corruzione (*corruption*): riguarda tutti quei comportamenti di abuso di potere, di autorità, o di conoscenza attuati con l'intento di attribuire un illegale o ingiusto vantaggio o beneficio proprio o di determinati soggetti sia esterni sia interni all'organizzazione.

Spetta quindi all'impresa individuare i presidi di controllo di linea utili all'analisi e gestione dei rischi relativi ai processi aziendali.
Si riportano a titolo esemplificativo alcuni strumenti di controllo di linea:

- Nella gestione delle vendite e del credito, un processo di affidamento della clientela che tenga conto degli esiti di un'attività di qualifica volta a valutare la solvibilità della controparte che risulta essere fondamentale. In tal modo, preventivamente a ciascuna conferma d'ordine, il processo consentirebbe una verifica dell'affidamento del cliente;
- Nei rapporti con i fornitori, i controlli di linea dovrebbero prevedere un'attenta qualifica della controparte e una valutazione del rispetto dei requisiti richiesti per lo svolgimento dell'attività oltre che delle caratteristiche di onorabilità (es. *compliance* alla normativa ex D. lgs. 231/01) e di solvibilità.
- nella gestione della finanza aziendale, sarebbe importante definire dei *Key Performance Indicators* che siano utili alla valutazione dell'impianto del processo atto all'individuazione dell'equilibrio economico-

finanziario. Si riportano di seguito alcuni degli indicatori ritenuti utili:

- ROI (*Return on Investments*) inteso come il rapporto tra il reddito operativo (derivante dalla sola gestione caratteristica) e il capitale investito netto operativo. In particolare, confrontare il ROI dell'impresa con il ROI medio di settore potrebbe far emergere una redditività degli investimenti inferiore rispetto alla media di settore, questo potrebbe significare un'errata politica di investimenti che, se prontamente individuata, potrebbe portare la società a puntare su investimenti a più alta redditività attesa;
- *Interest Cover Ratio*, inteso come rapporto tra il reddito operativo e gli interessi passivi. Valori ridotti di tale indicatore segnalano come l'impresa non riesca, tramite i flussi generati dalla propria gestione operativa, a far fronte agli interessi passivi generati dalle proprie fonti di finanziamento. Per ridurre il livello di rischio la società potrebbe rinegoziare il proprio debito o massimizzare gli sforzi al fine di aumentare i flussi di cassa prodotti dalla propria gestione caratteristica;
- il rapporto tra FCFO (Flusso di cassa della gestione operativa) e l'ammontare delle passività a breve, similmente all'indicatore precedente, segnala la capacità dell'impresa di far fronte ai propri impegni a breve termine (intesi come i debiti a scadenza entro i 12 mesi) con i flussi di cassa prodotti dalla propria gestione operativa.

Al fine di garantire che gli aspetti declinati siano rispettati dall'ente si potrebbe adottare una linea di indirizzo che contempli: un principio di proporzionalità delle sanzioni, intensificando la funzione di *compliance*, al fine di valutare la corretta conformità normativa e di salvaguardare la società dal rischio di non conformità con riferimento ai danni reputazionali; valorizzazione delle buone condotte nel corso di monitoraggio dei processi a fronte di una collaborazione trasparente con l'autorità giudiziaria e organizzazioni sociali virtuose.

La prospettiva è quella di contemplare delle *best practice*, a titolo esemplificativo, sulla base dei seguenti strumenti:

- politiche di remunerazione e incentivazione che chiarifichino il sistema degli incentivi e delle remunerazioni agganciando la remunerazione dei dirigenti e del personale chiave ad una quota variabile della remunerazione, basata su meccanismi di determinazione oggettivi, trasparenti e verificabili;
- sistema sanzionatorio che preveda livelli di sanzioni e le relative modalità di applicazione relative a differenti tipologie di violazioni (*compliance* di norme o procedure interne, norme di legge);
- facilitare il sistema di segnalazione delle violazioni (*whistleblowing*) volto a permettere la segnalazione anche in forma anonima di potenziali fenomeni fraudolenti e, in generale situazioni pericolose. Il sistema di segnalazione dovrebbe coinvolgere clienti, partner commerciali, ect.

Tali meccanismi, a fronte di una riorganizzazione concordata con il giudice, può offrire all'impresa una seconda opportunità per ripartire. Infatti, rispetto a quanto già previsto dal decreto 231/2001, in un'ottica di collaborazione con l'autorità giudiziaria, l'impresa potrebbe contare sulla continuità aziendale e in un diverso e successivo giudizio dello stesso reato su un modello che ragionevolmente potrebbe risultare idoneo ad escluderne la responsabilità. Il tutto con la possibilità di favorire e garantire la stessa continuità aziendale con la gestione dell'attività oggetto di sequestro e confisca da affidare, ad esempio, a terzi.

3.3. Reati fiscali

3.3.1. Cenni normativi

L'inclusione di alcune fattispecie di reato di natura tributaria fra i reati presupposto rilevanti ai fini dell'applicazione del D. lgs. n. 231/2001 trova la sua fonte normativa nell'articolo 39 della Legge n. 157 del 19 dicembre 2019 (entrata in vigore il 25 dicembre 2019) che ha convertito il D.L. n. 124/2019 (c.d. "Decreto Fiscale").

L'introduzione, nel panorama giuridico nazionale, dell'articolo 25-*quinquiesdecies* del D. lgs. n. 231/2001 con la conseguente responsabilità amministrativa nei confronti dell'ente o persona giuridica comunque denominata e delle associazioni non riconosciute per i reati lesivi degli interessi erariali in materia di imposta sul valore aggiunto e/o in materia di imposte sui redditi risponde, si legge nella relazione illustrativa, *"….. all'esigenza di intervenire sulla normativa di contrasto all'evasione delle imposte sui redditi o*

a quella sul valore aggiunto inasprendo il limite edittale della sanzione applicabile, innalzando sia il limite minimo sia quello massimo. Ciò vale tanto per le pene detentive che per quelle pecuniarie. L'aumento di pena funge da monito e deterrente ad un comportamento illecito, diffuso in alcune categorie del settore del commercio".

Con effetti a far data dal 24 dicembre 2019 sono stati inseriti nell'ambito dei reati presupposto:

- la dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti di cui all'articolo dall'articolo 2, commi 1 e 2 bis del D. lgs. n. 74/2000;
- la dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici di cui all'articolo 3 del D. lgs. n. 74/2000;
- l'emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti di cui all'articolo 8, commi I, II e II *bis* del D. lgs. n. 74/2000;
- l'occultamento o distruzione di documenti contabili di cui all'articolo 10 del D. lgs. n. 74/2000);
- la sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte disciplinata dall'art. 11 del D. lgs. n. 74/2000.

In attuazione della direttiva UE 2017/1371 (c.d. "Direttiva PIF"), il D. lgs. n. 75/2020 (pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 15 luglio 2020) ha integrato l'articolo 25-*quinquiesdecies* del D. lgs. n. 231/2001, introducendo il comma 1-*bis* ai sensi del quale se i delitti previsti dal decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, sono commessi nell'ambito di sistemi fraudolenti transfrontalieri e al fine di evadere l'imposta sul valore aggiunto per un importo complessivo non inferiore a dieci milioni di euro, si applicano sanzioni pecuniarie di entità ancora più elevata.

In aggiunta al complesso delle sanzioni pecuniarie, variabili da un minimo di 400 quote ad un massimo di 500 quote, il legislatore ha previsto l'applicazione di sanzioni interdittive quali il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi, il divieto di pubblicizzare beni o servizi nonché la applicabilità - per effetto del combinato disposto degli articoli 9 e 19 al D. lgs. n. 231/2001 - della confisca obbligatoria, anche per equivalente, del prezzo o profitto del reato.

Come correttamente evidenziato nella Circolare della Guardia di Finanza n. 216816/2020 del 1° Settembre 2020 questa disposizione rappresenta una novità di grande importanza "*dal momento che in precedenza, fuori dai casi in cui la persona giuridica rappresentava un mero schermo fittizio, la giurisprudenza di legittimità riteneva che i beni sociali fossero confiscabili (e dunque sequestrabili) soltanto attraverso la confisca diretta prevista dall'articolo 240 del codice penale*".

In un siffatto mutato contesto normativo, la gestione del "rischio" connesso alla variabile fiscale diventa una attività indefettibile per il rispetto dei principi di corretta gestione aziendale e la necessaria attività di delimitazione ed attenuazione del rischio di commissione dell'illecito non può prescindere dall'adozione di idonee misure preventive (procedure e controlli interni) e dall'aggiornamento dei modelli di organizzazione, gestione e controllo, al fine di adeguarli alle mutate esigenze della società e del contesto normativo all'interno del quale essa opera.

L'introduzione dei delitti tributari tra i reati presupposto responsabilizza direttamente gli enti per situazioni che in precedenza li coinvolgeva solo di riflesso in quanto "causa" (si pensi agli effetti dell'utilizzo di fatture per operazioni inesistenti nell'ambito del reato di false comunicazioni sociali) o "effetto" (autoriciclaggio) di altre fattispecie di reato.

Nonostante alcuni reati tributari assumessero una "*rilevanza indiretta*[7]*quali fattispecie prodromiche alla realizzazione di alcuni reati inclusi nel perimetro applicativo del decreto*", ancor prima delle modifiche apportate dalla Legge 156/2019, l'adozione di un adeguato sistema di "*compliance* fiscale" o, ove già esistente, la verifica dell'effettivo suo funzionamento, il puntuale inquadramento dei processi aziendali e delle eventuali aree di rischio di commissione dei reati tributari previsti dall'art. 25-*quinquiesdecies* del D. lgs. n. 231/2001 in funzione delle specificità aziendali ed un aggiornamento del "*risk assessment",* rappresentano attività imprescindibili se si vuole raggiungere l'obiettivo di mitigare il rischio di commissione dei reati tributari e preservare l'ente dalla irrogazione delle relative sanzioni.

Le aree aziendali potenzialmente coinvolte dalla eventuale commissione di reati tributari coinvolgono oltre alla funzione amministrativo contabile - direttamente chiamata in causa in tutte le attività connesse alla prevenzione dei reati collegati all'omesso versamento delle imposte, alla indebita compensazione di crediti tributari, alla predisposizione degli adempimenti dichiarativi in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto e/o all'emissione e all'utilizzo di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti - anche altre funzioni aziendali che potrebbero apparire a prima vista distanti in quanto non direttamente coinvolte nel processo (funzione finanziaria) ma che, comunque, potrebbero assumere un ruolo chiave nella commissione del reato fino a coinvolgere i

rapporti con i professionisti esterni all'azienda cui venga demandata la gestione dell'area fiscale dell'ente.
In quest'ottica, l'amministratore giudiziario nella gestione dell'azienda in sequestro dovrà dedicare particolare attenzione a tutte le ipotesi in cui, pur in assenza di un diretto coinvolgimento con l'area specificamente "tributaria", le funzioni aziendali possono comunque avere riflessi potenzialmente rilevanti per la commissione dei reati tributari quali, a mero titolo esemplificativo, la gestione acquisti di beni e servizi, la gestione vendite di beni e servizi, la gestione del magazzino, la gestione del personale, la gestione delle sponsorizzazioni e delle spese di rappresentanza.
L'indefettibilità di un adeguato sistema di controllo e prevenzione assume maggior rilevanza se solo si consideri che, come già evidenziato nelle righe che precedono, per effetto del combinato disposto degli articoli 9 e 19 del D. lgs. n. 231/2001, è prevista l'applicazione della confisca obbligatoria, anche per equivalente, del prezzo o profitto del reato, misure tradizionalmente "*utilizzate nei confronti della criminalità organizzata e d'impresa*".

3.3.2. Strumenti di controllo del rischio fiscale: il *Tax Control Framework*.

Il sistema di controllo dedicato al presidio del rischio fiscale (TCF[8]) previsto per le imprese di maggiori dimensioni dall'articolo 3 del D. lgs. 5 agosto 2015, n. 128 - che, in attuazione della delega contenuta nell'art. 6 della legge 11 marzo 2014, n. 23, ha introdotto nell'ordinamento un regime di adempimento collaborativo al fine di promuovere forme di comunicazione e di cooperazione rafforzata tra l'Amministrazione finanziaria e i contribuenti dotati di un sistema di rilevazione, misurazione, gestione e controllo del rischio fiscale - può rappresentare un'utile base di partenza per la gestione ed il controllo del rischio di frode fiscale ai fini del D. lgs 231/2001 da parte dell'ente.
La sopra menzionata Circolare del Comando Generale della Guardia di Finanza n. 216816/2020, a tal riguardo, pur evidenziando che i due modelli non sono "perfettamente sovrapponibili" fra loro in considerazione della diversa ampiezza dell'area normativa in cui essi operano, della diversa natura dell'organismo cui l'attività di *compliance* è demandata e, da ultimo, dell'assenza nel TCF della previsione di uno specifico regime sanzionatorio in caso di violazione delle previsioni in esso contenute, chiarisce che "*quanto meno con riguardo alle aree comuni ai due sistemi, il positivo giudizio espresso dall'Agenzia delle Entrate ai fini dell'ammissione all'adempimento collaborativo possa costituire un utile elemento di valutazione dell'efficacia esimente del modello previsto dal decreto legislativo n. 231/2001, da rimettere alle autonome valutazioni della competente Autorità Giudiziaria*".
Per quanto concerne i requisiti essenziali del sistema di controllo del rischio fiscale, il Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 14 Aprile 2016[9] (Prot. N. 54237/2016) definisce "efficace" il sistema in grado di garantire:

- un presidio costante sui processi aziendali e sui conseguenti rischi fiscali consentendo all'ente di adempiere al meglio ai doveri di trasparenza e collaborazione;
- la promozione di una cultura aziendale improntata a principi di onestà, correttezza e rispetto della normativa tributaria, assicurandone la completezza e l'affidabilità, nonché la conoscibilità a tutti i livelli aziendali.

A tali fini il sistema deve:

- contenere una chiara e documentata strategia fiscale nella quale siano evidenziati gli obiettivi dei vertici aziendali in relazione alla variabile fiscale. La strategia deve riflettere la propensione al rischio della impresa, il grado di coinvolgimento dei vertici aziendali nelle decisioni di pianificazione fiscale e gli obiettivi che l'impresa si pone in relazione ai processi di gestione del rischio fiscale;
- assicurare una chiara attribuzione di ruoli a persone con adeguate competenze ed esperienze, secondo criteri di separazione dei compiti. Il sistema deve altresì esplicitare le responsabilità connesse ai ruoli in relazione ai processi di rilevazione, misurazione, gestione e controllo del rischio fiscale e garantire il rispetto delle procedure a tutti i livelli aziendali;
- prevedere efficaci procedure per lo svolgimento delle attività di "rilevazione del rischio" (mappatura dei rischi fiscali associati ai processi aziendali), "misurazione del rischio" (determinazione dell'entità dei rischi fiscali in termini quantitativi e qualitativi) e "gestione e controllo del rischio" attraverso la definizione e attuazione dell'azione o dell'insieme di azioni finalizzate a presidiare i rischi e prevenire il verificarsi degli eventi;
- prevedere efficaci procedure di monitoraggio che, attraverso un ciclo di autoapprendimento, consentano l'individuazione di eventuali carenze o errori nel funzionamento dello stesso e la conseguente attivazione delle necessarie azioni correttive;
- adattarsi ai principali cambiamenti che riguardano l'impresa, ivi comprese le modifiche della legislazione fiscale;
- prevedere, con cadenza almeno annuale, l'invio di una relazione agli organi di gestione,

per l'esame e le valutazioni conseguenti, contenente gli esiti dell'esame periodico e delle verifiche effettuate sugli adempimenti tributari, le attività pianificate, i risultati connessi e le misure messe in atto per rimediare alle eventuali carenze emerse a seguito di monitoraggio;
- basarsi su flussi informativi accurati, completi, tempestivi e facilmente accessibili e garantire la circolazione delle informazioni a tutti i livelli aziendali.

Anche se, l'accesso all'adempimento collaborativo è subordinato al superamento di specifiche soglie dimensionali, l'approccio metodologico per l'identificazione di rischi e controlli previsto dal TCF può rappresentare un utile strumento anche per le imprese di minori dimensioni.

3.3.3. Il ruolo dell'OdV nella prevenzione dei reati tributari

Il ruolo dell'OdV nell'ambito dell'aggiornamento del modello di organizzazione, gestione e controllo alle nuove fattispecie di reato non si esaurisce nella mera richiesta di aggiornamento del modello estendendosi alla verifica della effettiva diffusione e comprensione del modello aggiornato e dello svolgimento delle attività di formazione fino alla programmazione del piano di *audit* da effettuare, includendovi i processi a rischio-reato identificati nella fase di *risk assessment* fra i quali, *in primis*, dovrà essere considerata l'area contabile amministrativa.

Essenziale sarà, a tal riguardo, la verifica dell'esistenza e della corretta applicazione di alcune procedure che ove adeguatamente utilizzate potrebbero utilmente aiutare l'ente a minimizzare i rischi delle principali condotte in cui si sostanziano i reati tributari:
- Procedura per il controllo dei documenti da contabilizzare;
- Procedura relativa alla gestione degli archivi aziendali con la previsione, ad esempio, di uno specifico *set* documentale da acquisire in sede di introduzione del cliente nell'anagrafica della società (visura camerale, certificato attribuzione di partita IVA, ecc.);
- Procedura per la gestione del ciclo attivo di vendita ed incasso;
- Procedura per la gestione del ciclo passivo, fatturazione e pagamento;
- Procedura per la gestione dei flussi informativi tra soggetti apicali, organismi di *governance* ed organismi di controllo;
- Previsione di un albo fornitori con evidenziazione dei documenti necessari da presentare ai fini dell'inserimento di ogni singolo nominativo (visura camerale, certificato attribuzione di partita IVA, bilancio di esercizio, ecc.);
- Procedura di verifica dell'esatto ammontare degli importi a credito compensabili attraverso la verifica costante delle risultanze del cassetto fiscale dell'ente;

L'Organismo di Vigilanza, infine, dovrà verificare se il sistema di flussi informativi previsti sia in grado di "*coprire*" anche il rischio fiscale, considerata la natura "trasversale" che può assumere lo stesso.

La reintroduzione del "regime di legalità", requisito necessario per il reinserimento dell'azienda oggetto di sequestro nel mercato di riferimento e l'eventuale affidamento a terzi della gestione della stessa, passerà necessariamente attraverso l'adozione di idonee misure di prevenzione dalle "*forme più insidiose di frode ed evasione fiscale suscettibili di pregiudicare la sicurezza economico finanziaria del Paese al pari delle più gravi manifestazioni della criminalità del profitto*".

3.4. Reati informatici

3.4.1. Cenni normativi

Per quanto concerne l'insieme dei reati informatici presupposto, inizialmente il D. lgs. 231/2001 non prevedeva la responsabilità dell'ente per tutti i reati informatici, ma soltanto per quelli di frode informatica commessa a danno dello Stato o di altro Ente pubblico (art. 24), di assistenza a gruppi terroristici apprestata fornendo strumenti di comunicazione (art. 25-*quater*), di distribuzione, cessione e detenzione di materiale pedopornografico (art. 25-*quinquies*, comma 1, lett. c).

La Legge 48/2008 che ha ratificato la Convenzione di Budapest del Consiglio d'Europa sul *cybercrime* del 23 novembre 2001 ha apportato varie modifiche sia al codice penale che a quello di procedura penale, introducendo delle correlate variazioni al D. lgs. 231/01, inserendo alcune fattispecie di reato, prima assenti, fra i reati presupposto, estendendo quindi la responsabilità amministrativa degli enti ai seguenti reati informatici:
- falsità in un documento informatico (art. 491-*bis* c.p.)
- accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico (art. 615-*ter* c.p.): per *sistema informatico o telematico* si intende un complesso di apparecchiature destinate a compiere una qualsiasi funzione utile all'uomo, cioè tutto ciò che gestisce ed elabora dati in formato digitale
- detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici o telematici (art. 615-*quater* c.p.)
- diffusione di apparecchiature, dispositivi o programmi informatici diretti a danneggiare o interrompere un sistema informatico o telematico (art. 615-*quinquies* c.p.)

- intercettazione, impedimento o interruzione illecita di comunicazioni informatiche o telematiche (art. 617-*quater* c.p.)
- installazione di apparecchiature atte ad intercettare, impedire o interrompere comunicazioni informatiche o telematiche (art. 615-*quinquies* c.p.)
- danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici (art. 635-*bis* c.p.)
- danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici utilizzati dallo Stato o da altro ente pubblico o comunque di pubblica utilità (art. 635-*ter* c.p.)
- danneggiamento di sistemi informatici o telematici (art. 635-*quater* c.p.)
- danneggiamento di sistemi informatici o telematici di pubblica utilità (art. 635-*quinquies* c.p.)
- frode informatica del certificatore di firma elettronica (art. 640-*quinquies* c.p.)

3.4.2. Il sistema sanzionatorio

Nell'ambito dei reati connessi alla gestione dei dati occorre considerare che, oltre alle sanzioni previste dalla 231, nel caso di specie potrebbe trovare applicazione anche quanto previsto dal GDPR Regolamento UE 2016/679.

Il sistema sanzionatorio del D.lgs. 231/01, a livello di importo, potrebbe sembrare di importo "contenuto" in confronto alle sanzioni in caso di violazioni dettate nel GDPR (v. Articolo 83) che in alcuni casi potrebbero raggiungere l'importo di 10 o 20 milioni di euro (secondo il tipo di infrazione) o al 2% o 4% del fatturato mondiale annuo riferito all'esercizio precedente.

Un sistema sanzionatorio di minor importo, dunque, in quanto la somma può arrivare ad un massimo di poco più di 1,5 milioni di euro secondo un sistema basato su quote fissate in prima valutazione dal giudice che ne determina il numero (non inferiore a 100 e non superiore a 1000) e, in seconda valutazione, dall'organo giurisdizionale a cui spetta il compito di stabilire il valore pecuniario della quota il cui ammontare massimo è di 1549 euro, stabilito in considerazione di alcune variabili: gravità del reato, grado di responsabilità dell'ente, volontà e azioni riparatorie e azioni di riorganizzazione aziendale.

Da qui la determinazione del caso di massimo importo citato poc'anzi: 1.549*1.000=1.549.000 di euro. È però bene precisare che, se detto importo potrebbe sembrare irrisorio ad una grande e solida multinazionale, non sarebbero affatto irrisori altri effetti che un reato delle fattispecie elencate nel decreto potrebbe comportare:

- sanzioni interdittive
- confisca
- pubblicazione della sentenza

Le sanzioni interdittive prevedono un vero e proprio fermo dell'esercizio dell'attività a cui si possono aggiungere la sospensione o revoca di autorizzazioni, licenza o concessioni; il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione (con talune eccezioni legate all'erogazione di prestazioni di un pubblico servizio); l'esclusione da finanziamenti, sussidi, agevolazioni e l'eventuale revoca di quelli già concessi; il divieto di pubblicizzazione dei propri servizi e/o prodotti.

Una sanzione interdittiva possa bloccare quasi totalmente l'attività di un Ente a cui occorre aggiungere una grave conseguenza di reputazione e che, in molti casi, potrebbe tradursi in una totale uscita dal mercato.

Se il reato fosse commesso da Amministratori di Sistema, potrebbero inoltre esserci delle aggravanti. L'AdS è infatti un professionista a cui risulterebbe molto facile commettere un illecito e successivamente cancellarne le tracce, ragion per cui, le azioni di questa figura professionale devono poter essere in qualche modo controllate/verificabili secondo le disposizioni di quanto disposto dal Garante (*Misure e accorgimenti prescritti ai titolari dei trattamenti effettuati con strumenti elettronici relativamente alle attribuzioni delle funzioni di amministratore di sistema*).

Una violazione del D.lgs. 231 potrebbe quindi mettere in luce altre violazioni di altra natura: nel caso appena preso in esame potrebbero essere evidenziate carenze come, per esempio, una mancanza di access log, che devono essere trattati con particolari criteri per garantirne la completezza, integrità, l'inalterabilità e la possibilità di tracciare ogni evento.

L'ente potrebbe essere esente da responsabilità se prova, ad esempio, di aver adottato un modello di organizzazione, gestione e controllo ("MOGC") adeguato, o se la persona che ha commesso il reato è riuscita a commetterlo eludendo fraudolentemente il modello. Le sanzioni potrebbero essere in taluni casi evitate, in altri, notevolmente ridotte se l'ente si è adoperata per risarcire totalmente il danno e le conseguenze provocate dall'illecito.

Appare evidente che nei reati 231 (come pure nel GDPR del resto) la dimostrazione di aver adottato le misure logiche e organizzative idonee è fondamentale.

3.4.3. Strumenti di prevenzione

Le soluzioni, che l'Amministratore Giudiziario, nella sua attività gestoria può, deve, porre in essere per evitare il manifestarsi dei presupposti di tali reati si possono così sinteticamente riassumere:

1. dotarsi di un modello di organizzazione, gestione e controllo ("MOGC") che, ricordo, non ha in nessun caso carattere di obbligatorietà ma esplica un'efficace azione preventiva;
2. implementare controlli e applicare misure tecniche e organizzative adeguate per prevenire tali fattispecie di frodi e che, nella maggior parte dei casi risultano utili anche per la prevenzione di altri illeciti, per esempio di non conformità al GDPR;
3. aderire a standard internazionali, in particolare allo standard ISO 27001 (norma internazionale per i Sistemi di Gestione della Sicurezza delle Informazioni denominata anche SGSI) e ISO27002 o altri standard in relazione a specifiche esigenze di *Business* (ad esempio un *Cloud Provider* potrà fare riferimento alle norme ISO/IEC 27017 e ISO/IEC 27001 (molto utile, a titolo di esempio, l' *Annex* B della norma ISO /IEC 27017:2015 che ha riferimenti ai rischi per la sicurezza relativi al *cloud computing* e che ha un focus specifico sia sul *cloud service customer* (CSC) sia sul *cloud service provider* (CSP).

L'adesione a modelli di gestione e norme internazionali non è obbligatoria, non rende automaticamente l'ente "*compliant*" anche al GDPR e alla normativa *Privacy* nazionale (D. lgs. 196/2003 novellato dal D. lgs. 101/2018) e neppure esula l'organizzazione da altri adempimenti, se previsti: tuttavia questi modelli, norme e standard che agiscono in armonia rafforzando ancor di più la tutela dell'Ente sono quindi da considerarsi come efficaci sostegni per la protezione di organizzazioni di qualsivoglia dimensione.

3.5. Reati contro la pubblica amministrazione

Facendo seguito a quanto già ricordato rispetto alle novità introdotte dall'Unione Europea con la Direttiva (UE) 2017/1371 (cd. Direttiva PIF) in materia di reati fiscali (par. 4.3), recante norme per la "*lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale*", recepita nel nostro ordinamento con il decreto legislativo n. 75 del 14 luglio 2020[10], viene ampliato il catalogo dei reati presupposto della responsabilità amministrativa (o, se si preferisce, "*responsabilità parapenale*") da reato delle persone giuridiche, previsti nel D. lgs. 231/2001 secondo il principio di cui all'art. 3, comma 1, lett. e) della legge delega n. 117/2019[11]. Tali norme attuative si pongono in continuità rispetto al percorso di armonizzazione delle misure in materia di tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea, avviato con la legge n. 300/2000 di ratifica ed esecuzione della Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee sottoscritta il 26 luglio 1995[12]. In particolare, il D. lgs n. 75/2020 introduce nuove fattispecie di reato all'elenco di quelli inseriti nel D. lgs. 231/2001 all'art. 24 e 25[13] del D. lgs. n. 231/2001 quali delitti contro la pubblica amministrazione. Infatti, con la modificazione dell'art. 24 viene inserito il reato di frode nelle pubbliche forniture di cui all'art. 356 c.p. e quello di frode in agricoltura di cui all'art. 2 della L. n. 898/1986; mentre con le modifiche all'art. 25 vengono inseriti i reati di peculato di cui agli artt. 314 e 316 c.p. e il delitto di abuso di ufficio di cui all'art. 323 c.p. la cui responsabilità per le persone giuridiche è tuttavia circoscritta ai soli casi in cui «il fatto offende gli interessi finanziari dell'Unione europea»[14].

3.5.1. Cenni normativi

La delega contenuta nella all'art. 11 della legge n.300/2000 ha sostanzialmente assicurato una più efficace azione di aggiornamento del quadro normativo nazionale rispetto all'esigenza di realizzare un unico impianto normativo tra i singoli stati europei al fine di assicurare una tutela uniforme degli interessi finanziari dell'Unione.

L'originaria delega aveva, infatti, previsto un ventaglio di reati più ampio di quelli poi individuati nel 2001, prevedendo comunque un naturale ampliamento negli anni.

Per cui legislatore delegato (il Governo) nella stesura del Decreto legislativo avvenuta nel giugno del 2001 ha voluto fortemente ridimensionare l'elenco del 2000 e, con l'iniziale formulazione degli artt. 24 e 25 del D. lgs. n. 231/2001, ha circoscritto il ventaglio a due soli gruppi di delitti:

- *indebita percezione di erogazioni; truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche; frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico*; in pratica, solo i reati previsti dagli artt. 316- bis, 316- ter, 640, comma 2, n. 1), 640- bis e 640- ter del Codice penale;
- *concussione e corruzione*; in pratica solo i reati previsti dagli artt. 317, 318, 319, 319- ter, comma 1, 321 e 322 del Codice penale.

Successivamente il catalogo delle ipotesi criminose dei reati originariamente racchiuse negli artt. 24 e 25 del Decreto 231, nel corso degli anni è stato progressivamente arricchito, si sono aggiunte diverse fattispecie relative alla *corporate criminality* quali: i reati societari (25-*ter*), *market abuse* (25-*sexies*) e il riciclaggio[15].

Per quanto riguarda, in particolare, i reati commessi nei rapporti con la pubblica amministrazione, è da osservare che ad oggi l'art. 24 del decreto include, tra le fattispecie-presupposto, la concussione,

l'induzione indebita a dare o promettere utilità e la corruzione; mentre l'art. 25 elenca l'indebita percezione di erogazioni, la truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche e la frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico[16].

Se all'inizio del nuovo millennio il legislatore aveva immaginato di non estendere il numero dei reati presupposto nell'ambito dei modelli "231", nel tempo si è dovuto ricredere fino ad includere nuove forme di reato verso la pubblica amministrazione precedentemente considerati alla stregua di reati di tenue entità. L'introduzione dell'euro e la necessità di contrastare i reati di falsificazione, come il riciclaggio di denaro fino alle misure di tutela dei lavoratori hanno spinto il legislatore a rivedere più volte l'ambito di indagine riferito ai reati presupposto. La stessa legge anticorruzione del 2012, di cui si rinvia al prossimo paragrafo, prevede un coordinamento tra le due normative di riferimento.

Più recentemente, la legge n. 69/2015, recante "*Disposizioni in materia di delitti contro la Pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio*", è intervenuta su alcuni reati contro la Pubblica amministrazione (peculato, concussione, corruzione e induzione indebita), aumentandone le pene; ha modificato il reato di false comunicazioni sociali, il cui approfondimento si rimanda al par. 4.3 , di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c.; ed introdotto le fattispecie di cui agli artt. 2621-*bis* "Fatti di lieve tenuità" e l'art. 2621-*ter* "Non punibilità per particolare tenuità" al Codice civile e incide sull'art. 25-*ter* relativamente ai reati societari del D. lgs. n. 231/2001.

Inoltre, si aggiunge alla riforma del 2015 quella recentissima attuata per il tramite della legge n. 3/2019 recante "*Misure per il contrasto dei reati contro la Pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici*" (cd. legge spazza corrotti), che introduce la fattispecie di "traffico di influenze illecite", prevista dall'art. 346-*bis* c.p., oltre ad inasprire le sanzioni interdittive previste per i reati di cui all'art. 25 del Decreto e a rendere perseguibili a querela di parte il reato di corruzione tra privati (art. 2635 c.c).

A fronte di un inasprimento delle sanzioni, altresì, la Legge n. 3/2019 introduce nell'art. 25 del D. lgs. 231/2001 il comma 5-*bis*, in virtù del quale le sanzioni interdittive trovano applicazione in modalità ordinaria nel caso in cui, prima della sentenza di primo grado, l'ente si sia efficacemente adoperato per evitare ulteriori conseguenze dell'attività illecita, assicurare le prove dei reati e individuarne i responsabili, ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite e, inoltre, abbia eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi[17].

Tali forme di contemperamento delle sanzioni, pecuniaria ed interdittiva, è comunque in concorrenza con la disciplina dell'art.17 (ad eccezione della condizione relativa alla messa a disposizione del profitto), in quanto è presumibile immaginare che il reo preferirà avvalersi della facoltà dell'esenzione piuttosto che della riduzione.

3.5.2. Le recenti novità normative in materia di reati contro la pubblica amministrazione

Come anticipato nelle premesse il decreto legislativo n.75 del 14 luglio 2020 si occupa non solo di apportare modifiche al codice penale (art.1), in ottemperanza ai criteri di armonizzazione della legislazione degli Stati membri come previsto dalla cd direttiva PIF, ma interviene anche sulla responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni, anche prive di personalità giuridica, apportando (art 5) numerose modifiche al D. lgs. 231 dell'8 giugno 2001. In particolare, rispetto ai delitti contro la pubblica amministrazione, sono state inserite nuove fattispecie di reato quali peculato, abuso di ufficio e frode nelle forniture; inasprite le sanzioni in caso di mancata adozione, presidio del modello di gestione, organizzazione e controllo previsto dalla normativa di riferimento (cd modello "231").

Reati contro la Pubblica Amministrazione ed il patrimonio dello Stato inclusi tra i reati presupposto del modello di organizzazione, gestione e controllo di cui al D. lgs.231/2001:

- Peculato (art. 314 del codice penale)
- Peculato mediante profitto dell'errore altrui (art. 316 del codice penale)
- Malversazione a danno dello Stato (art. 316-*bis* del codice penale);
- Indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato (art. 316-*ter* del codice penale);
- Concussione (art. 317 del codice penale);
- Corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 del codice penale);
- Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio (art. 319 del codice penale);
- Circostanze aggravanti (art. 319-*bis* del codice penale);
- Corruzione in atti giudiziari (art. 319-*ter* del codice penale);
- Induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319-*quater* del codice penale)
- Corruzione di persona incaricata di un pubblico

servizio (art. 320 del codice penale);
- Istigazione alla corruzione (art. 322 del codice penale);
- Peculato, concussione, corruzione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione e istigazione alla corruzione di membri delle Corti internazionali o degli organi delle Comunità o di assemblee parlamentari internazionali e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri (art. 322-*bis* del codice penale);
- Abuso di ufficio (art. 323 del codice penale);
- Traffico di influenze illecite (art 346 – *bis* del codice penale);
- Frode nelle pubbliche forniture (art. 356 del codice penale).
- Truffa a danno dello Stato (art. 640, comma 2, n. 1, del codice penale);
- Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640-*bis* del codice penale);
- Frode informatica (art. 640-*ter* del codice penale).

In particolare, il catalogo dei reati presupposto è stato integrato, come già anticipato, con il reato di frode nelle pubbliche forniture (356 c.p.) e con il reato di appropriazione indebita o distrazione di fondi comunitari, commesso da chi "*mediante l'esposizione di dati o notizie falsi, consegue indebitamente, per sé o per altri, aiuti, premi, indennità, restituzioni, contributi o altre erogazioni a carico totale o parziale del Fondo europeo agricolo di garanzia e del Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale*" (articolo 2 della Legge 898/1986 in materia di aiuti comunitari al settore agricolo)[18].
Inoltre, il legislatore delegato, sempre con il D. lgs. 75/2020, è anche intervenuto sull'articolo 25 del D. lgs. n. 231/2001, includendo nell'elenco dei delitti:
- il peculato (art. 314, comma 1, c.p.), che punisce con la reclusione da quattro a dieci anni e sei mesi "*il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso di denaro o di altra cosa mobile altrui, se ne appropria*";
- il peculato mediante profitto dell'errore altrui (art. 316 c.p.) che punisce con la reclusione da sei mesi a tre anni "*il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, il quale, nell'esercizio delle funzioni o del servizio, giovandosi dell'errore altrui, riceve o ritiene indebitamente, per sé o per un terzo, denaro o ad altra utilità*".
- l'abuso d'ufficio (art. 323 c.p.) che punisce il pubblico ufficiale, che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto

Rispetto a tali novità occorre osservare che la disposizione che amplia il novero dei reati presupposto di responsabilità amministrativa degli enti, inserendovi i reati di peculato, peculato per profitto dell'errore altrui e abuso d'ufficio [19] (non specificando che deve trattarsi di fattispecie lesive degli interessi finanziari dell'Unione) andrebbe valutata alla luce della disposizione di delega che si limita a prescrivere al Governo di integrare la disciplina della responsabilità amministrativa degli enti con riguardo ai soli reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea[20].
Ampliando il punto di osservazione, fatta salva la discriminante dei nuovi reati inseriti che potranno essere vagliati sulla base della lesione degli interessi finanziari dell'Unione, appare comunque opportuno promuovere, soprattutto per le società che intrattengono rapporti quotidiani e costanti con la pubblica amministrazione, l'aggiornamento dei modelli organizzativi delle imprese e degli enti in un'accezione più estesa, al fine di monitorare tutti i processi aziendali in cui sia prevedibile la concretizzazione di una tale condotta (verosimilmente tutti quelli che prevedono un contatto diretto o indiretto con pubblici ufficiali o incaricati di un pubblico servizio) e strutturarsi, più in generale, secondo un sistema idoneo a prevenire la commissione dei reati presupposto.[21]

3.5.3. L'anticorruzione ed i modelli "231" negli enti Pubblici

Il legislatore (compreso quello delegato) è intervenuto nel tempo per dare una risposta adeguata alle istanze di contrasto alla *mala gestio* provenienti dall'opinione pubblica con l'obiettivo di rendere l'amministrazione pubblica più efficiente, meno esposta ad illeciti da parte di amministratori e funzionari pubblici e arginare efficacemente il fenomeno corruttivo che, divenuto quasi endemico nel nostro paese, si presenta sempre più diffuso e contiguo alla criminalità organizzata. E' proprio attraverso la corruzione, infatti, le organizzazioni criminali si infiltrano nelle istituzioni e ne acquisiscono il controllo o, comunque, le utilizzano per trarne vantaggi economici e di altro tipo.
Tale intenzione si è poi concretizzata con l'emanazione della legge n.190/2012[22] che istituendo l'Autorità nazionale competente a coordinare l'attività di contrasto della corruzione nella pubblica amministrazione (oggi ANAC) ha previsto un presidio più cogente in materia di

anticorruzione sulle amministrazioni, enti, società e organismi pubblici, inclusi quelli rientranti nell'ambito del controllo pubblico[23]. Nella legge n. 190/2012 viene confermato il ruolo delle misure di prevenzione della corruzione nell'ambito della P.A. attraverso un chiaro rinvio esplicito al D. lgs. n. 231 del 2001[24].

Infatti, Il Piano Nazionale Anticorruzione (P.N.A.), redatto dall'Autorità Anticorruzione e aggiornato annualmente, costituisce atto di indirizzo per tutte le amministrazioni pubbliche, gli enti pubblici e privati a partecipazione pubblica in merito all'obbligo di estendere i propri modelli di organizzazione e gestione non solo ai reati contro la pubblica amministrazione già previsti dal decreto "231", ma anche a quelli considerati nella L. n. 190 del 2012.[25]

Inoltre, il P.N.A., prevede, che i modelli di organizzazione e gestione adottati dagli enti pubblici o privati a partecipazione pubblica devono presentare il seguente contenuto minimo[26]:

- individuazione delle aree a maggior rischio di corruzione, incluse quelle previste nell'art. 1, comma 16, L. n. 190 del 2012, valutate in relazione al contesto, all'attività e alle funzioni dell'ente;
- previsione della programmazione della formazione, con particolare attenzione alle aree a maggior rischio di corruzione;
- previsione di procedure per l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione al rischio di fenomeni corruttivi;
- individuazione di modalità di gestione delle risorse umane e finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati;
- previsione dell'adozione di un Codice di comportamento per i dipendenti ed i collaboratori, che includa la regolazione dei casi di conflitto di interesse per l'ambito delle funzioni ed attività amministrative;
- regolazione di procedure per l'aggiornamento;
- previsione di obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli;
- regolazione di un sistema informativo per attuare il flusso delle informazioni e consentire il monitoraggio sull'implementazione del modello da parte dell'amministrazione vigilante;
- introduzione di un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.

Il perimetro di prevenzione per i reati contro la pubblica amministrazione: la disciplina sull'anticorruzione:

Normativa	**Ambito di applicazione nel settore pubblico**
D. lgs. n. 231/2001	- Enti pubblici economici. - Enti di diritto privato in controllo pubblico.
Legge n. 190/2012	- Amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del D. lgs. n. 165/2001. - Enti pubblici economici. - Enti di diritto privato in controllo pubblico.

A conclusione dell'analisi risulta chiaro che, attraverso le normative qui esaminate, il legislatore ha preso in considerazione aspetti differenti dei fenomeni delittuosi, in particolare:

Perimetro oggettivo differente	Mentre la legge n. 190/2012 colpisce "corruzione" e "illegalità", il D. lgs. n. 231/2001, invece, aggredisce una pluralità di condotte ben distinte, tra cui solo qualcuna riconducibile alla corruzione
Differenti soggetti da colpire	Anche per ciò che riguarda il quadro dei soggetti da sanzionare, il target principale è differente: nel caso della disciplina del 2001 sono le entità collettive, nel caso della legge anticorruzione pubblica sono, pur sempre, persone fisiche
Sistema sanzionatorio differente	Il D.Lgs. n. 231/2001 sceglie una via sanzionatoria originale, mentre la legge n. 190/2012 adotta il "metodo" tradizionale, pur parzialmente innovato

Ciò non vuol dire che le due discipline prese in esame non siano orientate nella medesima finalità, ovvero prevenire reati che possano derivare da condotte illecite, sistematizzare le responsabilità derivanti da tali condotte e richiedere un cambiamento organizzativo-comportamentale all'interno della singola Organizzazione (da un lato con il Modello organizzativo di gestione e controllo, dall'altro con il Piano anticorruzione)[27].

Reati contro la pubblica amministrazione in tempo di Covid (artt. 24 e 25, D. lgs. n. 231/2001)

La pandemia da COVID-19 che ha caratterizzato pesantemente l'anno 2020, ha visto l'Italia tra i paesi più colpiti al mondo sia per il numero di morti sia per i tempi velocissimi di propagazione della malattia nei primi mesi dell'anno. Per contrastare la malattia il Governo Italiano ha fatto ricorso a decretazione d'urgenza emanando numerosi decreti che hanno progressivamente cercato di sostenere il paese e consentirne in un certo modo la ripresa, (il D.L. n. 18 del 17 marzo 2020, cd. Decreto Cura Italia; il D.L. n. 23 dell'8 aprile 2020, cd. Decreto Liquidità; il D.L. n. 34 del 19 maggio 2020, c.d. Decreto Rilancio; il D.L. n.76 del 16 luglio 2020, cd. Decreto semplificazioni; il D.L. n.104 del 14 agosto 2020, cd. Decreto Agosto; il D.L. n. 137 del 28 ottobre 2020, cd. Decreto ristori; il D.L. n. 149 del 9 novembre 2020, cd. Decreto risorti bis; il D.L. n. 154 del 23 novembre 2020, cd. Decreto ristori *ter*). Le misure economiche previste dalla normativa emergenziale sono numerose e sono rivolte a sostenere in particolar modo le imprese colpite dagli effetti negativi della pandemia; pertanto è facile immaginare come tale contesto possa favorire abusi finalizzati all'indebito ottenimento ed utilizzo da parte delle imprese (e non solo) di contributi, erogazioni e finanziamenti pubblici e costituire l'occasione per la commissione di uno dei "reati contro la Pubblica Amministrazione" previsti dagli artt. 24 e 25 D. lgs. n. 231/2001.

Un esempio potrebbe essere rappresentato dal reato di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640-*bis* c.p.), ovvero connesso all'ipotesi in cui un dipendente della società, nella predisposizione di documenti o dati da trasmettere alle Autorità Pubbliche competenti per l'erogazione di finanziamenti/contributi pubblici per interventi atti a ridurre il rischio contagio, fornisca mediante artifici o raggiri informazioni non veritiere, mendaci o incomplete, inducendo in errore i funzionari pubblici, al fine di ottenere indebitamente l'erogazione di tali finanziamenti/contributi

Un altro esempio potrebbe essere rappresentato dal reato di indebita percezione di erogazioni pubbliche (art. 316-*ter* c.p.), ovvero connesso all'ipotesi in cui si ottengano indebitamente contributi, finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni da parte di un ente pubblico per interventi atti a ridurre il rischio contagio, mediante l'utilizzo o la presentazione di documenti falsi, ovvero mediante l'omissione di informazioni dovute.

È particolarmente chiaro che in questo contesto emergenziale sono numerosi i soggetti che possono incorrere in responsabilità amministrativa da reato contro la pubblica amministrazione.

Tra le possibili azioni da approntare immediatamente da parte degli enti interessati vi sono alcune di buon senso che certamente possono aiutare a prevenire la commissione di reati, come ad esempio:

- adottare protocolli aziendali aggiornati e adeguati per disciplinare il processo di formazione, verifica e approvazione dei documenti e dei dati da presentare alle Autorità pubbliche per l'accesso alle misure di sostegno;
- implementare specifici presidi di controllo volti a garantire la completezza e la correttezza della documentazione da presentare alle Autorità Pubbliche secondo criteri di trasparenza e tracciabilità delle operazioni;
- disciplinare il processo di rendicontazione, tramite la definizione di ruoli e responsabilità delle funzioni coinvolte in tale processo.

Questa particolare situazione emergenziale, ci consente nostro malgrado di fare alcune valutazioni di sistema in merito agli strumenti di presidio del rischio reato come il modello "231". Infatti, appare evidente a chi legge che l'autorità pubblica nella sua espressione più vasta non può assicurare un presidio e controllo sulle risorse che debbono raggiungere velocemente i settori economici in crisi e consentire gli operatori di restare "in vita". Si comprende infatti quanto una risposta sinergica tra dei sistemi di prevenzione e controllo interni degli enti e le autorità stesse possa realmente favorire la legalità ed il buon uso delle risorse pubbliche.

3.5.4. Conclusioni

Facendo riferimento alla prassi consolidata nell'ambito dell'attività legata all'implementazione e presidio dei modelli organizzativi e gestionali degli enti pubblici e privati, si può ritenere che l'adozione di tali modelli nella pratica sia rivelata nel tempo di gran lunga più impegnativa di quanto si fosse potuto in origine immaginare. Infatti, l'implementazione del modello, sempre se lo si voglia realmente far funzionare, non può prescindere da una riorganizzazione dell'ente interessato che deve vedere coinvolti in prima linea il management aziendale, e l'amministratore giudiziario di aziende

in sequestro di prevenzione svolge sostanzialmente tale ruolo, fino agli stessi comitati di vigilanza. Questi ultimi non potranno quindi limitarsi a controlli superficiali ed esteriori ma, in qualche misura, dovranno effettuare analisi anche su scelte manageriali, al fine di scongiurare i pericoli che si vogliono evitare proprio con l'adozione dei modelli organizzativi e di gestione. Sono funzionali a tali obiettivi anche le richiamate sinergie tra le due discipline previste dal D. lgs. 231/2001 e la legge 190/2012 che puntano a creare "anticorpi" organizzativi che necessitano l'adozione di una sofisticata e similare strumentazione giuridico-organizzativa. Il legislatore, prende atto, altresì, che monitoraggio, analisi e lotta svolti "dall'alto" (Stato) nei confronti degli illeciti dell'Organizzazione, non sono più esaustivamente efficaci al suddetto scopo e che occorre "coinvolgere" la singola struttura organizzativa (con auto-valutazione dei rischi, con proprio Codice di condotta, con autoctona definizione di un programma di prevenzione, con procedure interne, con un soggetto ad hoc, al suo interno, che si ponga al centro del sistema di prevenzione dell'Organizzazione).

In questa visione fortemente autonomistica, che si pone l'obiettivo ideale di costituire sistemi organizzativi autonomi e indipendenti in grado di autodeterminarsi, non possono essere, altresì, condivise le misure introdotte con le recenti norme anticorruzione (legge n.3/2019) che confliggono apertamente con gli obiettivi di prevenzione ex ante e di riorganizzazione *post delictum* espressamente perseguiti dal D. lgs. n. 231/2001. Non si condivide l'approccio repressivo nei confronti delle imprese che sulla base della qualità dell'autore del reato potrebbero essere sanzionati fino al punto di non poter garantire la sopravvivenza dell'organizzazione stessa (salvo per i casi di imprese con dimensioni importanti che svolgono servizi d'interesse pubblico per cui è possibile immaginare l'ipotesi di un commissariamento giudiziale) e per altro in contrasto con la ratio dell'art. 8 del D. lgs. n. 231/2001, in virtù del quale la responsabilità dell'ente sussiste anche quando l'autore del reato non è identificato.

In ultima analisi, il cambiamento normativo, espresso dalle richiamate discipline opportunamente rivisitate, rappresenta, per tante organizzazioni pubbliche e private divorate dalle "*mala amministrazione*", non solo il "*dover essere*", ma una straordinaria opportunità per rinvigorire la loro "*salute organizzativa*".

Alla luce di quanto detto con riferimento ai delitti verso la pubblica amministrazione, e ripensando alla sfida che interesserà il nostro sistema paese nei prossimi anni, emerge con chiarezza il ruolo distinto e complementare delle autorità pubbliche e delle imprese. Occorre, a parere di chi scrive, approntare sistemi di organizzazione, gestione e controllo efficaci per limitare il rischio reato e al tempo stesso investire quanto più possibile nei settori rappresentanti dal binomio: innovazione e qualità; ricerca e formazione; legalità e trasparenza; informatizzazione e semplificazione, un investimento ambizioso, ma necessario se si vuole assicurare la ripartenza del nostro paese.

4. Attività dell'amministratore giudiziario nella gestione di azienda in sequestro di prevenzione - cenni.

Il professionista a cui è affidato l'incarico di gestire, seppur temporaneamente, l'azienda sotto sequestro è tenuto, tra gli altri compiti, a dover esprimere un giudizio in merito alla possibile continuazione dell'attività aziendale e, quindi, in via complementare, definirne la gestione e la programmazione strategica.

Nell'esecuzione dell'incarico, il professionista, opera con l'intento di mantenere il valore nonché le potenzialità economiche dell'azienda oggetto di misura.

A tale fine, l'art. 35, co. 5 CAM dispone che "*[l]'amministratore giudiziario riveste la qualifica di pubblico ufficiale e deve adempiere con diligenza ai compiti del proprio ufficio. Egli ha il compito di provvedere alla gestione, alla custodia e alla conservazione dei beni sequestrati anche nel corso degli eventuali giudizi di impugnazione, sotto la direzione del giudice delegato, al fine di incrementare, se possibile, la redditività dei beni medesimi*".

Dunque, il disposto dell'art. 35 CAM definisce in un qual modo la necessità di una gestione attiva per le aziende oggetto di sequestro, per le quali generare reddito equivale a sopravvivere nel mercato, ragion per cui, in molti casi, una gestione non adeguata potrebbe comportarne la chiusura, con perdita di risorse per la collettività.

In questa logica, l'approccio adottato dall'amministratore deve consistere nel definire un programma di gestione che, indipendentemente dalla natura del sequestro, dovrebbe, in termini generali, muovere dall'assunzione, da un lato, di non snaturare, per quanto possibile, la fisionomia aziendale e, dall'altro lato, di contribuire a tutelare gli interessi delle varie tipologie di *stakeholder* (a partire dai lavoratori fino ad arrivare ai creditori e all'Erario).

La gestione dell'azienda è, non a caso, legata primariamente a definire il "reale" stato di salute della stessa, affinché possa essere effettuata la

scelta migliore per gli *stakeholder* coinvolti.
Le amministrazioni giudiziarie sono caratterizzate poi da situazioni estremamente eterogenee e difformi, tanto da rendere difficile la generalizzazione di procedure operative comuni seguenti all'approfondimento e allo studio dell'analisi economica.
L'art. 41 CAM richiede all'amministratore giudiziario di presentare, nel caso in cui il sequestro abbia ad oggetto aziende, entro sei mesi dalla nomina, una relazione che contenga, oltre agli elementi di cui al co. 1 dell'art. 36 CAM, anche:

1. *una dettagliata analisi sulla sussistenza di concrete possibilità di prosecuzione o di ripresa dell'attività, tenuto conto del grado di caratterizzazione della stessa con il proposto e i suoi familiari, della natura dell'attività esercitata, delle modalità e dell'ambiente in cui è svolta, della forza lavoro occupata e di quella necessaria per il regolare esercizio dell'impresa, della capacità produttiva e del mercato di riferimento nonché degli oneri correlati al processo di legalizzazione dell'azienda.*

L'articolo prosegue, poi, evidenziando che, laddove la proposta consista nella prosecuzione (o nella ripresa) di attività, l'amministratore è tenuto ad allegare:

> "un programma contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta".

4.1. Considerazioni sulla organizzazione gestionale di un'azienda in sequestro

La comprensione del contesto dell'organizzazione è un processo il cui obiettivo è la determinazione dei fattori che influenzano le finalità, gli obiettivi e la sostenibilità dell'organizzazione.
L'organizzazione deve determinare i fattori interni ed esterni, positivi e negativo che possano influenzare la capacità di conseguire i risultati attesi dal sistema di gestione.

Contesto

Complesso di elementi culturali, ideologici, sociologici, economici che caratterizzano un determinato ambito territoriale, influenzando i comportamenti e le relazioni. Da questa definizione possiamo dedurre che i fattori interni ed esterni, positivi e negativi fanno parte e compongono il contesto aziendale.

I fattori Interni

Nella maggior parte dei casi vengono considerati sono: Risorse umane; Struttura societaria; *Mission* e *Vision* aziendale; *information technologies*; Sistema di gestione Aziendale; Infrastruttura aziendale; Solvibilità aziendale; *Background* e *Know-how*; Infiltrazioni Criminose.

Fattori esterni

Mercato di riferimento; Concorrenti o *competitor*; Clienti; Contesto normativo; *External provider* o fornitori; Contesto sociale ed economico; Ambito territoriale.

Strumenti di analisi

Potrebbe essere utile l'applicazione di strumenti di *Enterprise Risk Management* per la gestione dei rischi di *compliance* aziendale, nonché per la gestione ed il miglioramento dei programmi di conformità ed etica delle organizzazioni economiche, uno dei modelli comunemente accettati dalla prassi professionale quale riferimento in tema di *governance* e controllo interno è il **Co.S.O. *Report***, redatto in USA nel 1992 su iniziativa del *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission*.
Tale modello è stato adottato da Confidustria che ha predisposto le "*Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex D. lgs. n. 231/2001*», e viene proposto come modello di riferimento per il disegno di efficaci sistemi di controllo interno delle aziende. Ad esso si sono poi ispirati gli impianti normativi nazionali dei principali paesi fra cui anche l'Italia, dove il CoSO *Report* rappresenta una *best practice* e cui fa riferimento anche il Codice di Autodisciplina adottato dal Comitato per la *Corporate Governance* delle Società Quotate in Borsa.[28]
L'utilizzo di tale strumento, utilizzato con una metodologia tailor made sull'azienda oggetto di misura, può essere un adeguato strumento per valutare gli attuali programmi di gestione dei rischi di conformità ed etica delle organizzazioni, correlandolo al più famoso e utilizzato *framework* di gestione dei rischi d'impresa.
Il CoSO definisce il controllo interno come «un processo continuativo posto in essere dalla direzione aziendale», al fine di formulare delle strategie (quindi idoneo a definire la *mission* aziendale, i diversi livelli di strategie e di obiettivi aziendali) e che ha l'obbiettivo di fornire un ragionevole livello di sicurezza relativamente alla realizzazione delle seguenti categorie di obiettivi:

- efficacia ed efficienza delle attività operative;
- attendibilità delle informazioni di bilancio;
- conformità alle leggi e regolamenti in vigore.

5. L'utilità di predisporre di un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile di azienda oggetto di sequestro di prevenzione.

"Gli enti all'interno dei quali vi sia il pericolo di infiltrazioni mafiose idonee a condizionarne

l'attività potrebbero (dovrebbero) essere tenuti ad adottare un Modello organizzativo; nonché essere destinatari delle sanzioni interdittive previste dall'articolo 9 del Decreto 231».
La proposta per queste imprese, sottoposte di fatto e di diritto al controllo (anche solo temporaneo) dello Stato, è dotarle di governance e sistemi di controllo più efficaci e penetranti utilizzando gli strumenti messi a disposizione dalla normativa es. Codice della Crisi, nonché dalla prassi professionale, integrati nell'applicazione del decreto legislativo n. 231/01.
Si può considerare l'impresa in amministrazione giudiziaria alla stregua di una società in controllo pubblico, sia perché portatrice di un nuovo e preminente interesse pubblico derivante dal provvedimento di prevenzione sia perché guidata da un Amministratore Giudiziario, pubblico ufficiale per espressa volontà del Codice Antimafia.
L'Amministratore Giudiziario dal momento del suo insediamento è chiamato a ristabilire in azienda un clima di legalità e rispetto delle regole. Le particolarità proprie delle aziende sotto sequestro impongono di svolgere un'attività di normalizzazione tesa al ripristino della legalità mediante l'introduzione di *best practices* tese all'ottimizzazione della gestione aziendale.
La gestione giudiziaria dell'amministrazione di un'impresa sequestrata deve includere l'individuazione e l'organizzazione delle aree sensibili al rischio da reato e come l'Amministratore Giudiziario debba agire con modalità di trasparenza e con il rispetto di principi a quanto dettato dalla Normativa 231, anche qualora l'azienda non fosse dotata del MOGC.
L'Amministratori Giudiziario incaricato, deve valutare la necessità nonché i presupposti per l'applicazione della normativa 231, anche quando si tratta di aziende di piccole dimensioni, anche se l'applicazione del Modello rivendica un'organizzazione aziendale articolata e comporta un aumento dei costi.
Gli Amministratori Giudiziari, operando nella gestione delle aziende in base al principio del ripristino della legalità, giunti alla convinzione circa la possibilità di applicare il Modello, potrebbero proporre l'atto al magistrato.
Con la motivazione a supporto che, date le medio-grandi dimensioni dell'azienda e date le valutazioni effettuate con criteri ordinari, l'azienda necessita di una maggiore *compliance*, dal momento che l'interesse è appunto quello di tutelare la prosecuzione delle attività.
Una soluzione potrebbe essere la prescrizione da parte del Tribunale, al momento della nomina dell'Amministratore Giudiziario, di valutare la necessità di procedere alla mappatura delle aree di rischio ed all'adozione dei modelli di organizzazione e trasparenza da parte dell'amministrazione.
L'adozione del Modello Organizzativo 231 in tali aziende faciliterebbe il ripristino dei principi etici e di legalità a fondamento della gestione dei processi aziendali.
Di notevole ausilio è correlativamente la definizione di un Codice Etico e la relativa formazione e diffusione ai dipendenti.
Tutti gli Amministratori Giudiziari devono analizzare le peculiarità e le caratteristiche delle aziende oggetto di sequestro amministrativo ed effettuare preventive analisi del rischio. Ciò con l'obiettivo di modulare il modello organizzativo con le relative procedure e massimizzare le sinergie tra i diversi organi di gestione e di controllo ottimizzando i risultati gestionali.
I benefici derivanti dall'applicazione del Modello risultano quindi essere molteplici: economici, aziendali e di reputazione e soprattutto di ripristino della legalità amministrativo gestionale.

Bibliografia

Balbi Giuliano, *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in Diritto Penale Contemporaneo Riv. trim., n. 3-4/2012, p. 5 ss.;
Carino Antonio, Vanetti Federico (2012), *I reati ambientali per le societa': commento alla recente circolare Assonime,* Ambiente e sviluppo, Wolters Kluwer
Corsaro Claudia e Zambrini Marco (2020), *Il recepimento della Direttiva PIF e le novità in materia di reati contro la pubblica amministrazione e reati tributari. L'ulteriore ampliamento dei reati presupposto per la responsabilità degli enti*, in Giurisprudenza Penale Web, 2020, 7-8
Fiorella Antonio, Gaito Alfredo, Valenzano Anna Salvina (2018), *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni;* monografia, Editrice Sapienza
Garofoli Roberto (2013), *La nuova disciplina dei reati contro la p.a.,* in Diritto Penale Contemporaneo, 15 (1), p. 18.
Giarda Angelo, *L'elenco dei reati presupposto ex d.lgs. 231/2001, si amplia*; Corriere Merito, 2008, 6, 649,
Guido E. *Il valore della legalità nell'impresa a partire dalla normativa sulla responsabilità degli enti*

derivante da reato, in Riv. it. dir. proc. pen., 2015, 281 ss
Iorio Antonio (2013), *I risvolti "231" per le imprese*, approfondimento on-line "Leggi d'Italia" del 22/05/2013, Wolters Kluwer
Soldi Giovanni Maria (2011) Riciclaggio (II agg.) approfondimento on-line "Leggi d'Italia" del, Wolters Kluwer
Pesenato Alberto, Pesenato Elisa (2019), *Organismo di Vigilanza (ex D.Lgs. 231/2001),* Wolters Kluwer
Pisani Nicola (2021*), La riforma dell'abuso d'ufficio nell'era della semplificazione*, Dir. Pen. e Processo, 2021, 1, 9; Wolters Kluwer
Sargenti Marco, *L'applicazione della L. 190/2012 con particolare riferimento agli enti pubblici economici e agli enti di diritto privato in controllo pubblico*, in Osservatorio-Anticorruzione-Articoli, www.rivista231.it.
Scaroina Elisa (2019), *La prevenzione della corruzione nelle società in controllo e a partecipazione pubblico,* Manuale dell'anticorruzione, a cura di L. Foffani, D. Limone, V. Mongillo, G. Piperata, ed. Il Mulino
Senato e Camera (2020),_*Attuazione della direttiva (UE) 2017/1371, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale Atto del Governo 151,* dossier di documentazione, XVIII legislatura.

1 R. Lombardi, R. Trequattrini, B. Cuozzo, M. Cano-Rubio, *Corporate corruption prevention, sustainable governance and legislation: First exploratory evidence from italian scenario* in *Journal of Cleaner Prodution*, elsevier Ltd, 217 (disponibile online 25 gennaio 2019) p.666-675, nonché sul sito <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S0956>.

2 Fonte ISTAT 2009, sul sito <http//www.istat.it>;

3 Fonte: Ministero della Giustizia – Direzione Centrale di Statistica e Analisi Organizzativa, procedimenti iscritti e definiti nei Tribunali italiani sezione dibattimento – contenenti reati inerenti la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da d.lgs. 231/2001, dove alla voce "concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione, art. 25 d.lgs. 231/2001 è precisato che: nel 2013 sono stati definiti 21 procedimenti su 35 iscritti; nel 2014 definiti 22 su 54 iscritti, nel 2015 definiti 19 su 24 iscritti, 2016 definiti 33 su 34 iscritti.

4 Quando l'agevolazione prevista dal comma 1 dell'articolo 34 risulta occasionale, il tribunale dispone, anche d'ufficio, il controllo giudiziario delle attività economiche e delle aziende di cui al medesimo comma 1, se sussistono circostanze di fatto da cui si possa desumere il pericolo concreto di infiltrazioni mafiose idonee a condizionarne l'attività.
Il controllo giudiziario è adottato dal tribunale per un periodo non inferiore a un anno e non superiore a tre anni. Con il provvedimento che lo dispone, il tribunale può:
imporre nei confronti di chi ha la proprietà, l'uso o l'amministrazione dei beni e delle aziende di cui al comma 1 l'obbligo di comunicare al questore e al nucleo di polizia tributaria del luogo di dimora abituale, ovvero del luogo in cui si trovano i beni se si tratta di residenti all'estero, ovvero della sede legale se si tratta di un'impresa, gli atti di disposizione, di acquisto o di pagamento effettuati, gli atti di pagamento ricevuti, gli incarichi professionali, di amministrazione o di gestione fiduciaria ricevuti e gli altri atti o contratti indicati dal tribunale, di valore non inferiore a euro 7.000 o del valore superiore stabilito dal tribunale in relazione al reddito della persona o al patrimonio e al volume d'affari dell'impresa. Tale obbligo deve essere assolto entro dieci giorni dal compimento dell'atto e comunque entro il 31 gennaio di ogni anno per gli atti posti in essere nell'anno precedente;
nominare un giudice delegato e un amministratore giudiziario, il quale riferisce periodicamente, almeno bimestralmente, gli esiti dell'attività di controllo al giudice delegato e al pubblico ministero.
Con il provvedimento di cui alla lettera b) del comma 2, il tribunale stabilisce i compiti dell'amministratore giudiziario finalizzati alle attività di controllo e può imporre l'obbligo:
di non cambiare la sede, la denominazione e la ragione sociale, l'oggetto sociale e la composizione degli organi di amministrazione, direzione e vigilanza e di non compiere fusioni o altre trasformazioni, senza l'autorizzazione da parte del giudice delegato;
di adempiere ai doveri informativi di cui alla lettera a) del comma 2 nei confronti dell'amministratore giudiziario;
di informare preventivamente l'amministratore giudiziario circa eventuali forme di finanziamento della società da parte dei soci o di terzi;
di adottare ed efficacemente attuare misure organizzative, anche ai sensi degli articoli 6, 7 e 24-ter del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, e successive modificazioni;
di assumere qualsiasi altra iniziativa finalizzata a prevenire specificamente il rischio di tentativi di infiltrazione o condizionamento mafiosi.
Per verificare il corretto adempimento degli obblighi di cui al comma 3, il tribunale può autorizzare gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria ad accedere presso gli uffici dell'impresa nonché presso uffici pubblici, studi professionali, società, banche e intermediari mobiliari al fine di acquisire informazioni e copia della documentazione ritenute utili. Nel caso in cui venga

accertata la violazione di una o più prescrizioni ovvero ricorrano i presupposti di cui al comma 1 dell'articolo 34, il tribunale può disporre l'amministrazione giudiziaria dell'impresa.
Il titolare dell'attività economica sottoposta al controllo giudiziario può proporre istanza di revoca. In tal caso il tribunale fissa l'udienza entro dieci giorni dal deposito dell'istanza e provvede nelle forme di cui all'articolo 127 del codice di procedura penale. All'udienza partecipano il giudice delegato, il pubblico ministero e, ove nominato, l'amministratore giudiziario.
Le imprese destinatarie di informazione antimafia interdittiva ai sensi dell'articolo 84, comma 4, che abbiano proposto l'impugnazione del relativo provvedimento del prefetto, possono richiedere al tribunale competente per le misure di prevenzione l'applicazione del controllo giudiziario di cui alla lettera b) del comma 2 del presente articolo. Il tribunale, sentiti il procuratore distrettuale competente e gli altri soggetti interessati, nelle forme di cui all'articolo 127 del codice di procedura penale, accoglie la richiesta, ove ne ricorrano i presupposti; successivamente, anche sulla base della relazione dell'amministratore giudiziario, può revocare il controllo giudiziario e, ove ne ricorrano i presupposti, disporre altre misure di prevenzione patrimoniali.
Il provvedimento che dispone l'amministrazione giudiziaria prevista dall'articolo 34 o il controllo giudiziario ai sensi del comma 6 del presente articolo sospende gli effetti di cui all'articolo 94.»

5 Si veda Tribunale di Milano, sez.VIII, 13 febbraio 2008, n.1774: *" L'amministratore delegato e presidente del C.d.A. è tenuto al risarcimento della sanzione amministrativa di cui all'art. 10 d.lg. n. 231/2001, nell'ipotesi di condanna dell'ente a seguito di reato, qualora non abbia adottato o non abbia proposto di adottare un modello organizzativo idoneo ad evitare la commissione del reato presupposto per il quale è stata comminata la sanzione"*

6 Il Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission è un comitato fondato in America nel 1992 su iniziativa di 5 primarie organizzazioni (IMA, AAA, AICPA, IIA, FEI) per fornire una linea di pensiero alla direzione aziendale e agli enti governativi, sviluppando framework e linee guida per la gestione dei rischi aziendali, controllo interno e frode.

7 *La Circolare del Comando Generale della Guardia di Finanza, del 1 settembre 2020, n. 216816 cita, a mero titolo esemplificativo, l'ipotesi in cui la frode fiscale sia utilizzata per l'accantonamento di fondi utilizzati per la commissione dei reati di corruzione, falso in bilancio o sia il presupposto di condotte di reati di riciclaggio e autoriciclaggio.*

8 *Il regime dell'adempimento collaborativo disciplinato dal D. lgs. 5 Agosto 2015, n. 128 consente ad alcune categorie di contribuenti di accedere ad una comune valutazione con l'Agenzia delle Entrate delle situazioni suscettibili di generare rischi di natura tributaria subordinatamente all'adozione da parte del contribuente di un sistema di controllo del rischio fiscale inserito nel contesto del sistema di governance dell'azienda e di controllo interno.*

9 *Rubricato "Disposizioni concernenti i requisiti di accesso al regime di adempimento collaborativo disciplinato dagli articoli 3 e seguenti del decreto legislativo del 5 agosto 2015, n. 128".*

10 D. lgs. 14 luglio 2020, n. 75. Attuazione della direttiva (UE) 2017/1371, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale. Pubblicato nella Gazz. Uff. 15 luglio 2020, n. 177.

11 L. 04/10/2019, n. 117. Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2018. Pubblicata nella Gazz. Uff. 18 ottobre 2019, n. 245.
Art. 3, c.1 Princìpi e criteri direttivi per l'attuazione della direttiva (UE) 2017/1371, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale: "e) integrare le disposizioni del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, recante disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, prevedendo espressamente la responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche anche per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea e che non sono già compresi nelle disposizioni del medesimo decreto legislativo".

12 Si veda sul tema, Claudia Corsaro e Marco Zambrini (2020), *Il recepimento della Direttiva PIF e le novità in materia di reati contro la pubblica amministrazione e reati tributari. L'ulteriore ampliamento dei reati presupposto per la responsabilità degli enti*, in Giurisprudenza Penale Web, 2020, 7-8

13 Con il d.lgs. 75/2020 viene modificata anche la rubrica dell'art 25 che è stata così sostituita "Peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione e abuso d'ufficio".

14 Inoltre, con riferimento ai reati di cui agli artt. 316-*bis*, 316-*ter*, 640, comma 2, n.1), 640-*bis* e 640-*ter* c.p., il Legislatore equipara l'Unione Europea allo Stato e agli altri enti pubblici quali persone offese del reato.

15 Angelo Giarda, *L'elenco dei reati presupposto ex d.lgs. 231/2001, si amplia*; Corriere Merito, 2008, 6, 649, Wolters Kluwer

16 La "lettura" in atto prevalente (anche in considerazione del ruolo che ha per legge) è quella dell'A.N.AC., (Autorità nazionale anticorruzione) che, nell'approvare la proposta di PNA (Piano nazionale anticorruzione) del Dipartimento della Funzione pubblica, ha sostanzialmente confermato quanto sostenuto da quest'ultimo. In particolare, secondo "l'esegesi" di A.N.AC., e Dipartimento Funzione pubblica, l'ambito oggettivo della legge n. 190 deve focalizzarsi intorno al termine "corruzione", inteso come comprensivo:
- dell'intera gamma dei delitti contro la pubblica amministrazione disciplinati nel Libro II, Titolo II, Capo I, del Codice penale;
- delle "situazioni in cui, a prescindere dalla rilevanza penale, rilevi il malfunzionamento dell'amministrazione a causa dell'uso a fini privati delle funzioni attribuite", formula che censura l'utilizzo privato di funzioni pubbliche, pur non avente

rilevanza penale.

17 In merito alla prima parte, il D.lgs. n. 231/2001 estende agli enti quanto già previsto per le persone fisiche dall'art. 323-bis, comma 2, c.p.; la seconda condizione riproduce l'attenuante prevista dall'art. 12, comma 2, lett. b), nonché una delle attività riparatorie di cui all'art. 17 del Decreto. Quest'ultimo dispone che l'ente sia esente da sanzioni interdittive qualora, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado:

a) abbia risarcito integralmente il danno ed eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato, ovvero si sia comunque efficacemente adoperato in tal senso;

b) abbia eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;

c) abbia messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca

18 L'articolo 24 (Indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche e frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico) stabilisce, tra l'altro la sanzione pecuniaria fino a cinquecento quote, per gli enti in caso dei delitti di cui agli articoli 316-bis (Malversazione a danno dello Stato), 316-ter (indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato), 640, comma 2, n. 1 (Truffa a danno dello Stato o altro ente pubblico), 640-bis (Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche) e 640-ter (Frode informatica). Se, in seguito alla commissione dei delitti di cui al comma 1, l'ente ha conseguito un profitto di rilevante entità o è derivato un danno di particolare gravità; si applica la sanzione pecuniaria da duecento a seicento quote. all'inserimento dell'Unione europea tra i soggetti ai danni dei quali è compiuto il reato che dà origine alla responsabilità dell'ente.

19 Con riguardo ai reati di peculato occorre ricordare che l'autore del reato deve essere un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio che abbia, per ragione di ufficio o servizio, il possesso o disponibilità della cosa o denaro e se ne appropri.

20 In relazione all'inserimento dei reati di peculato e di abuso d'ufficio tra i reati presupposto di responsabilità amministrativa degli enti, va ricordato che la disciplina di cui al D. lgs. 231 del 2001 si applica: agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica e non si applica allo Stato e agli enti pubblici; la responsabilità della persona giuridica sorge per connessione con la realizzazione di un reato, compreso tra quelli espressamente indicati dal legislatore, da parte di una persona fisica che sia legata all'ente da un rapporto funzionale; il criterio di collegamento fra l'illecito e l'ente collettivo consiste nella circostanza che il reato sia stato realizzato nell'interesse od a vantaggio dell'ente.

21 Antonio Iorio, *I risvolti ''231'' per le imprese*, approfondimento della Rivista on-line "Leggi d'Italia" del 22/05/2013, Wolters Kluwer.

22 *Legge 6 novembre 2012, n. 190. Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione (G.U. n. 265 del 13 novembre 2012)*

23 Si veda per maggiori dettagli, Marco Sargenti, *L'applicazione della L. 190/2012 con particolare riferimento agli enti pubblici economici e agli enti di diritto privato in controllo pubblico, in Osservatorio-Anticorruzione-Articoli, www.rivista231.it*.

24 Gli enti pubblici economici e gli enti di diritto privato in controllo pubblico, sia di livello nazionale che locale, devono, inoltre, nominare un responsabile per l'attuazione dei propri Piani di prevenzione della corruzione, il quale può essere individuato anche nell'organismo di vigilanza, nonché definire nei propri modelli dei meccanismi che consentano ai cittadini di avere notizie in merito alle misure di prevenzione alla corruzione adottate ed alla loro attuazione (c.d. meccanismo di *accountability*).

25 Art 2-*bis,* legge 190/2012. Il Piano nazionale anticorruzione è adottato sentiti il Comitato interministeriale di cui al comma 4 e la Conferenza unificata di cui all'articolo 8, comma 1, del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281. Il Piano ha durata triennale ed è aggiornato annualmente. Esso costituisce atto di indirizzo per le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ai fini dell'adozione dei propri piani triennali di prevenzione della corruzione, e per gli altri soggetti di cui all'articolo 2-bis, comma 2, del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai fini dell'adozione di misure di prevenzione della corruzione integrative di quelle adottate ai sensi del Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, anche per assicurare l'attuazione dei compiti di cui al comma 4, lettera a). Esso, inoltre, anche in relazione alla dimensione e ai diversi settori di attività degli enti, individua i principali rischi di corruzione e i relativi rimedi e contiene l'indicazione di obiettivi, tempi e modalità di adozione e attuazione delle misure di contrasto alla corruzione.

26 Per ulteriori approfondimenti si veda: Autorità nazionale anticorruzione, Delibera 11 settembre 2013, n. 72 (Approvazione del Piano Nazionale Anticorruzione).

27 Carino Antonio, Vanetti Federico (2012), *I reati ambientali per le società: commento alla recente circolare Assonime,* Ambiente e sviluppo, Wolters Kluwer.

28 L'11 novembre 2020, il *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission* ha pubblicato la sua ultima *guidance*, intitolata: *Compliance Risk Management: Applying the Coso ERM Framework*.

Il COSO con la collaborazione della *Society of Corporate Compliance and Ethics* (SCCE) e della *Health Care Compliance Association* (HCCA) ha definito delle nuove linee guida sull'applicazione dell'*Enterprise Risk Management* (ERM) alla gestione del rischio di *compliance*.

23 Modelli e sanzioni dell'Ente nel contrasto alla fattispecie penale del "caporalato". Il superamento di un insostenibile vuoto normativo.

di Filomena Pisconti

Abstract
L'inserimento del delitto di cui all'art. 603 *bis* c.p. nel catalogo dei reati presupposto della responsabilità amministrativa ex D.lgs. n. 231 del 2001 ha imposto alle imprese l'adozione di un sistema di organizzazione prevenzionale interno, finalizzato a contrastare il rischio di condotte di sfruttamento e di approfittamento delle prestazioni lavorative, realizzate (anche) nell'interesse o a vantaggio dell'ente.
Tale rischio è correlabile trasversalmente a qualsiasi ente, a prescindere dal settore produttivo di operatività, che impieghi lavoratori in condizioni di sfruttamento, ovvero conferisca in appalto servizi ad imprese fornitrici senza aver attuato adeguate cautele.
La creazione di un sistema prevenzionale interno è destinata a porsi come necessaria condizione per le imprese che intendano connotare in senso etico le proprie relazioni interne e svolgere secondo modelli di legalità l'attività produttiva cui vengono preposte.

The enactment of the crime of art. 603 bis c.p. in the offence' set of corporate crime responsibility (D. Lgs. n. 231 of 2001) impose the adoption of an internal preventive organization system, aimed at counteracting the risk of exploitation of work performance, carried out (also) in their interest or advantage.
This risk can be transversally correlated to any company of any productive sector, which employs workers in conditions of exploitation, or contracts services to supplier companies without having implemented adequate precautions.
The creation of an internal preventive system is intended to be a necessary condition for companies that intend to make ethical their internal relations and carry out the production activities for which they are assigned according to legal models.

Sommario
1. Le ragioni di un intervento normativo inevitabile - **2.** Cenni alla riforma della fattispecie di caporalato - **3.** L'adeguamento dei M.O.G. delle imprese - **4.** Il controllo giudiziale d'azienda - **5.** L'amministrazione giudiziale dei beni aziendali - **6.** Le ipotesi di confisca ex artt. 603 *bis* 2 e 600 *septies* c.p. e di confisca allargata - **7.** Le ulteriori misure ablatorie previste dal D. lgs. 231/2001

1. Le ragioni di un intervento normativo inevitabile

La legge del 29 ottobre 2016 n. 199 ha inserito il delitto di "intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro" nell'art. 25 quinquies, co. 1 lett. a) del D. lgs. 231/2001, dando concreta espressione alla consapevolezza che il caporalato non costituisce «più un fenomeno "microeconomico", che risponde cioè a logiche di condotta di singoli intermediari isolati che rincorrano la marginalizzazione di un profitto illecito personale derivante dal trattenimento di parte della retribuzione delle vittime»[1].

L'osservazione della realtà rivela, infatti, che il "caporalato" non si esaurisce nel quadro delle ipotesi in cui l'impresa sia datrice di lavoro dei "dipendenti" assunti illecitamente ma comprende anche quelle in cui lo schermo della persona giuridica copre un'attività di intermediazione illegale del lavoro[2]. Ciò nonostante, il legislatore ha per lungo tempo esitato ad intervenire.
È stata – come molto spesso accade – solo l'emozione collettiva (o comunque la pressione dei media) legata ad episodi drammatici a sancire la necessità di superare il vuoto normativo preesistente, sollecitando, dopo diversi tentativi[3] e la Direttiva 2009/52/CE, l'introduzione dell'art. 25 *duodecies*

rubricato "Impiego di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare[4].

2. Cenni alla riforma della fattispecie di caporalato

L'attesa riforma del 2016 ha interessato anche la struttura della fattispecie penale[5]. Introdotto con la l. 148/2011, il delitto in esame avrebbe dovuto fornire efficaci strumenti repressivi delle condotte di sfruttamento del lavoro agricolo, settore maggiormente colpito dalle manifestazioni più cruente di intermediazione illegale nel reclutamento dei lavoratori.
La scarsa efficacia della norma, nei primi tempi della sua applicazione, ha sollecitato la rivisitazione del 2016. Sotto il profilo delle condotte, il nuovo comma 1 prevede ora due fattispecie base, che prescindono dall'uso di violenza, minaccia o intimidazione, l'una consistente nel reclutamento di manodopera allo scopo di destinarla al lavoro presso terzi in condizioni di sfruttamento, l'altra nell'utilizzo della stessa, anche mediante l'attività di intermediazione.
La norma prevede la punibilità del datore di lavoro per le condotte (alternative) di utilizzazione, assunzione o impiego di lavoratori in condizioni di sfruttamento, vi sia o meno stata intermediazione illecita.
Un ulteriore aspetto inedito della riforma riguarda il comma 2 dell'art. 603 *bis* c.p. che individua i cd. indici di sfruttamento, ampliandone la portata, all'evidente scopo di favorire l'accertamento dell'illecito. In particolare, quelli ai nn. 1 e 2 – relativi alla corresponsione di retribuzioni palesemente difformi dai contratti collettivi e alla violazione della normativa degli orari di lavoro, riposo settimanale, ferie e aspettativa obbligatoria – dopo la novella riguardano condotte non più sistematiche ma semplicemente *reiterate*. Mentre la sistematicità è sinonimo di abitualità, la reiterazione indica semplicemente la ripetitività.
Il terzo indice relativo alla violazione delle norme in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro è stato depurato dell'inciso "tali da esporre il lavoratore a pericolo per la salute, la sicurezza o l'incolumità personale". Dopo la novella è dunque sufficiente il solo accertamento della violazione delle disposizioni antinfortunistiche. Secondo alcuni autori[6], la nuova formulazione avrebbe ampliato l'ambito di applicazione della fattispecie essendo venuto meno il requisito del pericolo previsto nel testo precedente.
Quanto all'indice al n. 4, eliminando l'avverbio "particolarmente" in relazione alle condotte di sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, a metodi di sorveglianza o a situazioni alloggiative degradanti, il legislatore ha di fatto alleggerito l'arduo compito del giudice di dover provare in giudizio un requisito dai contorni incerti e indeterminati.

3. L'adeguamento dei M.O.G. delle imprese

Consegue alla riforma della fattispecie la necessità di aggiornare i MOGC. La letteratura specialistica sottolinea che particolare rilievo dovrà essere riservato all'indice riferito al rispetto della normativa prevenzionistica atteso che anche un singolo episodio di violazione delle disposizioni del D. lgs. 81/2008 potrebbe far sorgere la responsabilità dell'ente ex art. 25 *quinquies* D. lgs. 231/2001.
L'innovazione dei modelli è destinata ad essere particolarmente incisiva, inoltre, sull'operato degli O.D.V. interni, inevitabilmente chiamati a monitorare costantemente l'intera gestione del personale aziendale diretto e indiretto ed a segnalare ogni eventuale discostamento dalle relative prescrizioni. Compete allo stesso Organismo, anche con l'ausilio delle rappresentanze sindacali dei dipendenti[7], il monitoraggio dei procedimenti di divulgazione e di conoscenza del modello aziendale.
Le disposizioni del Modello *Conserve Italia* statuiscono, ad esempio, che l'informazione e la conoscenza del relativo contenuto del modello, dei propri regolamenti e dei protocolli interni, per tutti i dipendenti e gli altri portatori di interesse, tenuti ad osservarli e a contribuire alla loro attuazione, risultano attività dimostrative dell'assenza di condotte di sfruttamento[8].
È auspicabile, inoltre, che i modelli contengano prescrizioni specifiche inerenti alla gestione dei processi di approvvigionamento di beni e servizi prevedendo che sia imposto ai fornitori e ai *partners* commerciali il rispetto delle normative vigenti in tema di regolamentazione del rapporto di lavoro[9].
Potranno essere introdotte clausole contrattuali di accettazione del codice etico non esclusa quella risolutiva espressa per reagire all'inadempimento degli obblighi di *compliance* in questo modo assunti contrattualmente[10].
A maggior ragione clausole analoghe potranno essere previste qualora il reclutamento di personale avvenga per il tramite di un intermediario. In questa ipotesi particolare cura dovrà essere riservata alla garanzia del rispetto delle disposizioni in materia di sicurezza sul lavoro e regolarità contributiva[11] prescritti dalle principali fonti di contrattazione collettiva[12].
L'appaltatore dovrà farsi carico delle situazioni in

cui «è verosimile che possano trovare collocamento persone in stato di bisogno, disposte a tollerare trattamenti lavorativi discriminanti (servizi logistici, di spedizione, di facchinaggio, di pulizia, di ristorazione, call center e similari)»[13]. In questo caso una strategia di *risk assessment* potrà essere l'inserimento nelle fonti contrattuali di clausole di *auditing* nell'ambito degli accordi commerciali con i propri fornitori.
In ogni caso, lo standard SA8000 e l'ISO 37001 possono essere considerati idonei rimedi[14] per impedire di esporre l'azienda ad accuse di condizioni di lavoro degradanti o di condotte manipolatorie del mercato, sia per la propria parte, che per la parte oggetto ad affidamento esterno[15]. Vale in tal senso ricordare che con specifico riferimento al settore agricolo, nell'ambito del sistema delle certificazioni, la l. 199 del 2016 ha aggiunto ulteriori requisiti di cui devono essere in possesso le imprese al fine di ottenere la certificazione di qualità prevista dalla l. 116 del 2014, che ha la finalità di rafforzare la cd. "Rete del lavoro agricolo di qualità". La novella legislativa prescrive che l'impresa, tra i vari requisiti, non debba aver riportato una condanna in sede penale per un elenco di reati e qui, tra gli altri, si fa riferimento proprio al delitto di intermediazione illecita e di sfruttamento del lavoro.

4. Il controllo giudiziale d'azienda

Ad arginare le ulteriori conseguenze dannose ricollegabili all'agire criminoso di caporali e imprenditori, laddove ricorrano le esigenze cautelari di cui al comma 1 dell'art. 321 c.p.p., ai sensi dell'art. 3 della l. 199/2016, il giudice penale, anche nel caso in cui sussistano i requisiti per il sequestro preventivo, può disporre il controllo giudiziario dell'azienda provvedendo alla nomina di un amministratore giudiziario con il compito di affiancare l'imprenditore e di riferire periodicamente alla stessa autorità giudiziaria circa lo svolgimento degli atti di amministrazione utili all'impresa o circa la sopravvenienza di ogni irregolarità sorte nell'andamento dell'attività d'azienda.
Compito precipuo dell'amministratore sarà quello di evitare il protrarsi delle condizioni di sfruttamento dei lavoratori, regolarizzare i loro contratti e, più in generale, apportare le necessarie modifiche all'indirizzo operativo dell'azienda.
È degno di nota che tale istituto ha trovato applicazione in una vicenda in cui, a seguito di accertamenti effettuati sugli orari di lavoro e sulle retribuzioni riscosse dai dipendenti, emergevano situazioni di sfruttamento, «i cui indici di rilevazione attengono ad una condizione di eclatante pregiudizio e di rilevante soggezione del lavoratore, resa manifesta da profili contrattuali e da alcuni profili normativi del rapporto di lavoro, o da violazione delle norme in materia di sicurezza e di igiene sul lavoro, o da sottoposizione a umilianti e degradanti condizioni di lavoro e di alloggio»[16].
Dalle dichiarazioni dei dipendenti, perlopiù extracomunitari, e dalle intercettazioni emergeva una rete di sfruttamento realizzata attraverso «l'imposizione di lunghissimi orari di lavoro anche nei giorni festivi, attraverso il mancato riconoscimento della malattia, attraverso il mancato riconoscimento degli infortuni sul lavoro, attraverso l'erogazione di stipendi effettivi di importo ridotto (...), attraverso vessazioni sul luogo di lavoro, realizzate offendendo e minacciando i lavoratori e impedendo loro di fare pause e di recarsi in bagno se non negli stretti orari predeterminati».

5. L'amministrazione giudiziale dei beni aziendali

Il controllo giudiziario si distingue dall'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche e delle aziende – disciplinata dall'art. 34 co. 1 D. lgs. 159/2011, sostituito dalla l. 161/2017 – disposta in presenza di indizi che rilevano come il libero esercizio di determinate attività economiche, comprese quelle imprenditoriali, abbia carattere ausiliario ed agevolatorio rispetto all'attività delle persone nei cui confronti è stata proposta o applicata una misura di prevenzione ovvero di persone sottoposte a procedimenti penali per i delitti elencati nella predetta disposizione[17].
La scelta discrezionale dell'autorità di nominare un amministratore giudiziale è legata alla opportunità, ritenuta prevalente, di rimodulare, in chiave preventiva, gli aspetti contrattuali del lavoro, di salvaguardare l'occupazione a tutti i livelli e verificare la idoneità del modello organizzativo.
L'attività censurabile del soggetto che tiene la condotta di agevolazione deve essere valutata sul piano del reato colposo, che riguardi, cioè, «la violazione di normali regole di prudenza e buona amministrazione imprenditoriale che la stessa società si sia data (magari dotandosi di un codice etico) o che costituiscano norme di comportamento esigibili sul piano della legalità da un soggetto, che opera ad un livello medio – alto nel settore degli appalti di opere e/o servizi[18]».
La misura applicata è concepita nei termini di una amministrazione giudiziaria di affiancamento, priva di ogni componente repressiva[19], volta a ristabilire l'equilibrio del mercato e a rimuovere gli effetti della contaminazione illecita di imprese sane, nonostante l'intervento *ab externo,* abbastanza

invasivo, comprima il fondamentale diritto alla libertà di impresa costituzionalmente garantito.
Una recente pronuncia del Tribunale di Milano, Sezione misure di prevenzione, ha chiarito i profili applicativi in tema di "caporalato grigio"[20].
Nel caso in esame gli organi inquirenti individuavano una rete di cooperative fittizie, aventi come unica finalità quella di schermare l'azienda utilizzatrice della manodopera da forme di responsabilità verso i lavoratori, estromessi da ogni forma di collaborazione mutualistica o dalla partecipazione alle decisioni societarie. L' azienda utilizzatrice, dunque, percepiva indebiti vantaggi da tale sistema di sfruttamento.
Il punto nevralgico della pronuncia del tribunale meneghino riguarda proprio l'esatta individuazione del ruolo dell'amministratore nominato. Laddove il legislatore ha inteso consentire all'amministratore giudiziario la facoltà di esercitare i «poteri spettanti agli organi di amministrazione e altri organi sociali secondo le modalità stabilite del tribunale», non identifica un obbligo di assunzione anche della attività tipica dell'impresa che dev'essere assunta all'esito di una ponderata valutazione «in merito alle concrete modalità dell'intervento dell'amministrazione giudiziaria», ivi compresa la considerazione di «diversi fattori quali il grado di infiltrazione delittuosa ed il settore societario contaminato in rapporto alle dimensioni della società».
La scelta discrezionale dell'autorità di nominare un amministratore giudiziale è legata alla opportunità, ritenuta prevalente, di rimodulare, in chiave preventiva, gli aspetti contrattuali del lavoro, di salvaguardare l'occupazione a tutti i livelli e verificare la idoneità del modello organizzativo.
L'attività censurabile del soggetto che tiene la condotta di agevolazione deve essere valutata in chiave «di violazione di normali regole di prudenza e buona amministrazione imprenditoriale che la stessa società si sia data (magari dotandosi di un codice etico) o che costituiscano norme di comportamento esigibili sul piano della legalità da un soggetto, che opera ad un livello medio – alto nel settore degli appalti di opere e/o servizi»[21].
La misura è priva di una spiccata connotazione repressiva[22] ed è volta a rimuovere gli effetti della contaminazione illecita di imprese sane. Emblematica è l'applicazione[23] in un caso di caporalato "digitale"[24] nei confronti della società Uber Italy srl che si avvaleva di propri *riders* per la consegna di cibo a domicilio, reclutati perlopiù tra lavoratori migranti richiedenti asilo in stato di evidente vulnerabilità ed isolamento sociale[25].
Le modalità operative erano due: una vedeva Uber Italy srl gestire direttamente i *riders* che si candidavano autonomamente per le consegne negli *slots* impostati dalla piattaforma, mentre la seconda si riferiva all'attività di reclutamento e organizzazione dei gruppi di lavoratori ad opera delle società Flash Road City e FRC srl, su commissione della stessa Uber.
Dal quadro indiziario emergeva che il reclutamento e la successiva organizzazione del lavoro avveniva secondo modalità degradanti della dignità del lavoratore «costretto a ritmi sempre più intensi e frenetici (...) nettamente in contrasto con quanto previsto dalla forma contrattuale scelta, vale a dire quella della prestazione di lavoro autonomo occasionale caratterizzata (appunto) dalla completa autonomia del lavoratore circa i tempi e le modalità di esecuzione del lavoro[26]».
Nel provvedimento il Tribunale specifica il ruolo dell'amministratore che consisterà in un effettivo controllo sugli «organi gestori lasciando il normale esercizio di impresa, in capo agli attuali organi di amministrazione societaria» e sulla verifica circa «l'esistenza di rapporti contrattuali in corso e la piena conformità a tutte le regole di mercato degli stessi». Sarà compito dell'amministratore giudiziario nominato creare modelli virtuosi ed efficaci che impediscano nuove infiltrazioni illegali, ridisegnare tutti gli strumenti di *governance* aziendale[27], con un intervento che appare compressivo di un diritto di impresa costituzionalmente protetto dall'art. 41 Cost. [28].

6. Le ipotesi di confisca ex artt. 603 bis 2 e 600 septies c.p. e di confisca allargata

Oltre alle misure definibili come "terapeutiche", vi sono le misure patrimoniali di tipo confiscatorio.
In particolare, l'art. 603 *bis* 2 co. 2 c.p. prevede la confisca obbligatoria del prodotto o del profitto del reato, oltre che delle cose utilizzate per la sua realizzazione. Il suo carattere obbligatorio, dunque, esclude che la decisione sulla destinazione di tali beni non sia più affidata alla valutazione discrezionale del giudice.
Può essere altresì disposta la confisca per equivalente su altri beni di cui il condannato ha la disponibilità, per il caso in cui non sia possibile attuare quella obbligatoria diretta.
La novella del 2016 ha esteso l'applicazione al delitto di caporalato della cd. confisca allagata dell'art. 12 *sexies* del D. l. n. 306/1992, ovvero la confisca obbligatoria del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato non riesce a giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo

o un valore sproporzionato al proprio reddito dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica[29].
Trattandosi di confisca per valore, il vincolo di indisponibilità viene appresso su utilità patrimoniali del reo per un valore corrispondente al prezzo o al prodotto, non essendo possibile agire direttamente sui proventi dell'attività criminosa: la sua finalità è quella di eliminare il vantaggio economico derivante dalla attività criminosa del reo al fine di disincentivare la commissione del reato.
È dubbia, invece, l'applicazione della confisca prevista nell'art. 600 *septies* c.p., ai casi di caporalato, trattandosi di norma entrata in vigore in epoca successiva rispetto alla introduzione del reato *de quo*. Ci si chiede, dunque, se essa possa retroagire ai fatti di sfruttamento commessi antecedentemente.[30]
I profili successori dell'istituto della confisca sono da sempre stati risolti tramite l'analisi della sua natura giuridica.
Non essendo, quella dell'art. 600 *septies* c.p., qualificata come pena, la giurisprudenza di merito aveva inizialmente optato per la ipotesi della estendibilità alla suddetta fattispecie, in virtù del richiamo contenuto "ai delitti previsti dalla presente sezione".
Viceversa, di recente la Suprema Corte ha sancito che la misura avesse carattere sanzionatorio e che, pertanto, l'orientamento della giurisprudenza di merito confliggeva con le esigenze di determinatezza, prevedibilità e irretroattività del sistema penale.
«Il mero dato formale, – si legge nel testo della sentenza - costituito dal fatto che l'ultima versione dell'art. 600 septies cod. pen. sia entrato in vigore in epoca successiva alla introduzione della norma di cui all'art. 603-bis cod. pen., non comporta l'automatica applicabilità a tale specifico reato di quella ipotesi di confisca, sulla base del mero richiamo, ivi contenuto, ai «delitti previsti dalla presente sezione, (...) né nessun riferimento alla confisca ex art. 600-septies cod. pen. è presente nel provvedimento legislativo che ha introdotto l'art. 603-bis cod. pen».
In altri termini, non è ricavabile alcun dato sistematico né alcuna esplicita *intentio legis* che possano confermare l'estensibilità retroattività di tale misura per il reato di cui all'art. 603 *bis* c.p.
Lo stesso art. 600 *septies* 2 c.p., anch'esso, al pari del precedente, introdotto con la l. 172/2012, prevede pene accessorie (perdita della responsabilità genitoriale, interdizione perpetua da uffici attinenti alla tutela, curatela o amministrazione di sostegno, perdita del diritto agli alimenti e esclusione dalla successione della persona offesa) coerenti con i reati a tutela di vittime minorenni, ma del tutto non adeguate a tutelare il bene giuridico dell'art. 603 *bis* c.p.[31]

7. Le ulteriori misure ablatorie previste dal D. lgs. 231/2001

Per finire un cenno alle misure di carattere ablatorio applicate all'Ente contenute, invece, nel D.lgs. 231/2001.
La disciplina della confisca qui si atteggia in modo diversificato a seconda del contesto in cui è chiamata ad operare.
L'art. 9, co. 1, lett. c) prevede la confisca come sanzione, il cui contenuto e i cui presupposti applicativi sono precisati nell'art. 19. co.1. Il secondo comma di tale ultima disposizione, invece, prevede l'ipotesi della confisca per equivalente, secondo lo schema tipico delle disposizioni presenti nel codice penale. Anche in tale veste la confisca rappresenta sanzione principale, obbligatoria e autonoma[32].
Accanto a tali ipotesi di confisca, quella menzionata nell'art. 6 co. 5, del profitto del reato, commesso da soggetti che svolgono funzioni apicali, viene irrogata anche nella ipotesi in cui l'ente vada esente da responsabilità, per avere correttamente attuato i *compliance programs*.
Con riferimento a tale tipo di confisca, le Sezioni Unite dubitano circa la sua natura di misura sanzionatoria, in quanto è applicata in assenza di una declaratoria di responsabilità dell'ente[33].
La possibilità di applicare la confisca in mancanza della responsabilità dell'ente riflette inequivocabilmente la sua natura non punitiva in quanto ridotta a mero strumento di compensazione dell'equilibrio economico violato[34] «i cui effetti, appunto economici, sono andati a vantaggio dell'ente collettivo, che finirebbe (per) conseguire (sia pure incolpevolmente) un profitto geneticamente illecito (...)»[35].
L'ipotesi della confisca-sanzione, nel decreto 231, ritorna nell'art. 23 co. 2, quale sanzione principale che configura la responsabilità dell'ente di cui al primo comma della stessa norma commesso nell'interesse o a vantaggio del medesimo ente, a seguito dell'inosservanza di sanzioni interdittive.
Infine, l'art. 15 co. 4 prevede la confisca del profitto derivante dalla prosecuzione dell'attività a seguito di gestione commissariale, quale sanzione sostituiva[36] della sanzione interdittiva che determinerebbe l'interruzione dell'attività dell'ente, con grave pregiudizio per la collettività o per i livelli occupazionali.

1 «Tale lettura appartiene al passato, poiché l'attività di tali soggetti, rientrante a pieno titolo nella criminalità d'impresa, si svolge ora su scala transazionale tramite organizzazioni complesse ed in stretta connessione con fenomeni di tratta di persone e di immigrazioni complesse irregolare spesso mediante l'appoggio di sodalizi di stampo mafioso» A. Giuliani, *Profili di (Ir)Responsabilità da reato delle persone giuridiche rispetto ai fatti di c.d. "caporalato" (Art. 603-bis c.p. e D. Lgs. 231/2001 a confronto)*, in *Bocconi Legal Papers*, 2015, 6, p. 278.

2 «All'interno del tipo criminologico della persona giuridica devono, infatti, distinguersi da un lato i casi di "impresa intrinsecamente illecita, il cui oggetto sia cioè proiettato in modo specifico verso la commissione di reati", dall'altro le ipotesi in cui la commissione di reati, pur non costituendone la finalità principale, rientri comunque "nell'ambito della sua diffusa politica aziendale".» A. Giuliani, *cit.*, p. 279.

3 Il primo disegno di legge A.S. 1201, presentato alla Presidenza del Senato il 5 dicembre 2006, rubricato "Interventi per contrastare lo sfruttamento di lavoratori irregolarmente presenti sul territorio nazionale", disponeva l'inserimento nell'art. 25 *quinquies* D. lgs. cit. la comminazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 300 a 800 quote in relazione alla commissione del predetto delitto, nonché da 200 a 700 quote con riferimento a quello di illecita occupazione di lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno.

Le successive proposte di legge, A.C. 1220, A.C. 1263 e A.C. 3527, di medesimo contenuto, proponevano la modifica, nel senso della estensione, dell'art. 25 *septies* D. lgs. cit., mentre il disegno di legge A.S. 2584 inseriva un nuovo art. 25 *decies*, rubricato "Delitti in materia di tutela del lavoro e della leale concorrenza tra imprese", in cui il reato di caporalato veniva accostato a quello al delitto di cui all'art. 22 co. 12 bis del D. lgs. 25 luglio 1998 n. 286, ovvero l'illecita occupazione di lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno.

Anche i due successivi disegni di legge (A.S. 2584 e A.C. 4469 del 2011) proponevano l'introduzione di un catalogo di reati presupposto "in materia di tutela del lavoro e della leale concorrenza tra imprese" all'art. 25 *decies* D. lgs. cit., in cui collocare sia il reato di caporalato che quello di occupazione illecita di stranieri irregolari nell'ipotesi aggravata da sfruttamento ex art. 22 comma 12 bis D. lgs. 25 luglio 1998 n. 286.

4 «Non ogni lavoro "irregolare" può essere considerato una forma di caporalato, ma non vi è dubbio che lo *status* di particolare sfruttamento del lavoratore renda "irregolare" e, quindi, *contra legem,* il rapporto di lavoro di fatto instauratosi». S. M. Corso, *La responsabilità "da reato" dell'ente datore di lavoro nella legge n. 199/2016,* in *Arch. Pen.,* 2019, 2, p. 7.

«Stupisce soltanto la *mitezza delle pene* comminate. Il minimo di 100 quote previsto dal decreto costituisce in assoluto la *pena pecuniaria minima* applicabile alle persone giuridiche, ex art. 10 D. lgs. 231/2001, e non è disposta l'applicabilità di *alcuna* tra le pesanti *sanzioni interdittive* previste dal decreto del 2001: forse una più accurata dosimetria sanzionatoria avrebbe dovuto condurre ad evitare questa collocazione al limite inferiore della gravità edittale di un fenomeno criminoso che può invece condurre altresì un elemento di grave distorsione del sistema economico nel suo complesso». L. Masera, *La nuova disciplina penale in tema di contrasto allo sfruttamento del lavoro degli stranieri irregolari: l'inizio di una diversa politica criminale in materia di immigrazione?* in *Dir., imm. e citt.,* 2012, 3, p. 30.

5 Cfr. sull'art. 603-bis c.p. ex multis A. Madeo, *La riforma del delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *Stud. Iur.*, 2017, 3, p. 288; A. Di Martino, *Tipicità di contesto a proposito dei cd. indici di sfruttamento nell'art. 603 bis c.p.*, in *Arch. Pen.*, 2018, 3, p. 10.

6 «Simili preoccupazioni, peraltro, secondo alcuni sarebbero eccessive. In particolare, è stato segnalato da chi ha seguito l'iter del provvedimento come il rischio paventato sia in realtà infondato, considerato che gli indici in esame non contribuiscono a descrivere il reato, ma svolgono una semplice funzione di "orientamento" probatorio, esigendo, altresì, una ripetizione delle violazioni con esclusioni di condotte episodiche». M. Chilosi – M. Ricciardi, *Reato di "caporalato". Riflessi sui modelli 231,* in *Gestione del rischio Osservatorio 231*, www.ambientesicurezzaweb.it, p. 5.

7 Cfr. F. Stolfa, *Le legge sul "caporalato" (l. n. 199/2016): una svolta "etica" nel diritto del lavoro italiano? Una prima lettura,* in *Dir. sic. lav.,* 2017, 1.

In questo senso anche, E. Tomasinelli, *Intermediazione illecita e sfruttamento: una recente pronuncia del Tribunale di Milano in tema di "caporalato grigio",* in *Giur. Pen,* 2019, 12, p. 16.

8 Cfr. Modello di organizzazione e controllo ai sensi del D. Lgs. n. 231/2001, Conserve Italia, Rev. 3/2018, p. 51 sg.

9 «Per questa ragione, i contraenti esterni vengono sottoposti, di regola, a processi di *due diligence* e prequalifica da parte della società che intenda avvalersi della loro opera o servizio. Si ricorre, così, a procedure informate al principio "know you counterparty" ("conosci la tua controparte") gestite per lo più dall'ufficio acquisti o dalla funzione approvvigionamenti (procurement).» V. Mongillo, *Forced Labour e sfruttamento lavorativo nella catena di fornitura delle imprese: strategie globali di prevenzione e repressione,* in *Riv. trim. dir. pen. econ.,* 2019, 3-4, p. 654.

10 Cfr. V. Mongillo, *cit.*

11 «A questo proposito, oltre alla acquisizione del Durc a ogni scadenza per la verifica della regolarità contributiva, potrà essere utile monitorare, attraverso una analisi della registrazione delle presenze (possibile soprattutto negli appalti

"interni", ossia quelli che si svolgono all'interno dello stabilimento del committente), il ricorso al lavoro straordinario e il rispetto delle ferie annuali nonché implementare "indicatori" e verifiche indirette attraverso, ad esempio la richiesta in sede di contrattualizzazione del modello DM10 presentato dall'impresa appaltatrice all'Inps». M. Chilosi – M. Riccardi, *cit.*, p. 6.

12 «In questo senso, alle imprese potrebbe anche suggerirsi la previsione di clausole di *auditing* nell'ambito degli accordi commerciali con i propri fornitori, per verificare direttamente, a mezzo di visite ispettive, l'ottemperanza alle normative richiamate, ovvero esigere la trasmissione di tutta la documentazione che possa risultare utile a tal scopo.» F. Ruggieri, *L'aggiornamento del modello 231 al nuovo delitto di caporalato,* in *Riv. 231,* 2017, 2, p. 331 sg.

13 Cfr. A. Lomurno, *Il reato di caporalato e il modello organizzativo 231/2001,* in www.studiolegalesardella.com.

14 Così si esprime la manager per la responsabilità sociale di Bureau Veritas (società leader a livello mondiale nei servizi di controllo, verifica e certificazione per la qualità, salute e sicurezza) Claudia Strasserra a proposito della realtà agroalimentare Coop: «Non a caso Coop è stata la prima in Europa a ottenere, era il 1998, la certificazione SA8000 a garanzia del rispetto dei diritti dei lavoratori, non solo al proprio interno ma anche per i fornitori del prodotto a marchio e nelle filiere in cui opera. Questa certificazione si porta dietro una serie di procedure e di controlli che sono diventate comportamenti standard e che favoriscono la trasparenza. Il fatto di avere, come Coop, un portale internet per tutti i fornitori è una prima base per la condivisione delle informazioni che scoraggia chi volesse aggirare le regole (...) Quando andiamo in un'azienda per fare quello che tecnicamente chiamiamo un audit andiamo cioè a verificare che ci sia il pieno rispetto delle normative di sicurezza e tutela della salute dei lavoratori oltre che dei contratti di lavoro», in https://consumatori.e-coop.it/wp-content/uploads/2017/03/CI216_LOMBARDE.pdf, p. 13.

15 Cfr. A. Lomurno, *cit.*

16 Trib. Della Spezia, Ufficio del giudice per le indagini preliminari, decr. 2 novembre 2020, in https://www.giurisprudenzapenale.com/2020/11/10/applicato-il-controllo-giudiziario-nei-confronti-di-una-azienda-nellambito-di-un-procedimento-per-caporalato/.

17 Nella formulazione dell'art. 34, ante 2017, la disposizione, al primo comma, richiedeva la sussistenza di sufficienti indici al fine di legittimare lo svolgimento di ulteriori indagini patrimoniali e le richieste di giustificazione della provenienza dei beni di valore sproporzionato al reddito.

Al comma secondo, invece, si richiedeva la ricorrenza non di indizi, ma di elementi probatori, comunque idonei a fondare la valutazione del carattere ausiliario, che una determinata attività economica svolge rispetto a soggetti indagati per gravi reati o comunque pericolosi socialmente, per cui proposti o già destinatari di misure di prevenzione.

18 E. Tomasinelli, *cit.*, p. 14.

19 «La finalità dell'istituto dell'amministrazione giudiziaria non è, infatti, tanto repressiva, quanto preventiva, volta, cioè, non a punire l'imprenditore che sia intraneo all'associazione criminale, quanto a contrastare la contaminazione antigiuridica di imprese sane, sottoponendole a controllo giudiziario con la finalità di sottrarle, il più rapidamente possibile, all'infiltrazione criminale e restituirle al libero mercato una volta depurate dagli elementi inquinanti». E. Tomasinelli, *cit.,* p.13.

20 Cfr. A. Merlo, *Il contrasto al "caporalato grigio" tra prevenzione e repressione. Note a margine di* Cfr. Trib. Milano, Sez. mis. prev., decreto 7 maggior 2019, n. 59, Pres. Roia, Ceva Logistic Italia s.r.l., in *Pen. cont.,* 2019, 6. L'Autore distingue le ipotesi di caporalato "nero" in cui «le condotte raggiungono livelli di assoggettamento assoluto di tipo paraschiavistico», dal caporalato cd. "grigio", caratterizzato «da forme intermedie di sfruttamento caratterizzate dall'approfittamento dello stato di bisogno che induce il lavoratore ad accettare condizioni comunque inaccettabili».

21 E. Tomasinelli, *cit.*, p. 14.

L'Autore, qui, tra l'altro, riprende il contenuto di un precedente giurisprudenziale relativo alla applicazione della medesima misura in Trib. di Milano, Sez. Mis. Prev., 23 giugno 20216, Nolostand s.p.a.

22 «La finalità dell'istituto dell'amministrazione giudiziaria non è, infatti, tanto repressiva, quanto preventiva, volta, cioè, non a punire l'imprenditore che sia intraneo all'associazione criminale, quanto a contrastare la contaminazione antigiuridica di imprese sane, sottoponendole a controllo giudiziario con la finalità di sottrarle, il più rapidamente possibile, all'infiltrazione criminale e restituirle al libero mercato una volta depurate dagli elementi inquinanti». E. Tomasinelli, *cit.,* p.13.

23 Cfr. Trib. Milano, Sez. Mis. Prev., 28 maggio 2020, n. 9.

24 «Si tratta di fenomeni che hanno interessato principalmente il mondo dei servizi, per via di una crescente tendenza alla terziarizzazione da parte delle imprese, e che nell'ambito della economia informale e deregolamentata della cosiddetta *gig economy* hanno trovato un inedito brodo di coltura.» A. Merlo, *Sfruttamento dei riders: amministrazione giudiziaria ed Uber per contrastare il "caporalato digitale",* in *Sist. Pen.,* 2 giugno 2020.

25 Sull'inquadramento dei *riders* come lavoratori autonomi o dipendenti non vi è uniformità di orientamento.

Secondo recente orientamento di legittimità, essi sono equiparabili ai lavoratori subordinati.

«Sotto il primo profilo, la questione sollevata non ha più ragione di essere, avendo questa Corte ritenuto il D. Lgs. n. 81 del 2015, art. 2, comma 1, norma di disciplina e non norma di fattispecie, dovendosi escludere che essa abbia dato vita ad un *tertium genus*, intermedio tra la subordinazione ed il lavoro autonomo, per cui non può parlarsi di eccesso di delega, ben potendo inquadrarsi la norma in discorso nel complessivo riordino e riassetto normativo delle tipologie contrattuali esistenti

voluto dal legislatore delegante. Sotto il secondo aspetto, il Collegio non ravvisa alcun profilo di irragionevolezza nella scelta del legislatore delegato di equiparare, quanto alla disciplina applicabile, i soggetti di cui al D. Lgs. n. 81 del 2015, art. 2, comma 1, ai lavoratori subordinati, nell'ottica della tutela di una posizione lavorativa più debole, per l'evidente asimmetria tra committente e lavoratore, con esigenza di un regime di tutela più forte, in funzione equilibratrice.». Cfr. Cass. civ., Sez. lav., 24 gennaio 2020 (ud. 14 novembre 2019), n. 1663.

«Senonchè, la Suprema Corte, sebbene abbia formalmente aderito alla soluzione ermeneutica più radicale (applicazione di tutta la disciplina del lavoro subordinato al ricorrere delle condizioni indicate all'art. 2, 1° comma citato, ciò a prescindere dalla qualificazione del rapporto di lavoro), in realtà è pervenuta ad un esito sui generis che miscela un po' dell'una e un po' dell'altra delle soluzioni formulate dalla dottrina e richiamate nella sentenza in commento. Nello specifico, la Corte di cassazione, da un lato, ha ritenuto "semplice" l'operazione da svolgersi ai sensi e per gli effetti dell'art. 2, 1° comma, D. Lgs. n. 81/2015: una volta accertate la personalità`, la continuità e l'etero-organizzazione della prestazione, il giudice deve applicare al rapporto tutta la disciplina del lavoro subordinato senza interrogarsi sulla natura delle suddette collaborazioni. Dall'altro lato, la Corte di cassazione ha anche osservato che le collaborazioni di cui all'art. 2, 1° comma, D. Lgs. n. 81/2015 sono fattispecie "per definizione" non rientranti nella nozione di cui all'art. 2094 c.c., con la conseguenza che non possono escludersi situazioni in cui l'applicazione integrale della disciplina del lavoro subordinato sia "ontologicamente incompatibile" con esse. In definitiva, la soluzione interpretativa adottata dalla sentenza annotata sembra, per ricorrere allo stesso aggettivo usato dalla Corte di cassazione, "semplice", ma, ad un più attento esame, si rileva forse "semplicistica". Ciò perché tale soluzione rischia di riproporre il medesimo problema dal quale si voleva sfuggire (la qualificazione delle suddette collaborazioni) sotto altre forme (in primis l'individuazione della disciplina da applicare al caso concreto), senza fornire, pero`, coordinate utili ad individuare e risolvere le eventuali situazioni di "incompatibilità` ontologica"». F. D'Addio, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo – La Cassazione, i riders e la via semplice alla tutela del lavoro subordinato*, in *Giur. It.*, 2020, 5, pp. 1173-74.

Ma il dibattito non si arresta qui e anzi tale orientamento sembra essere messo in crisi dalle recenti vicende.

E' stato firmato il 15 settembre 2020 da Assodelivery (l'organizzazione datoriale maggiormente rappresentativa del comparto a cui aderiscono Deliveroo, Glovo, Just Eat, Social Food e Uber Eats con circa 500 addetti e almeno 30 mila riders) e UGL Rider, il primo CCNL per il lavoro dei riders ovvero i fattorini per la consegna a domicilio, la cui attività è organizzata attraverso piattaforme telematiche (gig economy), definito "Contratto collettivo nazionale per la disciplina dell'attività di consegna di beni per conto altrui, svolta da lavoratori autonomi" che all'art. 7 il rider è definito come «*lavoratore autonomo che, sulla base di un contratto con una o più piattaforme, decide se fornire la propria opera di consegna dei beni, ordinati tramite applicazione*». *In* https://www.fiscoetasse.com/rassegna-stampa/29261-riders-nuovo-ccnl-come-lavoratori-autonomi.html#:~:text=7%20il%20rider%20%C3%A8%20definito,beni%2C%20ordinati%20tramite%20applicazione%C2%BB.

A proposito del caso Uber, invece, c'è chi ha parlato di reato "mafioso", «perché in qualsiasi settore esso venga perpetrato, si accompagna ad altri crimini propri dell'attività associativa di stampo mafioso. La ribalta ce l'ha sovente l'agricoltura, ma il caso qui accennato (Uber Italy) è la palmare dimostrazione che, ad esempio, i cd. "riders" potrebbero essere i nuovi "schiavi" di imprenditori senza scrupoli, anche se legati ad associazioni a delinquere.» Cfr. R. Razzante, *Il Caso Uber: un nuovo caporalato anche per la responsabilità d'impresa*, in *Riv. 231*, 2020, 3.

26 Decr. cit., p. 14.

27 Cfr. A. Quattrocchi, *Le nuove manifestazioni della prevenzione patrimoniale: amministrazione giudiziaria e contrasto al "caporalato" nel caso Uber*, in *Giur. Pen.*, 2020, 6.

28 Un ulteriore rimedio potrebbe essere il ricorso alla misura dell'art. 34 bis del Codice antimafia che viene disposta – anche d'ufficio da parte del Tribunale di prevenzione – ogni volta che l'agevolazione all'attività delle cosche risulti occasionale ma sussistano, comunque, circostanze di fatto dalle quali possa desumersi il pericolo concreto di infiltrazioni mafiose idonee a condizionarne la legalità aziendale. «Diversamente, la misura del controllo giudiziario di cui all'art. 34 bis c.p. offre la possibilità al tribunale di scegliere tra diverse prescrizioni, modulandone il grado di ingerenza. Con la misura più lieve il Tribunale può imporre direttamente agli organi amministrativi o sociali un obbligo di comunicazione inerente a qualsiasi atto di disposizione o gestione dei beni. Può al contrario, ritenere necessario di nominare un giudice delegato e un amministratore i quali, a differenza della misura ex art. 34, non hanno il dovere di amministrare in prima persona i beni ma unicamente di controllare l'operato degli organi amministrativi sociali, dandone periodica comunicazione al tribunale». M. Barberio – V. Camurri, *L'amministrazione giudiziaria di Uber: un possibile cortocircuito tra il sistema giuslavoristico e le misure di prevenzione*, in *Giur. Pen.*, 2020, 7-8, p. 14. Cfr. altresì E. Biritteri, *I nuovi strumenti di bonifica aziendale nel codice antimafia: amministrazione e controllo giudiziario delle aziende*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2019, 3-4, p. 855; D. Albanese, *Alle Sezioni Unite una questione in tema di "controllo giudiziario delle aziende" ex art. 34-bis D. Lgs. 159/2011: appello, ricorso per Cassazione o nessun mezzo di impugnazione?* in *Pen. Cont.,* 13 giugno 2019.

29 «La nuova disciplina si propone perciò di incidere pesantemente sui poteri economici del fenomeno, sia sui profitti che sui patrimoni illecitamente accumulati, perché, come rilevato anche dal professor Padovani in un suo recente commento, "il turbe fenomeno si colloca al crocevia della criminalità organizzata di tipo mafioso che dal reclutamento e dall'organizzazione della manodopera clandestina, o comunque estranea al circuito del collocamento legale, ricava cespiti e potere». D.

Ferrante, *Intervento al corso della struttura territoriale di formazione decentrata "Sfruttamento lavorativo e nuove frontiere di schiavitù"*, Relazione, Roma, 23 marzo 2017, p. 11.

30 Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 27 settembre 2018 (ud. 27 novembre 2018), n. 54024, (rv. 274707-01).

31 Cfr. C. Minnella, *Caporalato: ai fatti di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro è applicabile solo la confisca obbligatoria ad hoc*, in *Dir. & Giust.*, 214, 2018, p. 11.

32 «Al riguardo si legge nella Relazione al decreto: "Di particolare rilievo la sanzione della confisca, irrogabile con la sentenza di condanna, che si atteggia a sanzione principale e obbligatoria" (p. 37). Implicazioni: • trattandosi di sanzione (e non di misura di sicurezza) la confisca presuppone sempre la condanna, cioè l'accertamento dell'illecito; • l'equiparazione della sentenza di applicazione pena alla sentenza di condanna prevista dal c.p.p. deve ritenersi valere - in forza del richiamo generale ex art. 34 e specifico ex art 63, comma 1 - anche per la sentenza ex art. 63; • il riferimento alla "sentenza" e non (anche) al "decreto" di condanna non consente di ritenere applicabile la confisca nei casi di procedimento per decreto ex art. 64; • trattandosi di sanzione (e non di misura di sicurezza) sono applicabili alla confisca tutte le cause estintive del reato-presupposto oltre a quelle che autonomamente interessino l'illecito (si pensi ad una specifica abrogazione), con i prevedibili riflessi anche in fase esecutiva. Nella Relazione si legge ancora: "Essa [la confisca] viene configurata sia nella sua veste tradizionale, che cade cioè sul prezzo o sul profitto dell'illecito, sia nella sua forma "moderna", quella "per equivalente", in vista di una più efficace azione di contrasto contro la criminalità del profitto. La confisca "tradizionale" colpisce il prezzo del reato, costituito dalle cose, dal denaro o da altre utilità date o promesse per determinare o istigare alla commissione del reato, e il profitto del reato, da intendersi come una conseguenza economica immediata ricavata dal fatto di reato.» Cfr. E. Fusco, La sanzione della confisca in applicazione del d.lgs. 231/2001, in *Riv. 231*, p. 63.

33 «In tema di responsabilità da reato degli enti collettivi, la confisca del profitto del reato prevista dagli art. 9 e 19 D. Lgs. n. 231 del 2001 si configura come sanzione principale, obbligatoria ed autonoma rispetto alle altre previste a carico dell'ente, e si differenzia da quella configurata dall'art. 6, quinto comma, del medesimo decreto, applicabile solo nel caso difetti la responsabilità della persona giuridica, la quale costituisce invece uno strumento volto a ristabilire l'equilibrio economico alterato dal reato presupposto, i cui effetti sono comunque andati a vantaggio dell'ente.» Cfr. Cass. pen. Sez. Unite Sent. 27/03/2008 n. 26654 (rv. 239925), in CED Cassazione, 2008, *Riv. Trim. Dir. Pen, Econ.*, 2008, 4, 1082.

34 «Altra parte della dottrina ritiene che l'applicazione della forma di confisca in questione dimostrerebbe come nonostante l'ente riesca a provare le condizioni di cui all'art. 6, l'esonero di responsabilità sia solo parziale, o comunque dimostrerebbe che la clausola di esonero inciderebbe solo sulla sanzione e non sulla responsabilità; tale interpretazione, pur possibile, sembra discutibile se vuole fondare una valutazione di responsabilità dell'ente sul presunto carattere punitivo di una tale forma di confisca.» A. M. Maugeri, *La responsabilità da reato degli enti: il ruolo del profitto e della sua ablazione nella prassi giurisprudenziale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2013, 4, p. 687.

35 «Simile conclusione sembra riecheggiare, in realtà, la distinzione dottrinale tra sanzioni "riparatorie o reintegratrici" - volte ad eliminare il danno derivante dall'illecito o il profitto che l'autore ne ha conseguito - e le sanzioni "punitive" - che rappresentano uno strumento preventivo per la tutela di beni giuridici e presentano un contenuto afflittivo connesso alla sofferenza inflitta tramite la limitazione di un diritto o di un bene giuridico.» T.E. Epidendio, *La confisca nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Riv. 231*, p. 23.

36 «La giustificazione della confisca si trae dall'esigenza di mantenere la valenza afflittiva ad una sanzione/misura cautelare interdittiva che, con la prosecuzione dell'attività, motivata dall'interesse di terzi, verrebbe frustrata; la confisca sostituisce la portata afflittiva dell'interdizione con quella dell'ablazione del guadagno». E. Fusco, *La sanzione della confisca in applicazione del d.lgs. 231/2001*, in *Riv. 231*, p. 64.

24 La colpa d'organizzazione e il rischio fiscale: un "nuovo volto" del modello 231?

di Pio Gaudiano

Abstract
L'Autore offre un'analisi della *corporate criminal liability*, in relazione ai reati tributari introdotti nel D. Lgs. 231/2001, per effetto della L. 157/2019 e del D. Lgs. 75/2020.
Dopo una disamina degli orientamenti giurisprudenziali emersi *ante*-riforma, il lavoro mette in evidenza i profili di maggiore criticità della nuova disciplina, soffermando l'attenzione sui rinnovati oneri di organizzazione a carico dell'ente.
Conclude l'opera una riflessione sui processi di *Tax & Crime Risk Managmente* e sulla loro possibile implementazione nell'ambito del modello organizzativo di gestione e controllo.

The Author provides an analysis of corporate criminal liability relating to tax crimes introduced into D. lgs. 231/2001 as a consequence of L. 157/2019 and D. lgs. 75/2000.
After an examination of case law prior to the reform, the work highlights the most critical points of the new regulation, dwelling on renewed organizational burdens for the company.
In conclusion, there is a reflection on tax&crime risk managment processes and on their possible implementation within the organization, managment and control model.

Sommario
1. Premessa - **2.** Gli orientamenti giurisprudenziali emersi ante riforma del 2019 - **3.** Le ricadute pratiche della riforma - **3.1.** I profili di irragionevolezza - **3.1.1.** La mancata estensione del sistema di c.d. premialità riscossiva all'ente - **3.1.2.** I sistemi fraudolenti transfrontalieri quale (dubbia) condizione di punibilità dell'ente per i reati-presupposto introdotti dalla novella del 2020 - **3.2.** Il potenziale rischio di sovrapposizione degli interventi punitivi - **3.3.** Il delitto tentato (cenni) - **4.** Il "nuovo volto" del Modello 231.

1. Premessa.

L'ente risponde degli illeciti penal-tributari commessi nel suo interesso o a suo vantaggio.
La *novità,* annunziata dal D. L. 26 ottobre 2019, n. 124, recante "Disposizioni urgenti in materia fiscale e per esigenze indifferibili" (cd. Decreto Fiscale)[1], era tutt'altro che inaspettata.
L'ampliamento del catalogo dei c.d. reati-presupposto della responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche, ex D. Lgs. 231/2001, è avvenuto, difatti, in esecuzione della direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2017, nota come "direttiva PIF" (contenente norme per la lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale), nonché in recepimento delle riflessioni di una larga parte della dottrina penalistica, dettasi da tempo favorevole alla introduzione dei reati tributari nel novero delle ipotesi di corresponsabilizzazione amministrativo-penale dell'ente[2].
L'*iter* di attuazione della direttiva si è articolato in due fasi:

1. In occasione del già citato D. L. 124/2019, attraverso l'introduzione, tra i reati-presupposto dell'ente, di un primo gruppo di fattispecie penal-tributarie, sino a quel momento suscettibili (non senza le forzature interpretative di cui si dirà meglio *infra*) di far *scattare* la responsabilità amministrativa da reato della persona giuridica solo se configuranti reati-scopo di altri illeciti, già contemplati nella lista di quelli presupposto ex D. lgs, 231/2001. Si fa riferimento, in particolare, alle fattispecie di: dichiarazione fraudolenta mediante l'uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti

(art. 2 D. Lgs. n. 74/2000), dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici (art. 3 D. Lgs. n. 74/2000); di emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti (art. 8 D. Lgs. n. 74/2000); occultamento o distruzione di documenti contabili (art. 10 D. Lgs. n. 74/2000); sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte (art. 11 D. Lgs n. 74/2000).

2. Con il D. Lgs. 14 luglio 2020, n. 75, Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 177 del 15 luglio 2020, recante norme di "*Attuazione della direttiva (UE) 2017/1371, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale*", intervenendo in più settori della normativa interna, al fine di adeguarla alle istanze di tutela sovranazionale. In particolare, per quel che rileva in questa sede, il decreto in parola ha inciso sulle forme di manifestazione di alcuni reati tributari, prevedendone la configurabilità *anche* in forma tentata in caso di lesione degli interessi finanziari dell'Unione[3], nonché sul catalogo delle fattispecie penal-tributarie presupposto della responsabilità delle persone giuridiche, ampliandolo in relazione ai delitti previsti dagli artt. 4, 5 e 10-*quater* D. Lgs. 74/2000.

Con i due interventi normativi ora citati, lo Stato Italiano si è allineato, dunque, gli obblighi di penalizzazione di fonte UE contenuti nella direttiva PIF 2017/1371.

Ciò, quanto meno, sotto il profilo formale.

Nella sostanza, la riforma, oltre ad aver già suscitato seri dubbi di costituzionalità, non sembra in grado di colmare il più volte paventato "vuoto di tutela" degli interessi erariali che sono alla base (tracciandone il bene giuridico e orientandone, quindi, la *ratio*) delle fattispecie penal-tributarie e che lo stesso legislatore europeo aveva considerato "primari" nella logica della direttiva[4].

Non è neppure difficile immaginare quali potranno essere le ricadute pratiche della riforma.

Invero, per quanto *recentissima* sia l'introduzione dei reati tributari nel "sistema 231", già da tempo la giurisprudenza era di fatto giunta ad estenderne le conseguenze sanzionatorie in capo all'ente essenzialmente attraverso un duplice meccanismo:

- *In primis,* attraverso la confisca (e il sequestro ad essa funzionale), in danno dell'ente, del profitto dei reati fiscali commessi dal suo legale rappresentante (vds., sul punto, Cass., Sez. Unite, 30 gennaio 2014 - dep. 5 marzo 2014 -, n. 10561, Pres. Santacroce, Rel. Davigo, Imp. Gubert, che ha ritenuto legittimo "*nei confronti di una persona giuridica il sequestro preventivo finalizzato alla confisca di denaro o di altri beni fungibili o di beni direttamente riconducibili al profitto di reato tributario commesso dagli organi della persona giuridica stessa, quando tale profitto (o beni direttamente riconducibili al profitto) sia nella disponibilità di tale persona giuridica*", con esclusione, dunque, del sequestro e della confisca "per equivalente", salvo dimostrare che la persona giuridica sia uno schermo fittizio);
- *In secundis,* individuando nel "vantaggio" conseguito mediante la realizzazione dei reati-fine di natura fiscale, il "profitto confiscabile" a carico dell'ente imputato di altri reati, segnatamente di natura societaria (25-*ter*) o associativa (24-*ter*), ovvero connessi alla circolazione di capitali illeciti (25-*octies*).

È ragionevole attendersi, pertanto, che la prassi applicativa farà emergere ben presto la valenza estensiva delle nuove norme, con conseguente, ulteriore, dilatazione delle ricadute punitive in capo all'ente.

Se questo potrà rappresentare "il problema" della riforma, appare doveroso, tuttavia, segnalare come proprio il *sistema 231* possa costituirne una valida soluzione.

Il riferimento è, segnatamente, al criterio di imputazione *psicologica* del reato all'ente, basato (come è noto) sulla colpa d'organizzazione: quest'ultima è esclusa solo se l'organizzazione complessa ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del reato da parte dei suoi "esponenti", un modello di organizzazione idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi (artt. 6-7, D. Lgs. 231/2001).

Alla funzione esimente del modello, se ne affianca tuttavia un'altra, ben più ampia, che risente direttamente della "dimensione economica" o, per meglio dire, "imprenditoriale", entro cui esso è destinato ad operare: se adeguatamente inserito nell'ambito della *corporate governance,* il modello di organizzazione, gestione e controllo assolve il cruciale compito di predisporre le strutture regolamentari necessarie ad attuare gli obiettivi d'impresa e a tracciare le politiche aziendali che dovranno realizzarsi.

In tal guisa, lo strumento in parola, tradizionalmente adoperato per la prevenzione del rischio-reato nelle organizzazioni complesse, è in grado di esprimere tutta la sua attitudine manageriale proattiva, suscettibile di essere variamente declinata in base alle esigenze, alla natura e alle dimensioni dell'impresa.

Se, difatti, nelle piccole e medie imprese (PMI), la principale declinazione di un modello così pensato rispetto al "rischio-fiscale" non potrà che esser quella dello strumento anti-evasione e, tutt'al

più, di ausilio nella gestione degli adempimenti fiscali obbligatori (considerata la compenetrazione, nelle piccole realtà, tra persona fisica ed ente), nelle organizzazioni di più grandi dimensioni esso consentirà di monitorare, conformandovisi, una legislazione in rapida espansione, connotata spesso da incertezze e farraginosità, e di adeguare, quindi, l'attività d'impresa alla costante variabile fiscale.

Scopo del presente contributo è dunque quello di sviscerare le possibili "ricadute pratiche" della riforma operata con i due interventi normativi citati in premessa (il D.L. 124/2019 e il D.Lgs. 75/2020), focalizzando l'attenzione sul "rinnovato ruolo" del Modello di organizzazione, gestione e controllo, improntato alla prevenzione del rischio fiscale.

2. Gli orientamenti giurisprudenziali emersi ante riforma del 2019.

Come anticipato in premessa, l'ente, *di fatto*, rispondeva dei reati tributari commessi dai soggetti in c.d. posizione apicale già prima dell'entrata in vigore del D.L. 124/2019.

Tanto emerge da frammentarie pronunce della Corte di cassazione contenenti "segnali d'allarme" per il legislatore, chiamato a risolvere la più volte lamentata irrazionalità di un sistema che non prevedeva, tra i reati posti a fondamento della responsabilità amministrativa dell'ente, gli illeciti di natura fiscale[5].

Invero, prima dell'entrata in vigore del D.L. 124/2019, vi era la tendenza, da parte di una certa giurisprudenza di legittimità, ad applicare all'ente le conseguenze sanzionatorie dei reati tributari dei "vertici" aziendali, non senza forzature interpretative che si ponevano spesso *ai limiti* del divieto di analogia *in malam partem* e in stridente contrasto, quindi, con il principio di legalità in materia penale (art. 25 Cost. – 14 Prel., nonché – in *subiecta materia*- art. 2, D. Lgs. 231/01).

La problematica involgeva, in modo particolare, l'applicazione della confisca per equivalente al profitto dei reati tributari commessi a (ritenuto) vantaggio dell'ente: la mancanza del nesso di pertinenzialità della *res* con il reato (salvo che per la determinazione del *quantum* confiscabile), che viceversa caratterizza la funzione special-preventiva della confisca diretta connota, infatti, la misura in parola in chiave precipuamente afflittiva, trasformandola in sanzione penale[6]. Di qui, la sua inestensibilità, in assenza di una esplicita previsione legislativa, alla responsabilità da reato degli enti.

Emersero, allora, due orientamenti ermeneutici.

Secondo un primo indirizzo, era da ritenersi legittima l'aggressione patrimoniale della persona giuridica che, beneficiando degli incrementi patrimoniali (dati anche dal risparmio di spesa) conseguenti alle violazioni penal-tributarie poste ine essere dal suo legale rappresentante, non rimaneva "sullo sfondo" del reato, ma partecipava direttamente ad esso, a nulla rilevando la mancata inclusione dei reati tributari nel "catalogo" di quelli presupposto della responsabilità amministrativa *ex* D. Lgs. 231/2001[7].

L'indirizzo in questione poggiava sul rilievo che, sebbene il reato tributario fosse attribuibile solo all'indagato, le sue conseguenze patrimoniali ricadevano, comunque, sul patrimonio della persona giuridica a favore della quale l'autore del reato aveva agito, salvo dimostrare la rottura del rapporto di immedesimazione organica tra la persona fisica e la società.

Secondo un altro indirizzo giurisprudenziale, in ragione proprio del principio di stretta legalità operante in materia penale e del conseguente divieto di applicare la norma penale incriminatrice al di fuori dei suoi confini tassativi, era da escludersi la confiscabilità per equivalente, in danno della persona giuridica, del profitto del reato tributario commesso dal soggetto in posizione apicale, salvo che l'ente non costituisse un "mero schermo fittizio", adoperato dal legale rappresentante per farvi confluire i profitti illeciti delle violazioni tributarie; ciò sulla base dell'assunto che ogni cosa fittiziamente intestato alla società è da ricondursi alla immediata disponibilità della persona fisica autrice del reato (in tal senso, si veda Cass. pen., Sez. III, 19 settembre 2012 – 10 gennaio 2013, n. 1256)[8].

A dirimere il contrasto così venutosi a creare furono le Sezioni Unite della Corte di cassazione, aderendo, nella nota "sentenza Gubert", al secondo dei due filoni giurisprudenziali innanzi richiamati[9].

In particolare, dopo aver (ri-)affermato la natura eminentemente sanzionatoria della confisca per equivalente ed aver precisato che, pertanto, le norme disciplinanti tale forma di ablazione reale non potevano essere interpretate analogicamente, gli Ermellini ne esclusero l'applicabilità alla persona giuridica per i reati tributari commessi dal suo legale rappresentante. Ciò tanto ai sensi dell'art. 19, co. 2, D. Lgs. 231/2001 (atteso che gli artt. 24 e sgg., del citato D.Lgs. non prevedono i reati fiscali tra le fattispecie in grado di giustificare l'adozione del provvedimento), quanto ai sensi dell'art. l'art. 1, comma 143, l. n. 244 del 2007 (che estende, attraverso il rinvio normativo all'art. 322 ter c.p., la confisca per equivalente a tutti i reati tributari, eccezion fatta per quello di

"occultamento o distruzione di scritture contabili", ex art. 1, 74/2000).
Nella stessa pronuncia, tuttavia, le Sezioni Unite affermarono che "*la confisca del profitto, quando si tratta di denaro o di beni, non è confisca per equivalente, ma confisca diretta*", con ciò di fatto escludendo che, in tali casi, operasse il criterio selettivo della pertinenzialità con il reato.
In particolare, le Sezioni Unite ritennero legittima la confisca di "*ogni altra utilità che sia conseguenza, anche indiretta o mediata, dell'attività criminosa*", sulla base dell'assunto che " *La trasformazione che il denaro, profitto del reato, abbia subito in beni di altra natura, fungibili o infungibili, non è quindi di ostacolo al sequestro preventivo il quale ben può avere ad oggetto il bene di investimento così acquisito*"[10].
La siffatta soluzione ermeneutica sollevò, da subito, aspre critiche in dottrina, sia per la scarsa chiarezza di alcuni passaggi logico-argomentativi della pronuncia in parola sia, e viepiù, per l'inaccettabile assimilazione tra confisca diretta e confisca indiretta su cui essa, di fatto, si basava.
Neanche la successiva "sentenza Lucci" [11], in cui il Supremo Collegio tentò di mitigare la portata eccessivamente estensiva di *quella nuova nozione* di profitto confiscabile, riuscì a dirimere i forti dubbi interpretativi suscitati da quest'ultima.
Invero, in tale pronuncia la Suprema Corte, riunita ancora una volta nella sua più autorevole composizione, pur ribadendo che, nei casi in cui il prezzo o il profitto del reato era costituito da denaro l'ablazione reale delle somme nella disponibilità del soggetto doveva essere qualificata in termini di confisca diretta e che non occorreva, dunque, la prova del nesso di derivazione del denaro dal reato, nondimeno precisò che la confisca poteva avere ad oggetto il solo *accrescimento patrimoniale* conseguito con il reato stesso. Di qui, l'esclusione, dalla nozione "profitto confiscabile", tanto del risparmio di spesa[12], quanto degli interessi e delle sanzioni dovute a seguito dell'accertamento dell'illecito fiscale, viceversa confiscabili secondo la "Gubert" [13].
Il correttivo apportato dalla sentenza Lucci al parametro del *quantum* di profitto confiscabile non risolse, però, il problema relativo alla natura giuridica della confisca: il venir meno del nesso di pertinenzialità della *res* con il reato ne aveva difatti comportato la sostanziale trasformazione, da misura di sicurezza patrimoniale, in misura afflittivo/sanzionatoria.
Va detto tuttavia che, nella sentenza *Lucci*, la Corte di cassazione non si occupò di confisca a carico dell'ente.
Il caso oggetto della pronuncia, invero, interessava la posizione di Camillo Lucci, che la Corte d'Appello di Roma aveva prosciolto dal delitto di corruzione per intervenuta prescrizione e il cui ricorso per cassazione involgeva (per quanto di rilievo ai fini della presente analisi) la confisca sotto un duplice profilo: *quello della sua legittimità*, ove disposta a seguito di declaratoria di estinzione del reato, e *quello della sua natura*, di confisca diretta o per equivalente, allorquando avesse ad oggetto somme di denaro depositate su conto corrente; nonché, in quest'ultimo caso, l'ulteriore quesito se ed entro quali limiti dovesse ricercarsi il nesso pertinenziale tra denaro e reato.
Dunque una problematica *strutturalmente diversa* da quella affrontata nella sentenza Gubert.
I principi affermati dalle Sezioni Unite nella sentenza Gubert e nella sentenza Lucci (seppur con il correttivo sul *quantum* innanzi visto), sono stati più volte richiamati in giurisprudenza, non di rado in senso critico.
Attraverso il restringimento della nozione di "profitto confiscabile", le pronunce della Suprema Corte (sia pure a sezioni semplici) susseguenti alle due poc'anzi richiamate hanno invero affrontato il problema della responsabilità penal-tributaria dell'ente in un'ottica ripristinatoria, più che sanzionatoria *tout court*, arginando gli effetti della misura ablativa attraverso l'ammissione della prova contraria (*rectius,* della prova di non-derivazione causale del profitto dal reato) [14] in capo all'ente, "terzo" al reato e nondimeno, "interessato" alle sorti del procedimento penale.
Accanto agli arresti giurisprudenziali che si sono occupati del tema della confisca in ordine al profitto del reato tributario commesso dal legale rappresentante della persona giuridica, si colloca, poi, un altro filone di sentenze in materia di responsabilità dell'ente, per reati inclusi nell'elenco di quelli "presupposto", *ex* D. Lgs. 231/2001, e a loro volta *connessi* a quelli di natura fiscale.
Il riferimento è a tutti quei casi, già richiamati in premessa, in cui veniva ravvisata la *corporate liability* per i delitti di circolazione di proventi illeciti (ex art. 25-octies D. Lgs. 231/2001), ovvero di natura societaria (25-ter) e associativa (24-*ter*).
Con particolare riguardo ai primi, emergeva il problema di come "conciliare" la struttura tipica dei reati di riciclaggio e di auto-riciclaggio, imperniati su un rapporto di presupposizione con un reato c.d. principale, allorquando quest'ultimo non fosse già compreso nel catalogo dei delitti fondanti la responsabilità dell'ente ai sensi del D. Lgs. 231/2001.
Il rischio, particolarmente avvertito da una parte della dottrina, era di dare luogo un sub-catalogo di reati, coincidenti con quelli "presupposto" delle

fattispecie di circolazione dei proventi illeciti, ma del tutto estranei al catalogo tassativo dei reati pre-definiti di responsabilità amministrativa della persona giuridica.
Per tale via, infatti, i reati tributari divenivano automaticamente imputabili all'ente, allorquando realizzati (e sul punto l'onere della prova non era mai così complesso per la pubblica accusa) l'utilità con essi ottenuta venisse reimpiegata dal soggetto apicale o dal dipendente "a vantaggio" della società.
Ciò dava luogo a chiari ed evidenti riverberi (oltre che in punto di legalità) sul piano operativo, trovandosi l'ente di fatto costretto ad "auto-organizzarsi", in base ad una logica tipicamente precauzionale, rispetto a rischi esogeni (flussi di monetari in entrata) ed endogeni (utilità originate direttamente dal patrimonio dell'impresa) appartenenti a reati extra-catalogo e ad individuare, conseguentemente, appositi protocolli e misure operative *ad hoc,* orientate a prevenire non l'illecito amministrativo dipendente da reato, ma l'illecito penale costituente "la fonte" del reato-presupposto della responsabilità ex D. Lgs. 231/2001.
Nonostante le forti perplessità manifestate da una larga parte della dottrina[15], la giurisprudenza di legittimità era orientata ad ammettere la responsabilità dell'ente in relazione ai delitti connessi alla circolazione di capitali illeciti derivanti da vantaggi economici conseguiti dall'ente stesso attraverso la commissione di reati fiscali[16].
Problematiche analoghe si avevano in relazione ai reati associativi.
In particolare, la *vis attractiva* propria della norma penale incriminatrice dell'art. 416 c.p., annoverata *sub* art. 24-*ter* tra i reati-presupposto della responsabilità amministrativa dell'ente, aveva fatto sì che essa venisse utilizzata come "scatola vuota", entro cui far rientrare una serie di altri illeciti penali, estranei al *corpus* normativo del D. Lgs. 231/2001.
Sul punto, si registravano due contrapposti orientamenti ermeneutici: secondo un primo filone interpretativo, facente leva sul principio di legalità, non poteva ritenersi ammissibile valorizzare, ai fini della responsabilità dell'ente, reati estranei a quelli tassativamente indicati nel decreto 231; non erano conseguentemente da ritenersi condivisibili le tesi che tendevano a recuperare, in modo surrettizio e indiretto, la responsabilità dell'ente per i reati tributari attraverso la fattispecie associativa di cui all'art. 416 c.p.[17].
Secondo altro e contrapposto indirizzo giurisprudenziale di legittimità, l'ostacolo rappresentato dalla non-inclusione dei reati fiscali nel catalogo dei reati-presupposto della responsabilità amministrativa dell'ente era comunque superabile ricollegando il profitto del reato associativo al complesso dei proventi generati dai reati scopo, a prescindere dalla loro inclusione o meno nella "parte speciale" del D. Lgs. 231/2001.
L'orientamento in parola faceva leva sull'autonomia che, sotto il profilo patrimoniale, caratterizzerebbe il reato associativo rispetto ai suoi reati-scopo; tal che il profitto derivante dal *primo* si identificherebbe nel complesso dei vantaggi direttamente conseguiti dal cooperare dei *secondi* e sarebbe, pertanto, pacificamente confiscabile all'ente[18].
L'opzione ermeneutica in parola, peraltro condivisa da una recente pronuncia della Suprema Corte[19], dava tuttavia luogo ad un irrimediabile *vulnus* ai principi di tassatività e determinatezza, dilatando oltremodo le maglie applicative della norma dell'art. 24 *ter*, sino a ricomprendervi una gamma potenzialmente infinita di ipotesi delittuose, quand'anche non ricomprese nel "catalogo 231".
Inoltre, essa finiva con il sovrapporre, confondendole, la logica d'impresa con il *modus operandi* delle organizzazioni criminali; dava cioè per scontato che il vantaggio dei reati-scopo nel loro insieme venisse ripartito tra i consociati solo in un momento successivo al perfezionamento dei reati-satellite, sotto forma di "distribuzione degli utili" conseguenti all'appartenenza alla *societas sceleris*[20].
Ciò a tacere pure dei notevoli problemi di identificazione e di prevenzione delle fonti di reato a cui conduceva questa linea interpretativa, rendendo di fatto inafferrabili gli oneri e gli obblighi degli enti in sede di *risk assessment*.

3. Le ricadute pratiche della riforma.

Le problematiche sin qui solo succintamente esposte dovrebbero dirsi oggi risolte, alla luce dell'introduzione dei reati tributari nell'ambito della *corporate liability* e della conseguente obbligatorietà, in virtù del comb. disp. degli artt. 9 – 19 D. Lgs. 231/2001, della confisca (anche per equivalente[21]) del prezzo o del profitto dell'illecito commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente.
Nondimeno, i due interventi legislativi citati in premessa hanno posto l'interprete dinanzi a nuove e altrettanto complicate questioni da risolvere.
La prima di queste involge la contraddittorietà e la irragionevolezza del sistema, messe in crisi tanto dalla novella del 2019, quanto (in modo forse ancor più evidente) dal D. Lgs. 75/2020.
Una seconda questione attiene alla applicabilità congiunta di sanzioni penali, penali-amministrative e amministrative per così dire "pure", conseguenti spesso ai medesimi fatti illeciti, con possibili (ma forse evitabili) ricadute in punto di *ne bis in idem*.

Un terzo problema, di carattere strettamente operativo ed in parte connesso alla seconda questione, attiene all'adeguamento dei modelli di organizzazione, gestione e controllo oggi esistenti, alla nuova normativa. Occorrerà in particolare comprendere *se* ed *in che modo* gli attuali sistemi di *compliance* fiscale potranno co-integrarsi con i già noti strumenti di analisi, prevenzione e gestione del rischio penale. Ciò al fine di evitare da un lato, l'eccessiva frammentazione di controlli e procedure e, dall'altro lato, che l'attività imprenditoriale venga "imbrigliata" con strumenti invasivi non sempre confacenti alle esigenze del caso concreto.

3.1. I profili di irragionevolezza.

Con riferimento al primo dei tre profili problematici innanzi evidenziati, si osserva come l'estensione della responsabilità amministrativa degli enti ai reati tributari abbia suscitato alcuni dubbi sotto il profilo della *razionalità.*

Si allude, *in primis,* al trattamento ingiustificatamente più favorevole, riservato alla persona fisica che scelga di pagare il proprio debito tributario potendo, in tal modo, beneficiare di un trattamento sanzionatorio più mite o, a determinate condizioni, essere *dispensata* dalla sanzione penale; trattamento viceversa non previsto per la persona giuridica che compia il *medesimo fatto illecito* e che, allo stesso modo della persona fisica, decida di *ravvedersi.*

In secundis, si richiama l'attenzione sull'ambigua formulazione di alcune norme "di nuovo conio" e degli esiti interpretativi potenzialmente *distonici* cui esse possono dare luogo.

Nel prosieguo saranno quindi sviscerate tali problematiche, tentando di individuare altrettante soluzioni interpretative.

3.1.1. La mancata estensione del sistema di c.d. premialità riscossiva all'ente.

Per ciò che concerne, in modo particolare, la riforma operata con il D.L. 124/2019 (convertito, con modificazioni, dalla L. 157/2019), l'attenzione va soffermata sul meccanismo di c.d. premialità riscossiva, già previsto dall'art. 13, D. Lgs. 74/2000 per il contribuente/persona fisica, ma singolarmente non esteso, dal legislatore della riforma, alla persona giuridica imputata di illecito amministrativo dipendente da reato tributario.

Tale disparità di trattamento risulta accentuata dalla previsione contenuta nel secondo comma dell'art. 12-*bis,* D. Lgs. 74/2000, del pari non riprodotta nel testo del D. Lgs. 231/2001, ove è esclusa l'operatività della confisca per la parte che il contribuente si impegna a versare all'erario anche in presenza di sequestro.

Ciò ha suscitato non pochi dubbi in dottrina[22], che ha rilevato come la mancata estensione di tali meccanismi premiali alla responsabilità dell'ente dia luogo a ingiustificabili contraddizioni, non risolvibili in via interpretativa in ragione del noto *principio di autonomia* che impedisce di estendere all'ente le cause estintive del reato (diverse dall'amnistia) operanti per la persona fisica (art. 8, D. Lgs. 231/2001).

È d'uopo notare come la stessa causa di non punibilità (e di non confiscabilità *in parte qua*), contenuta nelle disposizioni testé citate del D. Lgs. 74/2000, risulti informata non già ad una logica di *facilitazione*, ossia di incoraggiamento del comportamento voluto quando ancora è in atto l'offesa al bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice[23], bensì di vera e propria *ricompensa,* operando a comportamento già compiuto[24]; con essa non si ambisce, cioè, a disincentivare la condotta evasiva, che si è invero già realizzata, ma a riscuotere un credito quando ancora è dovuto, attraverso uno strumento di coartazione che è dato dalla "scelta" della non-sanzione penale.

Tale logica emerge con chiarezza dalla peculiare *morfologia* della fattispecie premiale in parola, che consente alla persona fisica di non incorrere affatto in sanzione penale (art. 13), ovvero di evitare la sola ablazione dei beni (art. 12-*bis*), a seconda del momento entro cui salda il proprio debito con il Fisco.

In particolare, per le fattispecie c.d. dichiarative (artt. 2,3,4 e 5), "il premio" opera in senso pieno solo se il pagamento avviene entro il termine di presentazione della dichiarazione relativa al periodo d'imposta successiva e prima di avere formale conoscenza di accessi, ispezioni o verifiche o dell'inizio di qualunque attività di accertamento amministrativo o di procedimenti penali; mentre consente la non ablazione dei beni se il pagamento avviene dopo tali momenti.

Per le fattispecie omissive e per la più lieve ipotesi di indebita compensazione (artt. 10-*bis*, 10-*ter*, 10-*quater* co. 1), invece, la *deadline* è rappresentata dalla dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, oltre la quale l'evasore/persona fisica che saldi "tardivamente" il suo debito con l'Erario, potrà beneficiare solo della non operatività della confisca.

Ma anche allorquando, a cagione del superamento dei termini poc'anzi visti, il contribuente/persona fisica non possa più beneficiare della non punibilità, nondimeno egli potrà ottenere uno sconto di pena fino alla metà ed essere dispensato dalle pene accessorie, a prescindere dal tipo di reato tributario che gli viene contestato, se

estingue il suo debito prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado; ovvero, alle medesime condizioni, potrà accedere al rito dell'applicazione della pena su richiesta delle parti, ottenendo l'ulteriore "sconto" fino a un terzo della pena in concreto applicabile (art. 13-*bis*).
Un vero e proprio sotto-sistema premiale all'interno sistema penale-tributario, dunque, creato in funzione di una più che auspicata finalità riscossiva, anche al costo di consentire ai contribuenti di *"monetizzare" il rischio della responsabilità penale, barattando, sulla base di un freddo calcolo, la certezza del vantaggio presente con l'eventualità di un risarcimento futuro privo di stigma criminale"*[25].
Se tutto questo è vero e può avere un senso per le persone fisiche, non si colgono le ragioni per cui il legislatore della riforma, dal quale sarebbe stato lecito attendersi (in ragione anche di interventi normativi avutisi in altri settori dell'ordinamento)[26] un maggiore interesse verso l'esazione, non abbia inteso estendere il sistema della premialità riscossiva alle persone giuridiche.
Le ricadute pratiche di questo mancato coordinamento sono ben chiare[27]: in caso di debito tributario riferibile alla persona giuridica e non pagato dalla persona fisica, il ravvedimento operoso di quest'ultima avrebbe l'effetto di non estinguere la responsabilità della prima *ex* D. Lgs. 231/2001 e di risolversi, anzi, in una denuncia in danno dell'ente, di fatto impossibilitato, in ragione del già richiamato principio di *autonomia*, di beneficiare dell'istituto premiale[28].
Il che, lungi dal costituire un motivo di resipiscenza per l'evasore/persona fisica finisce, al contrario, per disincentivare il pagamento del debito erariale[29].

3.1.2. I *sistemi fraudolenti transfrontalieri* quale (dubbia) condizione di punibilità dell'ente per i reati-presupposto introdotti dalla novella del 2020.

Un ulteriore profilo di criticità, come già innanzi evidenziato, attiene alle modifiche apportate all'art. 25-*quinquiesdecies,* D. Lgs. 231/2001, dal D. Lgs. 75/2020.
Questa "seconda novella" ha infatti introdotto, nel catalogo dei reati-presupposto dell'ente, le fattispecie di dichiarazione infedele (art. 4, D. Lgs. 74/2000), di omessa dichiarazione (art. 5) e di indebita compensazione (art. 10-*quater*), condizionandone tuttavia la rilevanza ex art. D. Lgs. 231/2001 alla circostanza che siano commessi "*nell'ambito di sistemi fraudolenti transfrontalieri e al fine di evadere l'imposta sul valore aggiunto per un importo complessivo non inferiore a dieci milioni di euro*".
La prima condizione è quella che genera maggiori perplessità[30].
In particolare, occorre domandarsi quando possa dirsi "transfrontaliero" il "sistema fraudolento" e in che modo possa coniugarsi tale ultima locuzione a fattispecie di reato tipicamente non connotate da condotte fraudolente.
Il corretto inquadramento delle nuove fattispecie, infatti, è di assoluta rilevanza nella prospettiva degli enti, chiamati ora a predisporre (o ad aggiornare) i modelli di organizzazione, gestione e controllo, con procedure volte a prevenire *anche* gli illeciti in esame.
Quanto al primo punto, nel silenzio del D. Lgs. 75/2020 e della Relazione illustrativa, viene quasi automatico il riferimento alla nozione di "reato transazionale", contenuta nell'art. 3, L. 16 marzo 2006, n. 146, di "*Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001*", che presuppone la sua commissione in uno Stato e, alternativamente, la "*preparazione, pianificazione, direzione o controllo*"… "*in un altro Stato*", ovvero l'implicazione di "*un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato*", o ancora gli "*effetti sostanziali in un altro Stato*".
Tuttavia, nei casi in cui la Suprema Corte ha affrontato il tema del "reato transazionale" in relazione agli illeciti fiscali, il requisito della transnazionalità è stato ricavato, per lo più, dalla operatività, in più Stati, del "*gruppo criminale organizzato*"[31], requisito di per sé non in grado di definire l'accezione di "*sistemi … transfrontalieri*", contenuta nell'art. 25-*quinquiesdecies,* D. Lgs. 231/2001.
Che si tratti di una locuzione inedita e di diretta derivazione sovranazionale è, del resto, confermato dal fatto che anche la Direttiva (UE) 2018/822 del 25 maggio 2018, sullo scambio automatico obbligatorio di informazioni relative a meccanismi transfrontalieri che presentano determinati rischi di elusione o evasione (c.d. Direttiva DAC 6 - *Directive on Administrative Cooperation*), implementata dall'Italia con il D. Lgs. 30 luglio 2020, n. 100, abbia adoperato l'aggettivo "transfrontaliero" per indicare i meccanismi di pianificazione fiscale aggressiva e di occultamento degli attivi, finalizzati a ridurre le imposte esigibili e a trasferire gli utili imponibili verso regimi tributari più favorevoli.
A questi ultimi è d'uopo fare riferimento, per individuare il corretto ambito di applicazione della norma in esame.
Tale opzione ermeneutica, invero, oltre che risultare coerente con le finalità sottese ad

entrambe le direttive (la tutela degli interessi finanziari dell'UE), appare avallata dalla sinonimia dei vocaboli *meccanismo* (contenuto nel D. Lgs. 100/2020, attuativo della Direttiva DAC 6) e *sistema* (introdotto dal D. Lgs. 75/2020, con cui è stata implementata dall'Italia la Direttiva PIF), ambedue associati all'aggettivo "transfrontaliero", ma solo il primo dei quali puntualmente definito dall'art. 2, D. Lgs. 100/2020[32].

Così ragionando, è allora possibile concludere che, per aversi un "sistema transfrontaliero", occorre innanzitutto rintracciare una pluralità di autori fiscalmente non residenti nello stesso Stato e una comune programmazione che connoti il loro rapporto in chiave evasiva.

Quella qui proposta, del resto, appare l'unica via per fissare il contenuto della norma, di modo da recuperarne la tassatività, risultando altrimenti la nozione di "sistemi fraudolenti" affatto indeterminata e, come tale, sfuggente.

Più ardui si rivelano gli sforzi interpretativi con riferimento al secondo dei due "requisiti di operatività", per gli enti, dei reati-presupposto inseriti nell'art. 25-*quinquiesdecies* dal D. Lgs. 75/2020.

Come anticipato, per la configurabilità della responsabilità dell'ente in relazione ai delitti contemplati dagli artt. 4, 5 e 10-*quater*, si richiede che il "sistema", nell'ambito del quale essi vengono realizzati, sia connotato da fraudolenza.

Ebbene, posto che in tali fattispecie non viene tipizzata alcuna condotta fraudolenta, non si vede come possa conciliarsi, con esse, *l'incipit* del nuovo comma 1-*bis* dell'art. 25-*quinquiesdecies*[33].

Una parte della dottrina[34] ha proposto di rifarsi alla definizione di "mezzi fraudolenti", contenuta nell'art. 3, D. Lgs. 74/2000, in quanto "*l'unica potenzialmente utile in ambito penal-tributario*".

Tale nozione, tuttavia, specificamente riferita alla fattispecie di *Dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici,* contemplata dallo stesso art. 3, non sembra estensibile ai casi di responsabilità da reato dell'ente introdotti dal D. Lgs. 75/2020, identificandosi il "mezzo" con lo "strumento" di commissione della frode, inevitabilmente mancante nelle ipotesi in cui quest'ultima sia estranea alla *tipicità del fatto.*

Stessa cosa a dirsi per la nozione di "atti fraudolenti", contenuta nell'art. 11, D. Lgs. 74/2000, ove si inerisce chiaramente a condotte di tipo simulatorio.

L'unica chiave di lettura per la locuzione "*sistemi transfrontalieri fraudolenti*" pare essere, allora, quella che valorizza il primo di questi tre vocaboli: il concetto di sistematicità rimanda, infatti, a quello di reiterazione e impone, così, di escludere, dal perimetro applicativo della norma, le condotte evasive *isolate*, che saranno conseguentemente suscettibili, al più, di dar luogo alla sola responsabilità penale della persona fisica, in relazione agli artt. 4, 5 e 10-*quater* D. Lgs. 74/2000.

È proprio nella sistematicità, del resto, che si "annidano" quelle pratiche suscettibili, *nel loro insieme*, di dar luogo a *fraudolenza,* ed è ad esse, pertanto, che si dovrà fare riferimento per l'individuazione dei fatti rilevanti ai fini della responsabilità da reato dell'ente.

Così individuato il (possibile) significato da attribuire all'espressione "*sistemi fraudolenti transfrontalieri*", non resta allora che domandarsi come essa debba collocarsi rispetto alla struttura dell'illecito amministrativo dipendente da reato.

Giova preliminarmente rilevare, in ordine a questo punto, che la realizzazione della condotta delittuosa nell'ambito dei sistemi innanzi definiti non costituisce l'unica condizione per ritenere l'ente *responsabile* dei delitti previsti dagli artt. 4, 5 e 10-*quater* D. Lgs. 74/2000: è a altresì necessario, infatti, che questi ultimi siano commessi "*al fine di evadere l'imposta sul valore aggiunto per un importo complessivo non inferiore a dieci milioni di euro*".

Duplice, quindi, è la tecnica adottata per delimitare l'area del "penalmente rilevante per l'ente": sul piano oggettivo, si richiede l'inclusione della condotta delittuosa in un meccanismo "sistemico" operante oltre confini statali; sul piano soggettivo, la finalizzazione di essa all'evasione dell'IVA per un importo minimo.

Orbene, identificandosi l'obiettivo di tutela del legislatore del 2020 (come già detto) negli *interessi finanziari dell'Unione Europea* e rispondendo le due condizioni in parola proprio a tale scopo, non v'è dubbio che le stesse vadano collocate all'interno, e non all'esterno dell'offesa già cagionata con la commissione del fatto.

Nondimeno, esse appaiono irrilevanti ai fini del perfezionamento (e della consumazione) dei reati-presupposto, dei quali la persona fisica continuerà dunque a rispondere, anche in caso di mancato *avveramento* delle condizioni.

Ciò porta a ritenere che l'inciso "*se commessi nell'ambito di sistemi fraudolenti transfrontalieri e al fine di evadere l'imposta sul valore aggiunto per un importo complessivo non inferiore a dieci milioni di euro",* racchiuso nel comma 1-*bis* dell'art. 25-*quinquiesdecies,* configuri due clausole assimilabili alle condizioni obiettive di punibilità intrinseche ma operanti, beninteso, con esclusivo riferimento alla responsabilità degli enti[35].

Di talché, in caso di loro mancato avveramento, dei reati tributari contemplati dagli artt. 4, 5 e

10-*quater,* D. Lgs. 74/2000 continuerà a rispondere la persona fisica, ma non la persona giuridica.

3.2. Il potenziale rischio di sovrapposizione degli interventi punitivi.

Un secondo problema attiene, come si diceva in premessa, alla risposta sanzionatoria multilivello per i medesimi fatti illeciti.

A ben vedere il tema, già oggetto di un approfondito dibattito in dottrina[36], concerne non tanto la coesistenza della sanzione penale, prevista per le persone fisiche dal D. Lgs. 74/2000, con quella ora introdotta per l'ente nel D. Lgs. 231/2001, quanto più la contestuale operatività di quest'ultima, di natura "amministrativa da reato", con quelle, sempre di carattere amministrativo ma derivanti da illeciti tributari, applicabili "*esclusivamente a carico della persona giuridica*", ai sensi dell'art. 7, D. L. 296/2003 (convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 24 novembre 2003, n. 326), ovvero *in via solidale* all'ente e alla persona fisica (ai sensi dell'art. 11, D. Lgs. 18 dicembre 1997, n. 472).

La forte valenza repressiva dei due sistemi sanzionatori da ultimo citati e la loro potenziale applicabilità all'*idem factum* indurrebbero, infatti, ad attribuire ad entrambi la valenza di "ammenda penale", alla stregua dei c.d. criteri di Engel[37].

Purtuttavia, non si può fare a meno di rilevare come il formante giurisprudenziale della Corte di Strasburgo, in gran parte recepito dalla Consulta[38], attenga per lo più ai casi in cui, per uno *stesso fatto*, siano previsti *diversi* binari sanzionatori (penale e amministrativo), non già a quelli in cui coesistono più sanzioni della medesima natura.

Sicché il problema, che si pone oggi *esclusivamente* per la responsabilità amministrativa della persona giuridica (chiamata a rispondere, dal 2003, "in via esclusiva" per l'illecito tributario non costituente reato e, a partire dallo scorso anno, per i reati tributari "in aggiunta" alla persona fisica), potrebbe essere risolto combinando i parametri funzionali al rispetto del divieto di *ne bis in idem* con i criteri normativi per l'interpretazione e l'applicazione delle sanzioni amministrative e penali.

In particolare, per quanto attiene agli illeciti tributari previsti come reato, il principio di specialità, sancito tanto dall'art. 19 D. Lgs. 74/2000, quanto dall'art. 9, L. 689/81, dovrebbe scongiurare l'operatività, a carico dell'ente, delle sanzioni amministrative diverse da quelle contemplate dall'art. 25-*quinquesdecies,* D. Lgs. 231/2001.

Ciò in ragione del fatto che la *corporate liability*, seppur costituente un *tertium genus* di responsabilità di carattere essenzialmente punitivo[39], nondimeno ha una "natura complessa", di cui il reato-presupposto è una parte e non il tutto. Di qui, la conclusione per cui, se *il fatto* della persona giuridica, per quanto autonomo da quello della persona fisica, è comunque dipendente da esso, allora è al reato-presupposto (costituendo esso stesso un elemento specializzante dell'illecito amministrativo) che si deve fare riferimento per individuare la sanzione amministrativa in concreto applicabile[40].

È d'uopo rilevare, in ogni caso, come l'opzione ermeneutica proposta da una attenta dottrina, di "scomputare" la sanzione pecuniaria irrogata da quella ancora da applicare, secondo il meccanismo delineato in materia di *market abuse* dall'art. 187-*terdecies*, D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58[41], risulti certamente una valida soluzione; purtuttavia, in assenza di una disposizione di analogo tenore per gli illeciti tributari, essa sarebbe affidata alla assoluta discrezionalità del giudice, non vincolato a percorrerla.

In questa prospettiva, sarebbe certamente auspicabile un intervento di raccordo da parte del legislatore.

3.3. Il delitto tentato (cenni).

Tra le principali novità introdotte dalla novella del 2020 vi è anche l'aggiunta, all'art. 6, D.Lgs. 74/2000, di un "inedito" comma 1-*bis,* a mente del quale "*Salvo che il fatto integri il reato previsto dall'articolo 8, la disposizione di cui al comma 1 non si applica quando gli atti diretti a commettere i delitti di cui agli articoli 2, 3 e 4 sono compiuti anche nel territorio di altro Stato membro dell'Unione europea, al fine di evadere l'imposta sul valore aggiunto per un valore complessivo non inferiore a dieci milioni di euro*".

Analogamente a quanto si è già visto per i reati introdotti nel "catalogo 231" dal D. Lgs. 75/2020, anche per il delitto tentato la "punibilità" soggiace ad una duplice condizione: la dimensione transazionale (ma in tal caso *intra*-UE) del reato e la soglia di rilevanza di dieci milioni di euro di evasione dell'IVA.

Al di fuori di tali ipotesi, gli illeciti dichiarativi non sono punibili in forma tentata, secondo quanto disposto dal co. 1 dello stesso art. 6.

La scelta di estendere l'area del penalmente rilevante (sia pur alle condizioni poc'anzi viste) al tentativo appare tuttavia problematica, per un duplice ordine di ragioni.

Innanzitutto, per gli illeciti presi in considerazione dalla nuova norma.

Le dichiarazioni infedeli e fraudolente *si consumano*, infatti, con l'invio, da parte del contribuente, della presentazione o della trasmissione per via

telematica[42] del modello IVA, elemento questo di per sé sufficiente a realizzare anche il fine della programmata evasione di quanto dovuto.
Trattasi di reati di pericolo presunto[43] o di mera condotta e a consumazione istantanea, avendo con essi il legislatore già inteso rafforzare, in via anticipata, la tutela del bene giuridico protetto, cioè l'interesse patrimoniale dello Stato a riscuotere ciò che è fiscalmente dovuto[44].
Proprio tale loro natura, che ne rende già dubbia la legittimità costituzionale alla luce principio di offensività[45], pone questi reati in una posizione incompatibile con la forma del tentativo, sia per l'eccessivo arretramento della soglia del penalmente rilevante, sia per l'identità strutturale tra le due diverse forme di manifestazione del reato.
Invero, le condotte oggetto delle fattispecie delittuose contemplate dalla "nuova norma sul tentativo" sono quelle preparatorie e prodromiche al conseguimento dell'obiettivo programmato (l'evasione fiscale), vale a dire proprio quelle attività che, collocandosi al principio dell'esecuzione (ovvero in un momento immediatamente antecedente ad essa), avrebbero rilevanza per la forma tentata.
Per tali ragioni, l'impianto dell'art. 56 non può dirsi affatto compatibile, neppure alle condizioni poste dal legislatore della riforma, con i delitti dichiarativi contemplati dal co. 1 bis dell'art. 6, D. Lgs. 74/2000.
Si ritiene, anzi, che, dietro questa nuova estensione della punibilità, si possa celare una pericolosa forma di responsabilità basata non già sulla *quantomeno-potenziale* idoneità lesiva della condotta (o del fatto nel suo insieme) rispetto all'interesse dello Stato alla riscossione, bensì sulla "volontà ribelle" dell'evasore che, per tale via, viene *bollato* come "nemico da combattere"[46].
Il secondo aspetto problematico involge, segnatamente, la responsabilità da reato degli enti. L'operatività della norma del co. 1-*bis*, art. 6 cit. rispetto a questi ultimi è resa possibile, infatti, dal disposto dell'art. 26, D. Lgs. 231/2001.
Orbene, le forti riserve già esplicitate innanzi, con riferimento al *tentativo delle persone fisiche*, valgono, ancor di più, per la responsabilità da reato delle persone giuridiche.
Sorge, in particolare, il problema di coordinare il tentativo di dichiarazione infedele o fraudolenta, con i criteri oggettivi di imputazione della responsabilità dell'ente, non essendo invero possibile rintracciare, rispetto agli atti squisitamente ideativi o preparatori degli illeciti dichiarativi[47], un *interesse della persona giuridica in senso oggettivo*, ravvisabile solo allorquando la persona fisica abbia agito proprio allo scopo di far conseguire un'utilità all'ente[48].
Si ritiene, pertanto, che il tentativo di dichiarazioni infedeli e fraudolente esuli dal campo applicativo dell'art. 26, D. Lgs. 231/2001, non essendo in concreto ravvisabile alcun *interesse* dell'ente, rispetto a condotte che si pongono ad un livello solo embrionale dell'*iter criminis*.

4. Il "nuovo volto" del Modello 231.

Le novità normative sin qui solo sinteticamente richiamate impongono di valutare la rilevanza del rischio fiscale (*tax risk assessment*) da un nuovo angolo di visuale.
Più volte ribadita l'importanza di tale analisi da parte dell'OCSE[49], è d'uopo rilevare come essa comprenda, oggi, non solo i già noti (per quanto in parte nuovi) strumenti di cooperazione Fisco-contribuente, ma soprattutto l'individuazione di strumenti preventivi funzionali scongiurare le ricadute, in capo all'ente, delle violazioni tributarie poste in essere dalla persona fisica.
Si inerisce a volutamente alle "violazioni tributarie" nel loro insieme, in quanto si ritiene che il modello di organizzazione, gestione e controllo possa assolvere, oltre che la sua *tipica* funzione esimente rispetto agli illeciti dipendenti da reato, un ruolo strategico per orientare i processi decisionali a livello aziendale.
In tal guisa, è utile passare in rassegna, sia pur per brevissimi cenni, gli strumenti attraverso cui si è evoluto, nel corso degli anni, il rapporto tra Fisco e contribuente (e, per quello che qui maggiormente interessa, tra Fisco e impresa), originariamente basato sulla contrapposizione e, poi, gradualmente impostato sul dialogo.
Il percorso inizia con l'introduzione, ad opera della Legge di Stabilità 2015, del c.d. cambiaverso, definito come "*un nuovo modello di cooperazione tra l'Amministrazione finanziaria e i contribuenti, improntato su nuove, più avanzate e trasparenti forme di colloquio, anche prima che il contribuente formalizzi la sua dichiarazione e che gli sia notificato un accertamento fiscale, al fine di stimolare l'adempimento spontaneo degli obblighi tributari*"[50] e caratterizzato dall'invio, da parte dell'Amministrazione finanziaria, di una lettera di *compliance* al contribuente[51] prima dell'adozione di un "atteggiamento repressivo" attraverso l'avviso di accertamento.
L'evoluzione prosegue con il superamento degli "Studi di settore" (basati su un metodo di determinazione induttiva e, dunque, presuntiva) e la contestuale introduzione degli "Indicatori Sintetici di Affidabilità" (I.S.A., noti anche come *indici di compliance*)[52], basati su un meccanismo di identificazione del "rischio tributario" del

contribuente (*rating*) attraverso una serie di elementi economici rilevanti[53].
Viene poi introdotto il regime di "adempimento collaborativo" (*cooperative compliance*), ad opera del D. Lgs. 5 agosto 2015, n. 128, rubricato "*Disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente, in attuazione degli articoli 5, 6 e 8, comma 2, della Legge 11 marzo 2014, n. 23"*, rivolto ai contribuenti dotati di un sistema di rilevazione, misurazione, gestione e controllo del rischio fiscale (inteso quale rischio di operare in violazione di norme di natura fiscale o in contrasto con i principi o con le finalità dell'ordinamento tributario), in conformità al documento *OCSE 2013 - Cooperative Compliance - A Framework*.
L'intervento normativo da ultimo citato assume un peculiare rilievo ai fini della presente trattazione.
Esso introduce, infatti, il sistema dei presidi aziendali orientati a prevenire i rischi fiscali, indicando altresì i requisiti essenziali del *Tax Control Framework*:

1. Strategia fiscale;
2. Ruoli e responsabilità;
3. Procedure;
4. Monitoraggio;
5. Adattabilità al contesto interno ed esterno;
6. Relazione agli organi di gestione.

L'adozione del *Tax Control Framework,* proprio come il Modello 231, non costituisce un "obbligo" per l'impresa (o per il contribuente); purtuttavia, esso consente di accedere al suddetto regime di adempimento collaborativo, cui sono riconnessi effetti di natura premiale[54].
Tali caratteristiche inducono a ritenere che i due sistemi (quello previsto dall'art. 4, D. Lgs. 128/2015, e quello previsto dagli artt. 6, co.1, lett. a) e 7, co. 2, D. Lgs. 231/2001) possano operare sinergicamente, attraverso la cooperazione dei diversi ruoli e funzioni aziendali, nonché condividendo (ove possibile) procedure e forme di controllo in grado di soddisfare le finalità di entrambi[55].
Si cercherà, ora, di tratteggiare le fasi essenziali della predisposizione (o dell'aggiornamento) del Modello 231 così integrato[56].
I) La prima fase, di verifica preliminare (*scoping*), è volta alla comprensione del campo di azione e alla quantificazione/qualificazione del livello di impegno aziendale. Sarà dunque necessario identificare le *attività* e *i soggetti* titolari dei rischi e dai quali dovranno essere assunte le informazioni essenziali in merito al comparto organizzativo.
II) La seconda fase è volta a individuare i rischi potenziali, attraverso una "mappatura" delle aree sensibili, con indicazione del *sistema integrato dei controlli interni* eventualmente già esistente all'interno dell'ente[57].
In ogni caso, sarà necessario stilare protocolli operativi per le "aree di rischio" identificate.
Al fine di realizzare in modo efficace la valutazione dei *tax & crime risk,* può rivelarsi utile il ricorso a *check-list,* atte a comprendere, su una scala di punteggio, la gravità del rischio fiscale per l'azienda (avuto riguardo, ad esempio, al rapporto tra l'entità della sanzione collegata alla violazione e fatturato).
III) La *Gap Analysis* dovrà far emergere le aree non conformi, dando conto dei processi non adeguati e delle azioni da intraprendere.
IV) In sede di redazione del Modello 231, occorrerà prendere in esame specifici protocolli che tengano il più possibile conto, oltre che della normativa di riferimento, della "realtà empirica".
A tale scopo, sarà utile attingere alla giurisprudenza e, ove emesse, alle circolari della Guardia di Finanza, onde individuare, con approccio non solo generale e astratto ma anche casistico, le modalità di verificazione degli illeciti cui adeguare i protocolli di indagine, monitoraggio ed intervento.
Si consideri, a titolo di esempio, il delitto di *Dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti* (art. 2, D. Lgs. 74/2000), in cui l' "oggetto materiale del reato" è costituito dalla dichiarazione annuale dei redditi e dal modello sull'IVA.
Nessuno dei documenti innanzi citati contempla, tuttavia, l'indicazione di numero, data di emissione e "controparte" di "*fatture o di altri documenti"*; in essi è riportata, invero, solo la somma algebrica delle operazioni avvenute nel periodo d'imposta considerato.
Occorrerà, allora, intervenire sulle precedenti fasi e attività di contabilizzazione dei documenti fiscali, prevenendo l'inclusione di fatture o altri documenti inesistenti (ovvero recanti un valore superiore a quello reale), attraverso presidi in grado di assicurare l'effettività della prestazione e il suo esatto valore[58].
A latere della attività di progettazione e/o aggiornamento del Modello 231 *integrato*, occorrerà altresì predisporre una adeguata formazione e informazione sui suoi "nuovi" contenuti, e affiancare, alle funzioni di controllo già esistenti, una o più figure esperte con specifiche competenze in materia fiscale, con le quali possa eventualmente interloquire, per l'efficace espletamento dei suoi compiti, l'Organismo di Vigilanza.
In ordine a tali aspetti, non si può che auspicare l'elaborazione di *best practices*[59] e di spunti operativi da parte dell'Amministrazione Finanziaria, per la realizzazione e l'efficace attuazione di un modello di organizzazione, gestione e controllo così concepito.

1 Convertito con modificazioni dalla L. 19 dicembre 2019, n. 157 (in G.U. 24/12/2019, n. 301).

2 Cfr., P. IELO, *Commissione Greco: dall'usura alla frode verso una piu* ampia *responsabilita* degli enti, in *Guida dir.*, 2010, 1, p. 23; nonché G. GATTA, *i profili di responsabilità penale nell'esercizio della corporate tax governance*, in www.penalecontemporaneo.it.

3 L'art. 2 del D. Lgs. 75/2020 ha invero modificato l'art. 6, D. Lgs. 74/2000, soggiungendolo di un nuovo comma 1 bis, a mente del quale "*salvo che il fatto integri il reato previsto dell'articolo 8, la disposizione di cui al comma 1 non si applica quando gli atti diretti a commettere i delitti di cui agli articoli 2, 3 e 4 sono compiuti anche nel territorio di altro Stato membro dell'Unione europea, al fine di evadere l'imposta sul valore aggiunto per un valore complessivo non inferiore a dieci milioni di euro*".
Sicché, in base a tale disposizione, i delitti "dichiarativi", contemplati dagli artt. 2, 3 e 4, sono ora punibili anche in forma tentata, sempreché: a) siano commessi allo scopo di evadere l'IVA (e non anche, dunque, le imposte dirette), per un valore non inferiore a dieci milioni di euro; b) il fatto non sia punibile come emissione di fatture o altri documenti per fatture inesistenti; c) il reato sia transnazionale.

4 Vds. *Considerando* n. 14, Direttiva PIF: "*Nella misura in cui gli interessi finanziari dell'Unione possono essere lesi o minacciati dalla condotta imputabile a persone giuridiche, queste dovrebbero essere responsabili dei reati commessi in loro nome, quali definiti nella presente direttiva*".

5 Cfr., sul punto, Sez. Un., 5 marzo 2014 (ud. 30 gennaio 2014), n. 10561, di cui si dirà anche *infra*: "*le Sezioni Unite sono consapevoli che la situazione normativa delineata presenta evidenti profili di irrazionalità, oltre che per gli aspetti già segnalati nell'ordinanza di rimessione, anche perché il mancato inserimento dei reati tributari fra quelli previsti dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, rischia di vanificare le esigenze di tutela delle entrate tributarie, a difesa delle quali è stato introdotto la L. n. 244 del 2007, art. 1, comma 143*"... "*Tale irrazionalità non è peraltro suscettibile di essere rimossa sollevando una questione di legittimità costituzionale, alla luce della costante giurisprudenza costituzionale secondo la quale l'art. 25 Cost., comma 2, deve ritenersi ostativo all'adozione di una pronuncia additiva che comporti effetti costitutivi o peggiorativi della responsabilità penale, trattandosi di interventi riservati in via esclusiva alla discrezionalità del legislatore. (Sez. U, n. 38691 del 25/06/2009, Caruso, Rv. 244189).*
Le Sezioni Unite non possono quindi che segnalare tali irrazionalità ed auspicare un intervento del legislatore, volto ad inserire i reati tributari fra quelli per i quali è configurabile responsabilità amministrativa dell'ente ai sensi del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231.".

6 Cfr., *ex multiis,* Cass. Pen., Sez. III, 4 luglio 2013, n. 36927, avente ad oggetto proprio la confisca per equivalente nei reati tributari: "*La confisca per equivalente ha natura sanzionatoria, sicché la stessa va disposta in via principale nei confronti del soggetto che ha commesso il reato. Non deve, peraltro, sussistere un rapporto di necessaria pertinenzialità tra i beni oggetto della misura ablatoria ed il reato, essendo sufficiente che i beni di cui viene disposta la confisca, e preliminarmente il sequestro, corrispondano per valore al prezzo e, nel caso delle violazioni tributarie, al profitto del reato a nulla rilevando il fatto che tale profitto sia andato a beneficio di un soggetto diverso dall'autore dell'illecito".*

7 Cass. Pen., Sez. III, 19 luglio 2011 (ud. 07 giugno 2011), n. 28731.

8 Tale orientamento, che aveva certamente il pregio di aderire maggiormente al principio di legalità, andava incontro, però, ad un limite di carattere pratico: quello di accertare la natura fittizia dell'apparato societario, attraverso indici rivelatori empirici non sempre esaustivi, quali la effettiva autonomia giuridica e la concreta operatività. Cfr., sul punto, Cass. Pen., Sez. III, 7 novembre 2018 (ud. 13 luglio 2018), n. 50151, che, pronunciandosi su un ricorso in via cautelare a seguito di sequestro operato in relazione al reato di omessa dichiarazione (Iva e imposte dirette), ex art. 5 D. Lgs. 74/2000 ha di fatto svalutato la rilevanza della mancanza di autonomia gestionale e finanziaria delle dipendenti addette alla sede lussemburghese della società ritenuta "schermo fittizio" degli imputati, ritenendola per converso frutto di un'operazione di mera esterovestizione di altra società con sede a Milano.

9 Sez. Unite, n. 10561/2014, cit.

10 Vds. G. Varraso, *Punti fermi, disorientamenti interpretativi e motivazioni "inespresse" delle Sezioni Unite in tema di sequestro a fini di confisca e reati tributari*, in *Cass. pen.*, 2014, 9, p. 2806: "*...non si comprendono appieno i successivi passaggi argomentativi utilizzati dalle Sezioni unite per introdurre a livello definitorio e, ancora una volta, in via pregiudiziale alla soluzione del contrasto un distinguo tra confisca diretta e indiretta, che non pare condivisibile e che contrasta con precedenti arresti delle stesse Sezioni unite proprio in ambito fiscale In modo perentorio e generale si afferma: «deve essere tenuto ben presente che la confisca del profitto, quando si tratta di denaro o di beni fungibili, non è confisca per equivalente, ma confisca diretta» e dopo aver citato in particolare un primo precedente e un principio di diritto che riguarda la fattispecie ben diversa della concussione e un secondo precedente in materia di reati tributari estraneo alla confisca di cui alla prima parte dell'art. 322-ter, comma 1, c.p. , si aggiunge, senza "rinnegare" il criterio di pertinenzialità immancabile nella confisca diretta e in modo sempre perentorio e generale, «che nella nozione di profitto funzionale alla confisca rientrano non soltanto i beni appresi per effetto diretto ed immediato dell'illecito, ma anche ogni altra utilità che sia conseguenza, anche indiretta o mediata, dell'attività criminosa*"; *nonché "la trasformazione che il denaro, profitto del reato, abbia subito in beni di altra natura, fungibili o infungibili,*

non è quindi di ostacolo al sequestro preventivo il quale ben può avere ad oggetto il bene di investimento». La cripticità dei passaggi impone, in primis, una corretta lettura della sentenza "Miragliotta", la quale in effetti, nell'allargare il profitto ai c.d. surrogati , ha ritenuto profitto confiscabile il bene immobile acquistato con il denaro causalmente riconducibile in via immediata e diretta al fatto di reato con riguardo, però, sempre al delitto di concussione e senza, in ogni caso, scalfire il "criterio di selezione" della pertinenzialità. La sentenza "Miragliotta", in più punti, richiede «che siano indicati in modo chiaro gli elementi indiziari sulla cui base determinare come i beni sequestrati possano considerarsi in tutto o in parte l'immediato prodotto di una condanna (rectius condotta) penalmente rilevante o l'indiretto profitto della stessa, siccome frutto di reimpiego da parte del reo del denaro o di altre utilità direttamente ottenuti dai concussi» La definizione di "surrogati" conferma il risultato: si tratta di beni acquistati con denaro di cui risulti accertata la concreta provenienza dal reato. È solo la certa provenienza delittuosa del denaro, possibile nelle fattispecie di natura sinallagmatica quale la concussione ma non nei reati tributari, a consentire il sequestro del surrogato medesimo»".

11 Cass. Pen., Sez. Un., 21 luglio 2015 (ud. 26 giugno 2015), n. 31617.

12 Si veda, sul punto, l'approfondita analisi svolta da A. Keller, *Confisca diretta del denaro e prova dell'assenza di pertinenzialità: la recente giurisprudenza di legittimità erige i primi fragili argini alle sentenze Gubert e Lucci*, in *archiviodpc. dirittopenaleuomo.org,* 6/2019, 82.

13 Cfr. *Relazione mass.* n. III/05/2015.

14 Si considerino, in proposito, gli arresti giurisprudenziali relativi al sequestro di somme depositate su conto corrente, in cui viene riaffermata la centralità, ai fini della legittimità della misura ablatoria, del nesso di pertinenzialità al reato (cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 16 aprile 2015 (ud. 26 marzo 2015), n. 15923 e Cass. Pen., Sez. V, 15 aprile 2015 (ud. 12 febbraio 2015), n. 16008; nonché: Cass. Pen., Sez. III, 27 luglio 2018 (ud. 30 ottobre 2017), n. 8995, con nota di G. Della Volpe, *La confisca nei reati tributari: ermenutici correttivi e problemi irrisolti,* in www.giurisprudenzapenale.com, 4, 2018, pp. 1-20; Cass. Pen. Sez. III, 29 settembre 2018 (ud. 12 luglio 2018), n. 41104; Cass. Pen., Sez. III, 11 febbraio 2019 (ud. 04 ottobre 2018) n. 6348.

15 Ne riferisce ampiamente E. Tarquini, *Gli artt. 25-ter e 25-octies d.lgs. 231/01 nel prisma della tassatività: 'tensione' effettiva o soltanto apparente?,* in *Sist. Pen.*, 1/2020, p. 83, sgg.

16 Cfr., in proposito, Cass. Pen., Sez. I, 16 dicembre 2014 (ud. 15 luglio 2014), n. 52179: "*Non può essere considerata persona estranea al reato e quindi non vanta alcun diritto alla restituzione dei beni confiscati, la società nel cui interesse siano stati commessi illeciti tributari, del cui profitto, a seguito di attività di riciclaggio, altri soggetti si siano impossessati*".

17 In tal senso si è espressa, tra le altre, Cass. pen. Sez. VI, 24 gennaio 2013 (ud. 20 dicembre 2013), n. 3635, annullando il sequestro funzionale a confisca per equivalente sino alla somma complessiva di oltre otto miliardi di euro, applicato dal Gip di Taranto nei confronti di ILVA S.p.A., Riva FI.RE. S.p.A. e Riva Forni elettrici S.p.A.: "*La rilevanza, ai fini della responsabilità dell'ente, di reati non presupposto non può essere indirettamente recuperata, ai fini della individuazione del profitto confiscabile, nella diversa prospettiva di una loro imputazione quali delitti-scopo del reato associativo, poichè in tal modo la norma incriminatrice di cui all'art. 416 c.p., relativa all'associazione a delinquere - essa, sì, inserita nell'elenco dei reati presupposto ex art. 24-ter del D.Lgs. n. 231/2001, a seguito della modifica apportata dalla legge n. 94/2009, art. 2 - si trasformerebbe, in violazione del principio di tassatività del sistema sanzionatorio contemplato dal D.Lgs. n. 231/2001, in una disposizione "aperta", dal contenuto elastico, potenzialmente idoneo a ricomprendere nel novero dei reati - presupposto qualsiasi fattispecie di reato*".

18 Cass. pen., Sez. III, 23 novembre 2015 (ud. 14 ottobre 2015), n. 46162; id., 25 giugno 2015 (ud. 4 marzo 2015), n. 26725.

19 Il riferimento è a Cass. Pen., Sez. III, 04 marzo 2020 (ud. 29 novembre 2019), n. 8785, con nota di C. Santoriello, *Associazione per delinquere e responsabilità da reato degli enti: è necessaria l'inclusione dei delitti-scopo nel catalogo dei reati presupposto?,* in *Ilpenalista.it*, 28 aprile 2020.

20 F.C. Bevilacqua, *Reati associativi e responsabilità degli enti: spunti a margine di una ricerca,* in A. Alessandri (a cura di), *Espansione della criminalità organizzata nell'attività d'impresa al nord,* Giappichelli, 2017, 128, p. 136.

21 Ma non anche di quella "per sproporzione", prevista nell'art. 12-*ter*, D. Lgs. 74/2000 a carico della persona fisica.

22 R. Bartoli, *Ancora sulle incongruenze della recente riforma in tema di reati tributari e responsabilità dell'ente,* in *Sist. Pen.*, 7/2020, pp. 155-162.

23 O. Vannini, voce *Resipiscenza*, in *Enc. it.*, XXIX, Roma, 1936, p. 88-89: "*Resipiscenza del reo, giuridicamente rilevante, è quel contegno del colpevole, volontario ed efficace a impedire o attenuare o eliminare le conseguenze del reato"..."L'efficacia esimente o attenuante della resipiscenza del reo, oltre che fondarsi su motivi di giustizia (minore entita dell'offesa al diritto) e su ragioni sintomatiche (minore capacità a delinquere), trova la sua giustificazione anche nell'opportunità di creare nel colpevole motivi d'incitamento a limitare il piu possibile gli effetti lesivi dell'infrazione compiuta*".

24 N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria generale del diritto*, Giappichelli, 1977, p. 29.

25 Così la relazione di accompagnamento allo schema di decreto legislativo recante "Nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto, ai sensi dell'articolo 9 della legge 25 giugno 1999, n. 205" approvata il 5 gennaio

2000 dal Consiglio dei ministri, nella parte in cui viene spiegata la scelta, compiuta dal legislatore delegato dell'epoca, di costruire lo strumento premiale *soltanto* in chiave di circostanza attenuante ad effetto speciale.

26 Il riferimento è agli istituti della rottamazione, della pace fiscale e del condono.

27 Ne riferisce F. Piergallini, *La riforma dei reati tributari tra responsabilità della persona fisica e responsabilità dell'ente,* in *Sist. Pen.,* 04 giugno 2020, pp. 15, sgg.

28 Sulla non estensibilità delle cause di non punibilità all'ente, è d'uopo richiamare la giurisprudenza consolidatasi negli ultimi anni sull'art. 131-*bis* c.p. (vds., *ex multiis,* Cass. Pen., Sez. III, 15 gennaio 2020 (ud. 10 luglio 2019), n. 1420: *"E' stata chiarita anche la natura autonoma della responsabilità dell'ente rispetto a quella penale della persona fisica che ponga in essere il reato-presupposto. Ai sensi del D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 8, rubricato per l'appunto "autonomia della responsabilità dell'ente", la responsabilità dell'ente deve essere affermata anche nel caso in cui l'autore del suddetto reato non sia stato identificato, non sia imputabile, ovvero il reato sia estinto per causa diversa dall'amnistia (Sez. 5, n. 20060 del 4 aprile 2013 P.M. in proc. Citibank, Rv. 255414; Sez. 6, n. 28299 del 10 novembre 2015, Bonomelli, Rv. 267048). Ciò significa che la responsabilità amministrativo-penale da organizzazione prevista dal D.Lgs. n. 231 del 2001 investe direttamente l'ente, trovando nella commissione di un reato da parte della persona fisica il solo presupposto, ma non già l'intera sua concretizzazione. La colpa di organizzazione, quindi, fonda una colpevolezza autonoma dell'ente, distinta anche se connessa rispetto a quella della persona fisica (v. Sez. 4, n. 38363 del 23/05/2018, Consorzio Melinda S.C.A., Rv. 274320). Tale autonomia esclude che l'eventuale applicazione all'agente della causa di esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto impedisca di applicare all'ente la sanzione amministrativa, dovendo egualmente il giudice procedere all'autonomo accertamento della responsabilità amministrativa della persona giuridica nel cui interesse e nel cui vantaggio l'illecito fu commesso (cfr. Sez. 3, n. 9072 del 17/11/2017, dep. 28/02/2018, Ficule, Rv. 272447).*

Detta causa di esclusione della punibilità non è, poi certamente applicabile alla responsabilità amministrativa dell'ente, essendo espressamente e univocamente riferita alla realizzazione di un reato, la cui punibilità viene esclusa per la particolare tenuità dell'offesa e la non abitualità del comportamento, mentre, come evidenziato, quella dell'ente trova nella realizzazione di un reato solamente il proprio presupposto storico, ma è volta a sanzionare la colpa di organizzazione dell'ente". In s. conf. Cass. pen., Sez. III, 23.01.2019, n. 11518).

29 Vds., ancora, R. Bartoli, *Ancora sulle incongruenze della recente riforma,* cit., pp. 160-161: "*il ravvedimento operoso della riorganizzazione secondo legalità mediante l'adozione dei modelli organizzativi viene richiesto quando lo stato ha riscosso sulla base di un ravvedimento operoso consistente per l'appunto nel pagamento del debito tributario. Insomma, delle due l'una: o si esige la riscossione (già di per sé basata su un ravvedimento operoso) oppure si esige la riorganizzazione dell'ente rinunciando però alla riscossione. Non è possibile che uno stato esiga la riscossione (basata sul ravvedimento operoso del pagamento del debito tributario) e poi la punizione accompagnata da un ulteriore ravvedimento operoso consistente nell'adozione dei modelli organizzativi".*

30 Si veda, sul punto, A.M. Dell'osso – I. Pellecchia, *Attuazione della Direttiva PIF ed estensione del perimetro dei reati tributari ex D. Lgs. n. 231/2001,* in *il fisco,* 34/2020, pp. 3232 – 3238.

31 Cfr., ad es., Cass. Pen., Sez. III, 24 marzo 2011 (ud. 24 febbraio 2011), n. 11969.

32 *Art. 2. Definizioni.*

1. Ai fini del presente decreto si intende per:

a) meccanismo transfrontaliero: uno schema, accordo o progetto, riguardante l'Italia e una o più giurisdizioni estere, qualora si verifichi almeno una delle seguenti condizioni:

1) non tutti i partecipanti allo schema, accordo o progetto risiedono, ai fini fiscali, nel territorio dello Stato;

2) uno o più partecipanti allo schema, accordo o progetto sono contemporaneamente residenti ai fini fiscali nel territorio dello Stato e in una o più giurisdizioni estere;

3) uno o più partecipanti allo schema, accordo o progetto svolgono la propria attività in una giurisdizione estera tramite una stabile organizzazione ivi situata e lo schema, accordo o progetto riguarda almeno una parte dell'attività della stabile organizzazione;

4) uno o più partecipanti allo schema, accordo o progetto, senza essere residenti ai fini fiscali o avere una stabile organizzazione in una giurisdizione estera, svolgono in tale giurisdizione un'attività;

5) lo schema, accordo o progetto può alterare la corretta applicazione delle procedure sullo scambio automatico di informazioni o sull'identificazione del titolare effettivo".

33 Si consideri, a titolo esemplificativo, l'art. 4,D. Lgs. 74/2000, ove elementi quali la clausola di sussidiarietà "Fuori dei casi previsti dagli articoli 2 e 3", la descrizione della condotta incriminata e, non da ultimo, il trattamento sanzionatorio più mite rispetto a quello previsto dalle due precedenti norme incriminatrici lascia chiaramente intendere che la dichiarazione infedele è condotta non connotata da fraudolenza.

34 A.M. Dell'osso – I. Pellecchia, *Attuazione della Direttiva PIF*, cit., p. 3236.

35 L'applicazione dell'istituto contemplato dall'art. 44 c.p. al "Sistema 231" non è affatto cosa nuova. Si veda, in proposito, anche con riferimento alla identificazione del reato-presupposto quale condizione-di punibilità nel reato complesso dell'ente,

M.A. Bartolucci, *L'art. 8 d.lgs. 231/2001 nel triangolo di Penrose. Tra minimizzazione del rischio-reato d'impresa e "nuove forme" di colpevolezza,* in www.penalecontemporaneo.it, p. 15.

36 Si veda A. Tripodi, *Corte europea dei diritti dell'uomo e sistemi sanzionatori in materia di abusi di mercato e di violazioni tributarie: la quiete dopo la tempesta?,* in *Le Soc.,* 2018, pp. 80, sgg.

37 Ne riferisce ampiamente M. Bellacosa, *L'inserimento dei reati tributari nel "sistema 231": dal rischio di bis in idem alla implementazione del modello organizzativo*, in *Sist. Pen.*, fasc. 7/2020, pp. 147 – 154.

38 Il riferimento è alle sentenze C. Cost., del 24 gennaio 2018, n. 43 e 24 ottobre 2019, n. 222. In particolare, nell'ultima delle due sentenze ora citate, la Consulta ha invitato i giudici rimettenti a formulare le questioni di legittimità costituzionale in "modo empirico", ossia secondo il test di compatibilità con la CEDU, ritenuto nel caso di specie mancante.

39 Cass. Pen., Sez. Un., 18 settembre 2014 (ud. 24 aprile 2014), n. 38343, sul noto caso *Thyssenkrupp*.

40 Anche altri Autori evidenziano, sia pur sotto altri profili, come l'introduzione dei rati tributari nel "Catalgo 231" non presenti problematiche particolari in punto di *ne bis in idem.* In tal senso, si veda D. PIVA, *Reati tributari e responsabilità dell'ente: una riforma nel (ancorché non di) sistema*, in *Sist. Pen.,* 15 settembre 2020, p. 6, secondo il quale "*i rischi di duplicazioni sanzionatorie connessi alla riforma del 2019 non sembrano determinare una sproporzione sanzionatoria simile a quella che, sinora, ha stimolato interventi correttivi del giudice costituzionale.*

In particolare, il cumulo tra sanzione fiscale e sanzioni 231 per i delitti di frode (artt. 2 e 3 d.lgs. 74/2000), derivante dalla mancata estensione all'ente della causa di non punibilità dell'art. 13 d.lgs. 74/2000 in assenza di una norma ad hoc in grado di derogare al principio di autonomia dell'art. 8 d.lgs. 231/2001, non sembra eccessivamente afflittivo in ragione degli effetti che tale circostanza produce sia sul versante amministrativo sia su quello 231.

A norma dell'art. 13 cpv. d.lgs. 74/2000, l'integrale pagamento del debito tributario comporta, infatti, il versamento della sanzione soltanto in misura ridotta ai sensi dell'art. 13, d.lgs. 472/1997.

Sul versante 231, rimangono poi applicabili soltanto le sanzioni pecuniarie di cui all'art. 25-quinquiesdecies, comma 1, lett. a), b) e c), peraltro significativamente ridotte da un terzo alla metà in corrispondenza dell'attenuante dell'art. 12 cpv. lett. a), d.lgs. 231/2001 o, comunque, determinate in un numero di quote che tiene conto del ravvedimento operoso ai sensi di quanto previsto all'art. 11, comma 1, d.lgs. 231/2001. A seguito della restituzione del profitto del reato al danneggiato non scatterà, invece, alcun provvedimento di sequestro o confisca ai sensi degli artt. 53 e 19 d.lgs. 231/2001 (al pari di quanto avviene per la persona fisica secondo l'interpretazione ormai diffusa della formulazione, assai più imprecisa, dell'art. 12-bis d.lgs. 74/2000)29. Né, tantomeno, potranno mai venire in considerazione le sanzioni interdittive e, per l'effetto, la pubblicazione della sentenza di condanna ai sensi dell'art. 18, comma 1, d.lgs. 231/2001, dal momento che l'art. 25-quinquiesdecies, comma 3, d.lgs. 231/2001, rinviando ai "casi previsti dai commi 1 e 2", presuppone il conseguimento da parte dell'ente di un profitto di rilevante entità30: fermo restando il divieto comunque già desumibile dall'art. 17, lett. b), d.lgs. 231/2001 ove concorrano le ulteriori condizioni previste alle lettere a) e c)".

41 Vds., ancora, M. Bellacosa, *L'inserimento dei reati tributari nel "sistema 231"*, cit., pag. 152.

42 Cass. pen., Sez. III, 28 luglio 2017 (ud. 29 marzo 2017), n. 37848; id., 19 dicembre 2014 (ud. 20 maggio 2014), n. 52752.

43 In tal senso si è espressa Cass. Pen., Sez. III, 16 marzo 2010 (ud. 14 gennaio 2009), n. 10394.

44 Cfr., *ex multiis*, Cass. pen., Sez. III, 01.04.2020 (ud. 12 novembre 2019), n. 10916.

45 Giova richiamare i noti arresti della Corte costituzionale, in cui si è affermata la duplice valenza (astratta e concreta) del principio di offensività, con conseguente necessaria reinterpretazione, in chiave di "sostanzialistica", di tutte le norme penali incriminatrici fondate su una pericolosità meramente astratta o presunta. Si vedano, in proposito: C. Cost., 20 maggio 2016, n. 109, secondo la quale spetta al giudice il "*compito di allineare la figura criminosa in questione al canone dell'offensività in concreto, nel momento interpretativo e applicativo*"; C. Cost., 19 maggio 2014, n. 139 che, in materia di mancata previsione di una soglia minima di punibilità per il reato di omesso versamento di contributi previdenziali, spiegava come "*il problema non trovi soluzione nel sindacato della scelta normativa (quindi la offensività in astratto), bensì nella valutazione della offensività in concreto*"). Per una approfondita disamina, in dottrina, del principio di offensività nella giurisprudenza costituzionale, si veda: V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza",* in www.penalecontemporaneo.it.

46 Il riferimento è alla nota teoria del "diritto penale del nemico", elaborata da G. JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung (Referat auf der Strafrechtslehrertagung in Frankfurt a.M. im Mai 1985)*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtwissenschaft*, 97, 1985, pp. 753 sgg.; G. JAKOBS, *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar)*, in A. Eser - W. Hassemer – B. Burkhardt (a cura di), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick,* Monaco, 2000, p. 51 sgg.

In particolare, l'Autore riferiva il concetto di "diritto penale del nemico" a quei "paradigmi ideali", fortemente condizionati da logiche social-difensive e tesi, appunto, a neutralizzare il nemico. I principali caratteri di questa teoria sono rappresentati, per l'appunto, dalla anticipazione della soglia di punibilità (propria di un diritto penale basato sul "rischio", piuttosto che sull'offesa); dalla sproporzione delle pene previste rispetto ai fatti di reato; dalla relativizzzione (e sperequazione per il "nemico") delle garanzie processuali; dalla costruzione delle fattispecie di reato sul "tipo d'autore".

Per un'attenta analisi delle applicazioni (e implicazioni) della teorizzazione del "diritto penale del nemico", si vedano: M. Donini - M. Papa (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale,* Giuffré, 2007; M. Donini, *Mafia e terrorismo come "parte generale" del diritto penale. Il problema della normalizzazione del diritto di eccezione, tra identita* costituzionale e riserva di codice, in www.discrimen.it; G.M. Flick, *Dall'oblio alla memoria: o viceversa? Divagazioni sulla prescrizione*, in *Cass. pen.,* 2020, 3, pp. 894, sgg. (in cui l'Autore si sofferma, in modo particolare, sulle "logiche del nemico" in relazione alla L. 06 novembre 2012, n. 190 – c.d. Spazzacorrotti -); F. Palazzo, *Nemico-nemici-nemico: una sequenza inquietante per il futuro del diritto penale*, in *Riv. it. di Dir. e Proc. Pen.*, 2020, 2, pp. 698, sgg.; C. Ruga Riva, *L'inquinatore nuovo tipo di autore?*, ibid., pp. 1081, sgg. (in relazione al diritto penale dell'ambiente).

47 Si pensi alla annotazione di false fatture in contabilità, a cui non sia seguita la presentazione della dichiarazione infedele.

48 La Suprema Corte, nel ritenere, in modo pressoché unanime, che i due requisiti dell'*interesse* e del *vantaggio* abbiano una valenza alternativa e non debbano, quindi, ricorrere necessariamente in modo congiunto, nondimeno afferma che l'interesse va identificato non nello scopo "egoistico" della persona fisica che ha commesso il reato-presupposto, ma nell'obiettivo di arrecare un'utilità all'ente. In tal senso si vedano, *ex multiis*, Cass. Pen, Sez. IV, 17 aprile 2019 (ud. 24 gennaio 2019), n. 16598; conf. Cass. Pen., Sez. V, 04 marzo 2014, n. 10265.

49 OECD, *The importance of the Tax Control Framework,* in *Co-operative Compliance: A Framework From Enhanced Relationship to Co-operative Compliance,* 29 luglio 2013.

50 MEF – *Relazione tecnica alla Legge 23 dicembre 2014, n. 190 – Legge di Stabilità 2015.*

51 In cui sono riportati l'anomalia riscontrata, l'eventuale imponibile contestabile in sede di controllo e la fonte da cui sono stati tratti i dati per effettuare il riscontro con le dichiarazioni, nonché le indicazioni sull'utilizzo del "cassetto fiscale" e del canale di assistenza CIVIS.

52 Previsti dal Decreto fiscale collegato alla Legge di Bilancio 2017 (D.L. 22 ottobre 2016, n. 193).

53 Si veda, sul punto, R. Caminiti, *Il nuovo modello metodologico deli ISA,* in *Corr. Trib.,* 2015, 38, pp. 2907, sgg.

54 Si allude, in particolare: alla la procedura abbreviata di interpello preventivo; all'applicazione di sanzioni ridotte alla metà e, comunque, non superiore al minimo edittale, con sospensione della riscossione fino alla definitività dell'accertamento; all'esonero dalla prestazione di garanzie per i rimborsi delle imposte; etc.

55 Un esempio di questo approccio è fornito da C. Gaeta, *Etica e responsabilità d'impresa in materia fiscale, in Sist. Pen.*, cit., pp. 167 – 170.

In alternativa all'"approccio integrato" (che ben si attaglia alle imprese di grandi dimensioni, cui si rivolge il *Tax Control Framework*), è possibile optare per un "approccio mirato", vale a dire intervenendo, in modo settoriale, sul rischio di verificazione dei soli reati tributari contemplati dall'art. 25-*quinquiesdecies,* D. Lgs. 231/2001.

56 Che debba necessariamente trattarsi di un "modello integrato" e non di una "sovrapposizione di modelli", emerge con chiarezza dalla Circolare della Guardia di Finanza n. 216816/2020 del 01 settembre 2020, in tema di "*Modifiche alla disciplina dei reati tributari e delle responsabilità amministrativa degli enti*". In tale documento vengono messi in luce, infatti, i tre principali tratti differenziali del Modello 231 rispetto al cooperative *compliance,* ossia:

L' applicativo, operando il *cooperative compliance* su un campo di prevenzione più ampio di quello preso in esame dall'art. 25-*quinquiesdecies,* D. Lgs. 231/2001;

Gli organi di controllo (interno all'azienda per la *cooperative compliance* ed esterno ad essa per l'OdV del Modello 231);

L'assenza, nel sistema di *cooperative compliance,* di meccanismi di sanzione e di *whistleblowing*, per converso previsti nel Modello 231.

57 Nel caso in cui l'ente sia già dotato di un *Tax Control Framework*, in tale fase di *risk assessment* si dovrà tenere conto dei requisiti indicati dalla lett. b) alla lett. e) dell'elencazione che precede.

Nella parte generale del Modello 231, ovvero nel Codice Etico, potrà invece darsi evidenza al documento contenente le "Linee guida" di cui alla lett. a).

58 Tali presidi dovrebbero garantire che: il valore o il prezzo dei beni acquistati è in linea con quello generalmente praticato; che l'attività svolta dal fornitore sia coerente con la prestazione oggetto di fatturazione; che il fornitore esista; che il fornitore abbia operato con strumenti evidenti (interlocutori coinvolti, strumenti di interlocuzione, etc.).

59 Sulla scia di quanto già fatto, in passato, dal CNDCEC con la collaborazione di ABI, Confindustria e Consiglio Forense, nel documento denominato "Principi consolidati per la redazione dei modelli organizzativi e l'attività dell'organismo di vigilanza e prospettive di revisione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231" (aggiornati da ultimo a gennaio 2019), ovvero con le Linee Guida stilate da Confindustria nell'anno 2008 e aggiornate nel 2014. Ciò in considerazione anche del ruolo centrale riconosciuto all'ufficio Adempimento collaborativo della Divisione Contribuenti - Direzione Centrale Grandi Contribuenti con provvedimento del direttore dell'Agenzia delle Entrate n. 335238 del 22 ottobre 2020.

25 Responsabilità da reato tributario dell'ente e *ne bis in idem*: tra "binari" doppi e multipli alla luce del d.l. n. 124 del 2019, conv. in l. n. 157 del 2019.

di Giovanni Grasso

Abstract
Lo scritto esamina l'impatto sul ne bis in idem della innovazione apportata dalla recente riforma dei reati tributari al quadro dei reati presupposto della responsabilità dell'ente. La punibilità dell'ente per i reati tributari crea un "doppio binario" per l'ente e intensifica la frizione con il principio per gli enti di piccole dimensioni.

The paper examines the impact on the ne bis in idem of the innovation brought by the recent reform law of tax crimes to the framework of crimes presupposed by the corporate liability. The punishment of the entity for tax crimes creates a "double track" for the corporations and intensifies the friction with the principle for small businesses.

Sommario
1. Premessa: l'estensione della responsabilità a carico dell'ente ai reati tributari – **2.** Tra opportunità, necessità e criticità dell'intervento di riforma. – **3.** *Matière pénale, ne bis in idem* e principio di proporzione: un quadro generale sintetico della giurisprudenza sovranazionale. – **4.** L'impatto del cumulo punitivo nei confronti degli enti per gli illeciti tributari: le lacune della l. n. 157 del 2019. – **5.** L'accentuata incompatibilità sistemica del cumulo punitivo nei confronti degli enti di piccole dimensioni. – **6.** Conclusioni.

1. Premessa: la riforma dei reati tributari e l'estensione delle incriminazioni per l'ente.

Con il d.l. n. 124 del 2019, conv. con mod. in l. n. 157 del 2019 il legislatore ha introdotto i reati tributari previsti dagli artt. 2-3-10-11 d.lgs. n. 74 del 2000 tra gli illeciti presupposto della responsabilità degli enti da reato, aggiungendo l'art. 25-*quinquiesdecies* all'interno del d.lgs. n. 231 del 2001[1]. Più di recente, l'operazione di riforma è stata completata con un ulteriore ampliamento degli illeciti tributari rispetto ai quali può integrarsi la responsabilità dell'ente. Difatti, il d.lgs. n. 75 del 2020 ha incluso anche i reati di cui agli artt. 4-5-10-*quater*, ma solo «*se commessi nell'ambito di sistemi fraudolenti transfrontalieri e al fine di evadere l'imposta sul valore aggiunto per un importo complessivo non inferiore a dieci milioni di euro*» (art. 5, comma 1, lett. c)[2].
Il legislatore interviene così su una tematica molto discussa in dottrina, qual è quella della estensione della responsabilità dell'ente anche alla materia penal-tributaria[3], pure alla luce delle recenti prese di posizione della giurisprudenza[4].
In questo modo, l'innovazione legislativa – discendente dagli impulsi sovranazionali veicolati dalla direttiva UE/2017/1371 (c.d. PIF)[5] – aderisce all'idea della meritevolezza di punizione dell'ente nel cui interesse o vantaggio viene commesso il reato tributario.
Invero, già precedentemente la violazione tributaria poteva determinare conseguenze sanzionatorie dirette in capo all'ente; consentendo l'ordinamento, senza attivare le risorse di cui al d.lgs. 231/2001, di configurare la responsabilità del soggetto collettivo attraverso altri congegni (imputazione per altri reati-presupposto, applicabilità della confisca, nonché, anche in via esclusiva, della sanzione amministrativa), dei quali si darà conto meglio nel prosieguo del presente lavoro.
Da un lato, appare innegabile che il quadro attualmente configuratosi permette di fissare un collegamento immediato tra il tipo di illecito realizzato dalla persona fisica e la ragione e i mezzi di responsabilizzazione degli enti collettivi. Dall'altro lato, il sistema delineatosi a seguito del recente innesto normativo si articola in una

pluralità di risposte punitive nei confronti dell'ente, già destinatario della sanzione amministrativa discendente dall'illecito, sia in quanto concorrente nell'illecito (art. 11 d.lgs. n. 472 del 1997) sia in quanto parte del rapporto tributario, se munito di personalità giuridica (art. 7 d.lgs. n. 269 del 2003). La strutturazione di un siffatto cumulo punitivo può sollevare il problema di un'eventuale incompatibilità con il divieto di *bis in idem*, quindi con l'art. 117, comma I Cost., per mezzo degli artt. 4 prot. 7 CEDU e 50 CDFUE, come interpretati dalla giurisprudenza sovranazionale.
A ben guardare, se si tiene conto della posizione degli enti di piccole dimensioni, caratterizzati da una coincidenza tra titolarità e gestione dell'attività, la frizione con il menzionato principio potrebbe essere già determinata dalla stessa previsione di una responsabilità in capo all'ente, in aggiunta a quella dell'autore del fatto.

2. Tra opportunità, necessità e criticità dell'intervento di riforma.

Come sopra anticipato, il d.l. n. 124 del 2019 sopperisce a una carenza legislativa rappresentata, più che altro, dall'assenza di una disciplina organica tesa alla punizione dell'ente.
In particolare, il quadro normativo pregresso può essere così riassunto schematicamente: a) in primo luogo, sarebbe stato possibile fare ricorso agli strumenti sanzionatori del d.lgs. n. 231 del 2001 sulla scorta di altri presupposti[6], quali i reati di false comunicazioni sociali, di associazione per delinquere e di autoriciclaggio[7]; b) in secondo luogo, poteva attivarsi la confisca, alla luce della pronuncia con la quale, nel 2014, le Sezioni Unite ne hanno affermato l'applicabilità (intendendola come diretta, in quanto avrebbe avuto ad oggetto beni fungibili) nei confronti dell'ente nel caso della commissione di un reato tributario[8]; c) in terzo luogo, si sarebbe applicata la sanzione amministrativa tributaria nel caso di commissione dell'illecito *ex* art. 11 d.lgs. n. 472 del 1997, peraltro posta esclusivamente a carico dell'ente personificato *ex* art. 7 d.lgs. n. 269 del 2003.
Dunque, il sistema previgente non creava "zone franche" rispetto all'ente al quale fosse correlabile ad ogni modo la commissione degli illeciti rientranti nella classe in esame, il quale sarebbe andato incontro comunque a reazioni ordinamentali.
Nel complesso, l'introduzione di tali reati tra quelli che attivano la responsabilità dell'ente è stata ritenuta opportuna e necessaria da parte della dottrina[9], sia per esigenze di disciplina organica sia per adempiere l'obbligo di recepimento della Direttiva PIF, che ha vincolato l'incriminazione delle frodi IVA.
Sotto un altro profilo, l'intervento di riforma presenta però talune criticità, prevalentemente riconducibili alla logica di mera afflizione seguita dal legislatore, senza tenere conto dell'ispirazione riscossiva sottostante al settore degli illeciti tributari, che consente di adoperare anche degli strumenti premiali, incentivanti l'adempimento spontaneo da parte dell'autore[10].
L'avere intrapreso la sola via della punizione ha dato vita ad asimmetrie disciplinari tra la responsabilità della persona fisica e quella dell'ente che appaiono ingiustificate di fronte al medesimo scopo perseguito dall'ordinamento (sia da quello nazionale sia da quello eurounitario).
All'irragionevolezza prospettata si affiancherebbe il possibile contrasto con il *ne bis in idem*, sia pure declinato nell'ottica più moderna della garanzia del significato unitario sostanziale delle conseguenze procedimentali e sanzionatorie discendenti da uno stesso fatto; unitarietà della quale è emblematica – su tutti gli altri criteri di ordine sostanziale indicati dalla Corte EDU – la proporzionalità complessiva delle sanzioni figlie del c.d. doppio binario.

3. *Matière pénale, ne bis in idem* e principio di proporzione: un quadro generale sintetico della giurisprudenza sovranazionale.

Come noto, la giurisprudenza della Corte EDU aveva stigmatizzato radicalmente il ricorso al doppio binario procedimentale e sanzionatorio da parte dei legislatori europei, laddove, attraverso il ricorso ai c.d. criteri *Engel*[11] e in virtù dell'adesione a una nozione storico-naturalistica di *idem factum*[12], si fosse appurata la natura sostanzialmente penale della sanzione di diversa qualificazione legale.
Così, a partire dalla sentenza adottata il 4 marzo 2014 nel caso *Grande Stevens e altri c. Italia*, la Corte di Strasburgo ha ritenuto del tutto incompatibile con il divieto di cui all'art. 4 prot. 7 CEDU, inteso in un'ottica eminentemente processuale, la duplicazione delle risposte apprestate dagli Stati aderenti in materia di abusi di mercato e illeciti tributari[13].
Sulla stessa linea della giurisprudenza della Corte EDU si era espressa anche la Corte di Giustizia dell'UE[14] in relazione agli illeciti tributari in materia di IVA[15], la cui presa di posizione non era apparsa chiara agli occhi della nostra giurisprudenza, tanto da dare adito a numerosi rinvii pregiudiziali[16].
Tuttavia, la previsione dell'una e dell'altra tipologia di sanzione è risultata irrinunciabile per il nostro sistema giuridico, come per quello degli altri Paesi europei: da un lato, la sanzione penale,

per le sue caratterizzazioni in termini di gravità, ha rappresentato uno strumento di difesa che il legislatore non poteva abbandonare al cospetto di fatti dotati di particolare dannosità sociale (si pensi agli abusi di mercato) o lesivi di interessi di grande rilevanza pubblica (la tutela dell'Erario e degli interessi finanziari dell'UE); dall'altro lato, le garanzie fondamentali consustanziali alla responsabilità penale e al processo penale non rendono possibile una risposta punitiva immediata e sempre efficace; risultati garantiti, invece, dalla sanzione amministrativa punitiva[17].

Di fronte alla difficoltà dei molteplici ordinamenti che hanno fatto (e che fanno) ricorso al c.d. doppio binario di riformare interi settori del proprio sistema, la via intermedia proposta dalla giurisprudenza Norvegese e scelta dalla successiva (e al momento consolidata) giurisprudenza della Corte EDU[18] – nonché subito dopo anche dalla Corte di Giustizia dell'UE[19] – è stata quella passare dal giudizio di incompatibilità sistemica ad un approccio casistico. Più precisamente, secondo quest'orientamento il rispetto del principio del *ne bis in idem* può essere comunque assicurato laddove il complesso sanzionatorio irrogato sia tale da essere meritevole di qualificazione unitaria, anche alla luce delle relazioni sviluppatesi tra i due procedimenti, secondo il criterio della "*connessione temporale e sostanziale sufficientemente stretta*" [20].

Il compito di verificare il rispetto della nuova fisionomia del divieto spetta al giudice nazionale, che dovrà verificare la ricorrenza di taluni indici tanto dell'uno quanto dell'altro tipo di connessione, tra i quali spicca soprattutto la proporzionalità della risposta sanzionatoria complessivamente considerata[21].

Il transito verso questo nuovo modello valutativo, condiviso e adeguato al nostro ordinamento dalla giurisprudenza di legittimità[22] e della Corte costituzionale[23], ha determinato l'entrata in scena di un nuovo protagonista: il principio di proporzione della pena, il quale, peraltro, ha fondamento costituzionale (artt. 3-27 Cost.)[24]. Difatti, affinché la duplicazione sanzionatoria possa ritenersi soltanto apparente occorrono dei meccanismi atti a garantire che la sanzione concretamente irrogata sia proporzionata rispetto all'illecito realizzato e, quindi, effettivamente unica.

Qualora ciò non possa essere garantito attraverso la semplice sommatoria delle sanzioni irrogate, occorre prevenire l'esito sproporzionato mediante l'impiego di strumenti che consentano in sede di esercizio della potestà punitiva il temperamento degli effetti pregiudizievoli discendenti dal cumulo ipotizzato.

4. L'impatto del cumulo punitivo nei confronti degli enti per gli illeciti tributari: le lacune della l. n. 157 del 2019.

La previsione della responsabilità dell'ente per l'illecito dipendente dal reato tributario, sia pure ritenuta opportuna e necessaria dai più, reca con sé le criticità proprie di qualsiasi intervento normativo volto a creare un doppio binario punitivo.

Come anticipato, l'ente sarebbe già incorso nella responsabilità formalmente amministrativa a fronte della realizzazione di un illecito tributario.

Si tratta del primo "binario" che, sebbene presenti un *nomen iuris* che ne denoterebbe l'apparente estraneità al diritto penale, come già riconosciuto dalla giurisprudenza europea rispetto alle persone fisiche, sarebbe perfettamente riconducibile alla nozione di *matière pénale* a cui si è fatto cenno sopra.

Tuttavia, questo regime di responsabilità non poteva considerarsi sufficiente al fine di dare impulso all'attivazione di quelle misure correttive dell'organizzazione dell'ente tali da approntare un sistema adeguato di prevenzione dei reati, qual è quello di cui al d.lgs. n. 231 del 2001. Così, la l. n. 157 del 2019 consente di integrare le forme di tutela degli interessi fiscali mercé la costruzione di un secondo binario, rappresentato dal complesso delle sanzioni contemplate per l'ente per la realizzazione di un reato nel suo interesse o vantaggio. Ciò che accomuna il presente binario rispetto al precedente è la qualificazione legale che sembrerebbe ascriverla al diritto punitivo amministrativo, se il collegamento con il reato non ne determinasse l'autonomia: in questo senso, le Sezioni Unite della Corte di cassazione si sono espresse nel senso dell'esistenza di un *tertium genus*, che coniuga i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo, prevedendo una responsabilità dell'ente collettivo che si lega a un fatto diverso da quello commesso dalla persona fisica – da intendersi come proprio dell'ente stesso – alla luce, altresì, delle diverse condizioni stabilite ai fini della sua sussistenza[25].

Preliminare all'affermazione della violazione del divieto di *bis in idem* è il riscontro della esistenza dello stesso fatto alla base della duplice responsabilità dell'ente. In merito, in senso negativo sembrerebbe deporre la previsione di criteri di attribuzione della responsabilità dell'ente da reato ulteriori rispetto a quelli richiesti ai fini della integrazione dell'illecito amministrativo: si fa riferimento alla necessità della commissione del reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente (art. 5, co. 1 d.lgs. n. 231 del 2001) e, segnatamente,

alla colpa d'organizzazione (art. 6 d.lgs. n. 231 del 2001).
Quanto al primo elemento, per ritenere che anche l'illecito amministrativo involga il giudizio sull'interesse dell'ente, è sufficiente considerare che acciocché sia responsabile anche l'ente dell'illecito amministrativo questo deve essere parte del relativo rapporto fiscale (cfr. art. 7 d.lgs. n. 269 del 2003) e la persona fisica deve aver commesso il fatto nella sussistenza del "nesso di occasionalità necessaria" (cfr. art. 11 d.lgs. n. 472 del 1997).
Quanto al secondo elemento, può osservarsi che il richiamo alla colpa d'organizzazione non è in grado di fondare la eterogeneità dei fatti, se si aderisce, come fanno la giurisprudenza europea e quella costituzionale, a una nozione di stampo empirico; in questa visione rilevano gli aspetti storico-oggettivi a cui la norma che prevede l'illecito attribuisce una dimensione costitutiva dello stesso[26].
Orbene, se si ritenesse che il fatto (storico-naturalistico) da cui originano la responsabilità ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001 e quella per l'illecito (formalmente amministrativo, ma) sostanzialmente penale è il medesimo, ne discenderebbe l'integrazione di un formale *bis* rispetto a un *idem* che dà luogo a un contrasto potenziale con il divieto di matrice europea[27]. Il che comporta il necessario controllo della ricorrenza, *case by case*, dei presupposti elaborati dai più recenti orientamenti delle Corti sovranazionali ai fini dell'accertamento della effettiva sussistenza di una risposta ordinamentale unitaria.
Pertanto, ai fini del rispetto del richiamato principio, occorrerà verificare: a) la complementarietà degli scopi delle due sanzioni e la medesimezza; b) la prevedibilità del secondo procedimento quale conseguenza della condotta; c) il coordinamento procedimentale e l'adeguata interazione tra le autorità procedenti; d) la proporzionalità complessiva della sanzione, che impone di tenere conto della sanzione precedentemente irrogata in sede di inflizione dell'altra. Oltretutto, il test di proporzionalità assurgerebbe a criterio principale della verifica di compatibilità, come oramai riconosciuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza[28].
Sennonché, è proprio con riferimento a questo canone che emergono i dubbi di compatibilità con il diritto sovranazionale, se si considera che né il primo intervento di riforma (d.l. n. 124 del 2019, conv. in l. n. 157 del 2019) né il secondo (d.lgs. n. 75 del 2020) hanno messo a disposizione del giudice gli strumenti atti a consentire di contenere entro limiti di proporzionalità il concorso tra le due sanzioni.
Tra l'altro, questa mancanza ha generato una disparità di trattamento tra la persona fisica e la persona giuridica in materia di reati fiscali, stante la previsione in favore della prima di una causa di non punibilità legata al pagamento del debito tributario, i cui effetti sono inestensibili all'ente alla luce della previsione dell'art. 8 d.lgs. n. 231 del 2001. Disparità che taluna dottrina reputa irragionevole, tenuto conto della medesimezza della *ratio* riscossiva che innerva il sistema punitivo tributario e che verrebbe soddisfatta di fronte all'adempimento dell'ente[29].
Peraltro, non può trascurarsi che sovente accade che sia l'ente a pagare il debito tributario per conto della persona fisica, ciononostante incorrendo nella sanzione di cui all'art. 25-*quinquiesdecies* d.lgs. n. 231 del 2001[30]. In questo modo si scoraggerebbe il ricorso all'autodenuncia, poiché le conseguenze dell'illecito non verrebbero elise, ancorché sia intervenuta la soddisfazione dell'interesse del creditore tributario.
Inoltre, manca una previsione analoga all'art. 187-*terdecies* t.u.f. operante in materia di abusi di mercato, la quale consente al giudice di far dialogare le sanzioni del doppio binario e di ricondurle entro canoni di proporzionalità[31]. Tale riferimento normativo è stato tenuto in considerazione anche nelle proposte elaborate *de iure condendo*. Nella specie, taluno ha suggerito l'introduzione di una norma analoga anche per il peculiare "doppio binario" che coinvolge l'ente[32].
Alternativamente, si è suggerito di mutuare dal diritto penale tributario gli artt. 19-21 d.lgs. n. 74 del 2000, sia pure con i dovuti adattamenti alla responsabilità dell'ente[33].
Nell'attesa di un'auspicata riforma correttiva da parte del legislatore, la dottrina ha tentato di individuare dei possibili correttivi in via ermeneutica.
Un primo orientamento ha suggerito di fare applicazione dell'art. 119 c.p.[34], considerata la natura oggettiva della causa di non punibilità di cui all'art. 13 d.lgs. n. 74 del 2000[35], al fine di estenderne gli effetti all'ente. Questa tesi presuppone l'estensione al sistema 231 della disciplina sul concorso di persone nel reato e, inoltre, mira a oltrepassare l'ostacolo rappresentato dall'art. 8, co. 1 lett. b) d.lgs. n. 231 del 2001, che fa rimanere ferma la responsabilità dell'ente qualora intervengano cause di estinzione del reato diverse dall'amnistia.
Diversamente, altra parte della dottrina ha ritenuto che la disparità potesse essere rimossa mediante la ritenuta inapplicabilità dell'art. 8 cit. all'art. 13 d.lgs. n. 74 del 2000 oppure attraverso un'applicazione diretta dei principi elaborati dalla giurisprudenza europea ovvero mediante la dichiarazione di incostituzionalità

dell'art. 187-*terdecies* t.u.f nella parte in cui non è applicabile alla responsabilità degli enti nel caso di commissione di un illecito tributario[36].
In senso alternativo, affinché sia colmata la lacuna legislativa messa in evidenza, si potrebbe prospettare una diversa soluzione, già rinvenibile all'interno del codice penale, la cui centralità all'interno del sistema penale quale legge generale appare indiscutibile (cfr. art. 3-*bis*; art. 16 c.p.).
Per illustrare questa proposta interpretativa, occorre trarre l'abbrivio dalle considerazioni svolte dalla Corte di cassazione con riguardo all'art. 187-*terdecies* nel periodo antecedente l'entrata in vigore del d.lgs. n. 107 del 2018. Ebbene, originariamente la disposizione in esame circoscriveva il temperamento del trattamento punitivo alle sole sanzioni di natura pecuniaria. Dunque, l'interrogativo ineriva alla possibilità di impiegare meccanismi compensativi alternativi innanzi a sanzioni di tipo diverso, quali, per l'appunto, quelle detentive.
Partendo dalla ricostruzione dei rapporti tra l'art. 133 c.p. e l'art. 187-*terdecies*, la Suprema Corte ha ritenuto che la seconda costituisca una norma speciale settoriale, che specifica quanto è già implicito all'interno della prima, norma generale. Difatti, l'art. 133 c.p., attribuisce al giudice il potere discrezionale di determinare la pena, ma pur sempre con il vincolo di rispettarne la legalità, nonché la sua proporzione rispetto al fatto concreto, tenuto conto degli elementi ivi indicati. Si deve concludere che non è necessaria una disposizione specifica che si occupi della compensazione tra sanzione amministrativa sostanzialmente penale e sanzione penale, poiché il giudice dovrebbe già di per sé provvedervi ai sensi dell'art. 133 c.p. A tal fine, dovrà tenere conto degli elementi del fatto che sono già ricompresi nell'ambito dell'accertamento che ha condotto all'applicazione della sanzione amministrativa, onde evitare una duplicazione valutativa di tali profili. Donde, la sanzione penale da irrogare dovrà essere concretamente quantificata in base a quegli aspetti del fatto residuali rispetto al precedente giudizio sanzionatorio[37].
Da quanto appena riferito, emerge che se in assenza di una disposizione ad *hoc* il giudice è tenuto a garantire la proporzionalità della risposta punitiva intesa nella sua integrità. Tale dovere deriva da un principio generale di giustizia sostanziale che riguarda l'intero diritto punitivo (artt. 3-27 Cost.) e che trova espressione nell'art. 133 c.p., nonché, per quanto concerne gli enti, nell'art. 11 d.lgs. n. 231 del 2001, di analogo tenore.
A ben guardare – come osservato dagli Autori espressisi in senso critico rispetto alla nuova dimensione casistica del *ne bis in idem* sovranazionale[38] – di fronte a una visione quale quella illustrata rimangono le criticità connesse alla integrale rimessione del controllo di proporzionalità al singolo giudice, che dà la stura a un sindacato "diffuso" di legittimità della sanzione.
Per tali motivi, resta sempre ferma la via maestra di un intervento del legislatore volto a ovviare alle problematiche illustrate e, soprattutto, a rimuovere la diversità di conseguenze discendenti dalla riscossione del tributo in capo alla persona fisica e all'ente.

5. L'accentuata incompatibilità sistemica del cumulo punitivo nei confronti degli enti di piccole dimensioni.

L'innovazione apportata con l. n. 157 del 2019 dei reati presupposto della responsabilità dell'ente dà nuova linfa al dibattito circa la ragionevolezza e i rapporti con il divieto di *bis in idem* della inclusione degli enti di piccole dimensioni all'interno del sistema del d.lgs. n. 231 del 2001[39].
Detta soggezione è indubbia, alla luce del disposto dell'art. 6, comma 4 d.lgs. cit., il quale consente a tali enti di attribuire all'organo dirigente il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curare il loro aggiornamento.
La questione di fondo è se possa considerarsi coerente con i principi dell'ordinamento la previsione di un apparato sanzionatorio ulteriore anche in capo all'ente di piccole dimensioni, caratterizzato dalla identità soggettiva del titolare e del gestore dell'impresa, autore del fatto penalmente rilevante che fonda il rimprovero. Più precisamente e in via preliminare, occorre comprendere se in casi siffatti ricorra il requisito dell'*eadem persona* con riferimento alla persona fisica e all'ente a cui il fatto di reato è ascritto.
Ebbene, qualora la risposta dovesse essere positiva, l'intero sistema della d.lgs. n. 231 del 2001 sarebbe (potenzialmente) collidente con l'art. 4 prot. 7 CEDU e l'art. 50 CDFUE nella misura in cui dà vita a una duplicazione delle sanzioni, quella penale per la persona fisica e quella per l'ente, il quale, in questa eventualità, rappresenterebbe soltanto l'*alter ego* della prima.
In questo quadro, assumono particolare rilievo quei contesti normativi in cui è già previsto un "doppio binario" sanzionatorio dotato di natura penale. Nella specie, se a tale originario *bis in idem* il legislatore aggiunge la responsabilità dell'ente da reato e se quest'ultimo va inteso come se fosse la persona fisica, l'intervento additivo aggrava il quadro a carico di tali soggetti, dando luogo a una proliferazione delle conseguenze punitive.

Invero, il tema dell'ammissibilità della estensione del d.lgs. n. 231 del 2001 anche agli enti di piccole dimensioni era già stato oggetto di discussioni in sede di predisposizione dello schema di decreto legislativo. Sennonché, in quella sede la Commissione ministeriale era pervenuta alla decisione di non escludere gli enti di piccole dimensioni, onde evitare contrasti con la legge delega[40].

Peraltro, la scelta del legislatore è stata apprezzata da quella dottrina che ha escluso la medesimezza soggettiva tra i due protagonisti dell'illecito legata al semplice aspetto dimensionale, e ciò finanche nelle società a socio unico. La ragione di questa conclusione risiede nell'affermata autonomia degli interessi che fanno capo all'ente rispetto a quelli di cui è portatrice la persona fisica, della quale sarebbe testimone anche l'autonomia patrimoniale perfetta, sebbene qui ciò si manifesti in forma più sottile di quanto accade negli altri casi[41].

In questo senso si è espressa da tempo anche la giurisprudenza, che ritiene che il fatto da cui origina la responsabilità – da intendersi come diretta – di cui al d.lgs. n. 231 del 2001 debba considerarsi proprio dell'ente. Quest'ultimo è soggetto giuridicamente diverso dalla persona fisica e risponde per non aver adottato misure organizzative adeguate alla prevenzione di fatti criminosi[42].

Inoltre, su questo solco si pone anche la giurisprudenza europea, tanto della Corte EDU quanto della Corte di Giustizia dell'UE, che ai fini della esclusione generalizzata dell'*eadem persona* nei casi di responsabilità dell'ente e della persona fisica, evidenziano in modo tranciante ed essenziale la diversità soggettiva tra i due[43]. Tuttavia, deve precisarsi che nessuna delle due Corti nelle (poche) pronunce in materia hanno affrontato specificamente la questione con riferimento specifico agli enti di dimensioni modeste.

Diversa opinione manifesta un'altra parte degli studiosi, che mette in luce come l'indiscriminata applicazione del d.lgs. n. 231 del 2001 sarebbe foriera di un'inutile e ingiustificata duplicazione sanzionatoria. Secondo questo diverso angolo visuale la dimensione dell'ente e le peculiarità strutturali che questo presenta non consentirebbero di distinguere gli interessi che fanno capo a questo e alla persona fisica: si tratterebbe del medesimo centro di interessi, ricorrendo, quindi, l'*eadem persona* che fonda la conseguente violazione del principio del *ne bis in idem*[44].

Inoltre, se anche si volesse invocare la colpa d'organizzazione per concludere che il fatto dell'ente è distinto da quello della persona fisica, la struttura gracile di tali enti condurrebbe a sostenere *a fortiori* la medesimezza del fatto sanzionato, posto che in presenza di un'organizzazione talmente esangue non sarebbe possibile il configurarsi di una loro colpevolezza separata da quella delle persone fisiche[45].

D'altro canto, la fuga dall'inganno dei formalismi adottato tanto in relazione alla natura penale delle sanzioni quanto rispetto all'*idem factum* dovrebbe portare ad affermare la medesimezza soggettiva, non apparendo sufficiente il mero schermo giuridico societario per ritenere l'ente e la persona fisica due figure diverse.

A giudizio di una parte di questa dottrina «*sarebbe stata, dunque, auspicabile, per questi casi, l'introduzione di una causa di esclusione, o quanto meno di riduzione, della (sola) sanzione pecuniaria*»[46].

Peraltro, l'elemento caratterizzante gli enti in esame è stato invocato anche al fine di evidenziare la irragionevolezza della previsione della loro responsabilità, attesa la pratica non escludibilità della stessa ai sensi dell'art. 5, co. 2 del d.lgs. n. 231 del 2001 nei loro confronti. Basti considerare che l'ente sarebbe gravato dalla *probatio diabolica* circa la commissione del reato nell'interesse esclusivo o di terzi, tale in quanto l'assenza del diaframma organizzativo renderebbe sostanzialmente impossibile tale eventualità[47]. Pertanto, l'ente di modeste dimensioni si troverebbe a rispondere in ogni caso, in quanto privato della prova liberatoria, nonostante la sua situazione di debolezza, con una differenza di trattamento irragionevolmente più gravosa rispetto agli enti dotati di maggiore forza economica e conformativa.

In definitiva, è evidente che, aderendo a questa impostazione, l'incompatibilità con il principio del *ne bis in idem* – connessa alla sovrapposizione tra proprietà e gestione – sarebbe sistemica e già esistente a monte, poiché frutto della scelta del legislatore di non differenziare la disciplina in base alle tipologie societarie. Sulla base di questi rilievi, la proposta di questa parte degli studiosi è quello di eliminare la distonia alla radice, cioè mediante l'espressa esclusione della responsabilità da reato dell'ente di piccole dimensioni. Alla luce di quanto illustrato, emerge chiaramente che una soluzione di questo tipo non crea vuoti di tutela, se si tiene conto della permanenza di un quadro sanzionatorio già ampiamente efficace e dissuasivo per la persona fisica, comprensivo della sanzione penale e di quella amministrativa.

Ad ogni modo, qualora l'esigenza di contemplare la responsabilità ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001 anche a tali soggetti collettivi risultasse insopprimibile, si dovrebbero concepire strumenti di contenimento dell'intero carico sanzionatorio,

comprensivo delle tre tipologie di sanzioni, entro gli argini della proporzionalità. Sicché, come già proposto da una parte della dottrina a suo tempo[48], quantomeno le sanzioni di carattere pecuniario dovrebbero essere tra loro compensate, onde garantire la unicità concreta della risposta sanzionatoria.

Per addivenire a una soluzione del genere, in mancanza di una previsione normativa apposita, anche in questo caso si potrebbero prospettare le soluzioni interpretative viste sopra con riguardo alla generalità degli enti. Quindi, una prima opzione potrebbe essere ancora rappresentata dall'estensione degli effetti causa non punibilità *ex* art. 13 d.lgs. n. 74 del 2000 all'ente, previo superamento dell'ostacolo normativo di cui all'art. 8 d.lgs. n. 231 del 2001. In questo modo, essa avrebbe una portata applicativa tale da escludere l'irrogazione della pena per la persona fisica e la sanzione per la connessa responsabilità da reato; di guisa che si ritornerebbe al "binario unico" corrispondente alla sanzione amministrativa applicata. L'alternativa sarebbe la proposizione di una questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-*terdecies* t.u.f., salvo che non si riesca a interpretarla in senso costituzionalmente orientato e a riferirla, così, anche ai reati tributari. Infine, anche in questo caso si potrebbe concludere nel senso dell'applicazione della norma generale sulla commisurazione della sanzione, con la conseguenza che si dovrà escludere una nuova sanzione con riguardo a ciò che sia già "coperto" dalle sanzioni precedentemente intervenute: in questo modo, peraltro, coerentemente con quanto sostenuto dalla Cassazione, si riuscirebbe a far dialogare tra di loro anche le sanzioni di genere diverso, quali , oltre a quelle pecuniarie, quella detentiva per la persona fisica e quella interdittiva per l'ente.

6. Conclusioni.

Come si è avuto modo di esaminare nel presente elaborato, l'innesto normativo nel d.lgs. n. 231 del 2001 della riforma dei reati tributari ha sì sopperito a una carenza legislativa, ma ha anche generato nuovi problemi e aggravatine altri.

Certo, con riguardo a quest'ultimo profilo, quantomeno è stato riproposto all'attenzione degli interpreti il tema della pesante afflizione sopportata dagli enti di piccole dimensioni – e dal numero esiguo di persone fisiche che agiscono al suo interno – a causa della quasi totale assimilazione agli altri enti.

Innanzitutto, sembrano maturi i tempi per adottare un approccio sostanzialistico anche nella ricerca dell'*eadem persona*, che non può essere esclusa rispetto a tali figure societarie per la semplice distinzione giuridica ricorrente con la persona fisica: se è vero che l'ente non può essere lo scudo dietro il quale nascondere le responsabilità, è altresì vero che esso non può costituire nemmeno il pretesto per moltiplicarle oltremodo; anzi, lo stesso ente appare il veicolo di una sanzione ulteriore a carico della persona fisica, già vessata dal "doppio binario".

Peraltro, stante lo stretto intreccio con la persona fisica – tanto da poter discorrere di piena sovrapposizione – non appare congruo sottoporre un soggetto di tale debolezza economico-strutturale a un carico sanzionatorio addirittura più grave di quello applicabile rispetto a soggetti economici di dimensione più consistente.

Al di là dei vari interventi di tamponamento delle falle sistematiche, traspare la centralità nel quadro delineato dell'esigenza di una disciplina differenziata degli enti di piccole dimensioni. In particolare, si rende necessario un intervento correttivo che tenga conto di questa peculiare (quanto diffusa) realtà ed eviti un accanimento sanzionatorio che appare privo di qualsiasi giustificazione.

1 Per un quadro complessivo v. S. Finocchiaro, *Le novità in materia di reati tributari e di responsabilità degli enti contenute nel c.d. decreto fiscale (d.l. 124/2019)*, in *Sist. pen.*, 18 novembre 2019, disponibile su https://www.sistemapenale.it/it/scheda/reati-tributari-e-responsabilita-degli-enti-decreto-legge-26-ottobre-2019-n-124; G. RUTA, *La riforma dei reati tributari, una prima lettura*, in *Questione Giustizia*, 12 dicembre 2019, disponibile su https://www.questionegiustizia.it/articolo/la-riforma-dei-reati-tributari-una-prima-lettura_23-12-2019.php.

2 Per un quadro complessivo, v. D. Piva, *Reati tributari e responsabilità dell'ente: una riforma nel (ancorché non di) sistema*, in *Sist. Pen.*, 15 settembre 2020, disponibile su https://www.sistemapenale.it/it/articolo/piva-reatri-tributari-responsabilita-ente-riforma.

3 In senso positivo, v. E. Basile, *Brevi note sulla nuova direttiva PIF*, in *Dir. Pen. Cont.*, Fasc. 12/2017, p. 72; P. Ielo, *Reati tributari e responsabilità degli enti*, in *Riv. Resp. Amm. Soc. Enti,* 3/2007, pp. 7 ss.; in senso negativo, v. C. Santoriello, *I reati tributari nella responsabilità da reato degli enti collettivi: ovvero dell'opportunità di configurare la responsabilità amministrativa*

delle società anche in caso di commissione di reati fiscali, in *Arch. Pen.* 1/2017, pp. 7 ss.; I. Caraccioli, *Reati tributari e responsabilità degli enti*, in *Riv. Resp. Amm. Soc. Enti*, 1/2007, p. 155. Per una sintesi del dibattito, v. F. M. Magnelli, *Sulla (in)compatibilità del sistema repressivo degli illeciti fiscali con lo statuto transnazionale del* ne bis in idem*: tra proporzionalità e 231*, in questa Rivista, 2019, 12 https://www.giurisprudenzapenale.com/2019/12/16/sulla-incompatibilita-del-sistema-repressivo-degli-illeciti-fiscali-lo-statuto-transnazionale-del-ne-bis-idem-proporzionalita-231/, pp. 12 ss.

4 Cass., Sez. Un. 5 marzo 2014 (ud. 30 gennaio 2014), n. 10561, *Gubert*, in *CED Cass.* n. 28646; per un commento, v. C. E. Paliero – F. Mucciarelli *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche. Ancora a proposito di Cass., sez. un. pen., 30 gennaio 2014 (dep. 5 marzo 2014), n. 10561, Pres. Santacroce, Rel. Davigo, Imp. Gubert*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.* 4/2015; v. anche R. Bartoli, *Brevi considerazioni in tema di confisca del profitto. Dialogando con la sentenza Gubert e Mario Romano*, in *Dir. pen. cont.*, 20 ottobre 2016.

5 Il cui articolo 6 ha obbligato gli Stati membri ad adottare «*le misure necessarie affinché le persone giuridiche possano essere ritenute responsabili di uno dei reati di cui agli articoli 3, 4 e 5 commessi a loro vantaggio da qualsiasi soggetto, a titolo individuale o in quanto membro di un organo della persona giuridica*». Per degli spunti critici, v. E. Basile, *Brevi note sulla nuova direttiva PIF*, in *Dir. Pen. Cont.*, Fasc. 12/2017, p. 72.

6 R. Bartoli, *Responsabilità degli enti e reati tributari: una riforma affètta da sistematica irragionevolezza*, in *SP* 3/2020, p. 223; F. Piergallini, *La riforma dei reati tributari tra responsabilità della persona fisica e responsabilità dell'ente*, in *SP* 3/2020.

7 Invero, nel senso della non impossibilità di invocare fattispecie "strumentali", quale quella di associazione per delinquere, se non con riferimento a delitti-scopo già contemplati tra i reati presupposto della responsabilità dell'ente: v. Cass., Sez. VI, 21 gennaio 2014 (ud. 20 dicembre 2013), n. 3635, in *CED Cass*, n. 249820; ma, proprio con riferimento ai reati tributari, in relazione alla possibilità del sequestro preventivo, la giurisprudenza successiva ha affermato l'autonomia del profitto del delitto associativo rispetto a quello dei delitti-scopo, in quanto coincidente con il risultato complessivo di quello ricavato da questi ultimi: v. Cass. 23 novembre 2015, (ud. 14 ottobre 2015), n. 46162, in www.iusexplorer.it; conf. Cass., 8 agosto 2018, (ud. 17 aprile 2018), n. 38243, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.* 2018, 837, con nota di M. Croce.

8 Cass., Sez. Un., 5 marzo 2014 (ud. 30 gennaio 2014), n. 10561, *Gubert*, in *CED Cass.* n. 258646; per alcuni commenti sulla sentenza, v. nota 4.

9 R. Bartoli, *ult. op. cit.*, p. 225, seppur ritiene non vi fosse alcun vuoto di tutela, alla luce degli alternativi strumenti alternativi messi a disposizione dall'ordinamento pre-riforma; C. E. Paliero, *La società punita. Del come, del perché, e del per cosa*, *Riv. it. dir. Proc. Pen.*, 2008, pp. 1529 ss., per la tripartizione tra reati "propri" dell'ente - espressione della volontà collettiva dello stesso – reati meramente strumentali della politica d'impresa e reati espressivi di un modello organizzativo adeguato, cit. in F. Piergallini, *op. cit.*, p. 4, che, in base alle modalità di commissione, ascrive i reati tributari alla prima o alla seconda classe.

10 R. Bartoli, ult. op. cit., p. 227; A. Ingrassia, *Il bastone (di cartapesta) e la carota (avvelenata): iniezioni di irrazionalità nel sistema penale tributario*, in *Dir. Pen. Proc.* 3/2020; C. Piergallini, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Dir. Pen. Proc.* 4/2019.

11 Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*.

12 Corte EDU, 10 febbraio 2009, *Sergey Zolotukhin c. Russia*; per la giurisprudenza costituzionale v. Corte cost., sent. 21 luglio 2016, n. 200

13 Conf. Corte EDU, 20 maggio 2014, *Nykänen c. Finlandia*; Corte EDU, 27 novembre 2014, *Lucky Dev c. Svezia*; Corte EDU, 10 febbraio 2015, *Kiiveri c. Finlandia*.

14 Per l'adesione ai criteri c.d. *Engel* v. CGUE (Grande Sezione), causa C-489/10, *Bonda*, Sent. 5 giugno 2012.

15 CGUE, causa C-617/10 - *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, Sent. (Grande sez.) 26 febbraio 2013.

16 Trib. di Bergamo, 16 settembre 2015, in www. archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, con nota di F. Viganò, Ne bis in idem *e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di Giustizia*, 28 settembre 2015; Cass., Sez. trib. civ., ord. 13 ottobre 2016, (ud. 20 ottobre 2016), n. 20675, *in w*ww. archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, con nota di F. Viganò, A never-ending story*? Alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione della compatibilità tra* ne bis in idem *e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato*, 17 ottobre 2016; Cass. Civ. Sez. II, 15 novembre 2016, (ud. 27 maggio 2016), n. 23232, *Puma c. Consob*, in www. archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, con nota di F. Viganò, Ne bis in idem *e doppio binario sanzionatorio: nuovo rinvio pregiudiziale della cassazione in materia di abuso di informazioni di privilegiate*, 28 novembre 2016. Per scongiurare il conflitto con i principi europei, alcuni giudici avevano optato per soluzioni alternative: v. Trib. di Asti, 7 maggio 2015, in questa Rivista, per un tentativo di interpretazione convenzionalmente orientata; Trib. di Terni, 12 giugno 2015, in www. archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, con nota di S. Confalonieri, *Ancora in tema di omesso versamento di IVA e* ne bis in idem*: il Tribunale di Terni dichiara di non doversi procedere per la sanzione penale, per un applicazione del principio di specialità dell'art. 19 D.lgs. n. 74 del 2000*, 02 dicembre 2015.

17 G. M. Flick – V. Napoleoni, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? (<<Materia penale>>, giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul* market abuse*)*, in *Riv. AIC, n.*

3/2014, 11 luglio 2014.

18 Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 2016, *A. e B. contro Norvegia*.

19 CGUE, cause C-524/15 - *Menci*; C-537/16 - *Garlsson Real Estate e a.*; C-596/16 e C-597/16 - *Di Puma e Zecca*, Sent. (Grande sez.), 20 marzo 2018.

20 Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 2016, *A. e B. contro Norvegia*, § 125; invero, detto criterio non è nuovo nella giurisprudenza europea, che aveva fatto riferimento in alcune pronunce più risalenti (Corte EDU, 30 maggio 2000, *R.T. c. Svizzera*; Corte EDU, 13 dicembre 2005, *Nilsson c. Svezia*) e in una più recente (Corte EDU, 17 febbraio 2015, *Boman c. Finlandia*). Per una conferma successiva dei principi enunciati dalla Grande Camera: Corte EDU, 18 maggio 2017, *Jóhannesson e a. c. Islanda*; Corte EDU, 16 aprile 2019, *Bjarni Armannsson c.* Islanda; Corte EDU, 6 giugno 2019, *Nodet c. Francia*.

21 C. Silva, *La deriva del* ne bis in idem *verso il canone di proporzionalità*, in *Arch. Pen 1/2019*; A.F. Tripodi, Ne bis in idem *e* insider trading*: dalla Cassazione i criteri per una risposta sanzionatoria proporzionata*, in *Giur. It.*, Aprile 2020.

22 Così, *ex multis*, Cass. pen., Sez. V, 10 ottobre 2018 (ud. 16 luglio 2018), n. 45829, in questa Rivista; Cass., Sez. trib., 30 ottobre 2018 (ud. 9 luglio 2018), n. 27564; Cass. pen., Sez. V, 31 ottobre 2018 (ud. 21 settembre 2018), n. 49869, *Chiarion*, in questa Rivista, con nota di L. Roccatagliata, *La proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato per abusi di mercato: disapplicazione* in toto vs *disapplicazione* in mitius *della norma interna*, 12 novembre 2018.

23 Corte cost., sent. 24 gennaio 2018, n. 43, che ha restituito gli atti al giudice *a quo* perché facesse applicazione degli indici elaborati dalla Corte EDU nella sentenza del 16 novembre 2016.

24 Per il richiamo delle due disposizioni costituzionali citate, v. Corte cost. 8 marzo 2019, n. 40; per l'inaugurazione del c.d. schema triadico, in luogo del c.d. schema diadico in tema di sindacato del Giudice delle Leggi sul trattamento sanzionatorio legale, v. Corte cost., 10 novembre 2016, n. 236.

25 Cass. pen., Sez. Un., 18 settembre 2014 (ud. 24 aprile 2014), n. 38343, *Espenhahn e altri*, in *CED Cass.* n. 261115. Nel senso della responsabilità amministrativa, *ex multis* v. Cass. pen., Sez. Un., 5 marzo 2014 (ud. 30 gennaio 2014), *Gubert*, n. 10561, in *CED Cass.* n. 28646; per la natura penale della responsabilità: Cass. pen., Sez. II, 30 gennaio 2006 (ud. 20 dicembre 2005), n. 3615, *D'Azzo*, in *CED Cass.* n. 232957. La tesi del *tertium genus* era già stata prospettata nella *Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001*, n. 231, p. 12, § 1.1. In dottrina, per il *tertium genus* v. O. Di Giovine, *La responsabilità degli enti: lineamenti di un nuovo modello di illecito punitivo*, in AA. VV., *Diritto e impresa: un rapporto controverso*, a cura di A. Manna, Giuffrè, 2004, p. 435; G. Flora, *Le sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche: un esempio di «metamorfosi» della sanzione penale?*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2003, pp. 1398 ss.; G. Forti, *Sulla definizione della colpa nel progetto di riforma del codice penale*, in C. De Maglie - Seminara, *La riforma del codice penale. La parte generale*, Atti del Convegno di Pavia, 10-12 maggio 2001, Giuffrè, 2002. Per la responsabilità amministrativa, v. G. Marinucci – E. Dolcini, *Manuale di diritto penale, Parte generale, V edizione*, Giuffré, 2015, p. 763; F. Palazzo, *Corso di diritto penale, Parte generale*, Giappichelli, 2006, pp. 47 ss.; M. Romano, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, pp. 398 ss. Nel senso di una responsabilità almeno "para-penale", v. G. De Simone, *La responsabilità da reato della* societas *nell'ottica dei principi costituzionali*, in AA. VV., *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231 del 2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, a cura di V. Mongillo – A. M. Stile – G. Stile, Jovene, 2013, p. 263; G. De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C. F. Grosso – T. Padovani – A. Pagliaro, Giuffrè, 2008, pp. 322 ss.; A. Fiorella, *Le strutture del diritto penale*, Giappichelli, 2018, pp. 652 ss.; R. Guerrini, *La responsabilità da reato degli enti. Sanzioni e loro natura*, Giuffrè, 2006, pp. 233 ss.; A. Manna, *La c.d. responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche*, in AA. VV., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, a cura di G. De Francesco, Giappichelli, 2004, pp. 16 ss.; C. E. Paliero, *Il d.lgs. n. 231/2001: da ora in poi,* societas delinquere (et puniri potest), in *Corr. giur.* 7/2001, pp. 845 ss.

26 Corte EDU, 10 febbraio 2009, *Sergey Zolotukhin c. Russia*; Corte cost., sent. 21 luglio 2016, n. 200, in cui, in aderenza all'orientamento della Corte EDU, si afferma che «*Il fatto storico-naturalistico rileva, ai fini del divieto di* bis in idem*, secondo l'accezione che gli conferisce l'ordinamento, perché l'approccio epistemologico fallisce nel descriverne un contorno identitario dal contenuto necessario. Fatto, in questa prospettiva, è l'accadimento materiale, certamente affrancato dal giogo dell'inquadramento giuridico, ma pur sempre frutto di un'addizione di elementi la cui selezione è condotta secondo criteri normativi (…) Ciò premesso, questa Corte ha già avuto modo di prendere atto che «l'identità del "fatto" sussiste – secondo la giurisprudenza di legittimità (Cass. Sez. un. 28 giugno 2005, n. 34655) – quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona» (sentenza n. 129 del 2008)*».

27 R. Bartoli, *ult. op. cit.*, p. 220; F. Piergallini, *op. cit.*, p. 9; F. M. Magnelli, *op. cit.*; C. Santoriello, *La nuova responsabilità delle società per i reati tributari*, in *ilpenalista.it*, p. 6.

28 V. note 20-22.

29 R. Bartoli, *ult. op. cit.*, pp. 225-226; per questo l'Autore suggerisce, innanzitutto, una revisione dell'art. 8 cit.

30 *Ibidem*.

31 Sull'art. 187-*terdecies*, v. F. Mucciarelli, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina*,

in *Dir. Pen. Cont.*, 10 ottobre 2018, https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/6249-gli-abusi-di-mercato-riformati-e-le-persistenti-criticita-di-una-tormentata-disciplina

32 F. Piergallini, *op. cit.*, p. 25.

33 *Ibidem*.

34 *Idem,* p. 18.

35 *Ibidem*; Cfr., Corte d'Appello di Milano, sez. II penale, 02 maggio 2017 (ud. 20 aprile 2017), n. 2210. Per la natura oggettiva, v. anche A. Ingrassia, *Circostanze e cause di non punibilità. La* voluntary disclosure, in *I reati tributari*, a cura di R. Bricchetti – P. Veneziani, *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo, C. E. Paliero, Giappichelli, 2017, pp. 527 ss.

36 R. Bartoli, *ult. op. cit.*, pp. 220-226.

37 Così, Cass. pen., Sez. V, 31 ottobre 2018 (ud. 21 settembre 2018), n. 49869, *Chiarion*, in questa Rivista, con nota di L. Roccatagliata, *La proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato per abusi di mercato: disapplicazione* in toto vs *disapplicazione* in mitius *della norma interna*, 12 novembre 2018; conf. Cass., sez. V, 30 settembre 2019 (ud. 15 aprile 2019), n. 39999, in *Giur. it.*, Aprile 2020, con nota di A. F. Tripodi, *op. cit.* Come rileva L. Baron, *Test di proporzionalità e* ne bis in idem. *La giurisprudenza interna alla prova delle indicazioni euro-convenzionali in materia di* market abuse, in *Arch. Pen.* 3/2019, p. 37, è dubbio se questa soluzione possa valere anche per altre sanzioni, oltre a quella detentiva, quali quelle interdittive e ablatorie; sul punto, l'Autore cita la pronuncia del Tribunale di Milano, n. 14767/2018, che, pur aderendo all'orientamento estensivo del meccanismo compensativo alle sanzioni detentive, non ha applicato il meccanismo compensativo a quelle interdittive e ablatorie pene accessorie dell'art. 186 t.u.f.

38 L. Baron, *op. cit.*, p. 149; V. Felisatti, *Il ne bis in idem domestico. Tra coordinazione procedimentale e proporzionalità della sanzione*, in *Riv. trim. Dir. Pen. Cont.* 3/2018, p. 141; F. Mucciarelli, *op. cit.*; A.F. Tripodi, *op. cit.*, p. 935.

39 Per una possibile definizione di "enti di piccole dimensioni", G. De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Edizioni ETS, 2012, p. 204, richiama, a tal fine, le Linee Guida di Confindustria: queste enfatizzano l'essenzialità della struttura interna gerarchica e funzionale, atteso che in essi le funzioni sono prevalentemente concentrate su un numero esiguo di soggetti (Confindustria, *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. 231/2001*, p. 50 – versione aggiornata del 31 marzo 2008, in www.confindustria.it. L'Autore cita, altresì, la Raccomandazione della Commissione UE n. 1442 del 6 maggio 2003, che ha provveduto ad aggiornare le regole in base alle quali un'impresa può essere definita piccola o media (con decorrenza dal 1° gennaio 2005). Inoltre, l'Autore evidenzia la proposta di riforma dell'art. 6, comma 3 d.lgs. n. 231 del 2001 recata nell'art. 1 dello Schema di d.d.l. di modifica dello stesso predisposto dall'AREL: «*[…] sono qualificati enti di piccole dimensioni i soggetti che, per due esercizi consecutivi, non hanno superato due dei limiti indicati dal primo comma dell'articolo 2435-bis del codice civile*».

40 Come ha evidenziato C. Piergallini, *La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni. Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 11/2001, p. 358.

41 V. Mongillo, *Profili critici della responsabilità da reato degli enti alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 4/2009, p. 105.

42 Cfr. Cass. pen., sez. VI, 25 ottobre 2017 (ud. 25 luglio), n. 49056, in www.rivista231.it; G.I.P. Trib. Milano, 12 Marzo 2008, in www.rivista231.it; Trib. Milano, Sez. penale-riesame XI, 7 maggio 2008, (ud. 28 aprile 2008), in www.rivista.231.

43 CGUE, cause C-217/15 e C-350/15 - *Orsi e Baldetti*, Sent. (IV sez.), 5 aprile 2017; Corte EDU, 20 maggio 2014, *Pirttimaki c. Finlandia*.

44 F. Centonze, *La responsabilità degli enti e la piccola e media impresa, in La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, F. Centonze - M. Mantovani (a cura di), Bologna, 2016, p. 106; L. De Martino, *La colpa di organizzazione nel prisma del diritto penale liberale*, Relazione al convegno "*Diritto penale e paradigma liberale. Tensioni e involuzioni nella contemporaneità*", Certosa di Pontignano (SI), 24-25 maggio 2019, pubblicato il 30 aprile 2020, in *disCRIMEN*, https://discrimen.it/la-colpa-di-organizzazione-nel-prisma-del-diritto-penale-liberale/, p. 15; C. Piergallini, *ult. op. cit.*, p. 358; conf. lo stesso Autore in *I reati presupposto della responsabilità dell'ente e l'apparato sanzionatorio*, p. 227. Con riguardo al socio unico, v. T. Guerini, *Diritto penale ed enti collettivi. L'estensione della oggettività penale tra repressione, prevenzione e governo dell'economia*, Giappichelli, 2018, p. 61; discorre di "confine labile" tra interesse dell'ente e della persona fisica nelle società unipersonali F. D'Arcangelo, *La responsabilità da reato delle società unipersonali nel d.lgs. 231/01*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2008, p. 153.

45 C. E. Paliero – C. Piergallini, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 3/2006, pp. 167 ss.

46 C. Piergallini, *ult. op. cit.*, p. 350. Suggerisce l'introduzione di un "principio di compensazione quantomeno rispetto alle società unipersonali o agli enti di piccole dimensioni o ad assetto concentrato V. Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Giappichelli, 2018 pp. 482 ss.

47 L. De Martino, ult. op. cit., p. 15.

48 C. Piergallini, *ult. op. cit.*, p. 350.

26 Riflessioni sulla codifica di un "peculiare" modello di gestione e organizzazione per il comparto alimentare: limiti attuali, prospettive di riforma e spunti comparatistici.

di Cinzia Catrini

Abstract

Il cibo ha assunto in quest'epoca una dimensione culturale centrale. Nel contesto in cui viviamo di massificazione globale dei consumi e di lunghe catene di fornitura è sempre più sentita la necessità di conoscere il percorso produttivo di ciò di cui ci nutriamo. Ciò anche a fronte delle costanti minacce di contraffazione, frode e cibo contaminato nonché della oramai radicata presenza delle agromafie, i "nuovi" colletti bianchi della tavola che in modo strutturato ed organizzato commettono food crimes. I rapporti dell'Osservatorio agromafie evidenziano che gli illeciti alimentari sono oramai da considerarsi alla stregua di allarmanti fenomeni di criminalità economica.

La sicurezza alimentare costituisce, dunque, la direzione verso la quale è necessario che questo comparto produttivo si muova. Essere conformi alla normativa sulla tracciabilità rappresenta la risposta alle esigenze manifestate da un mercato sempre più concorrenziale dove la reputazione aziendale assume un valore essenziale, un mercato che richiede un miglioramento dell'efficienza interna ma anche della comunicazione esterna. Il consumatore "moderno" è mediamente più interessato a conoscere il cibo di cui si nutre: si è imposta l'idea di una scelta consapevole ed adeguata del cibo ma in quest'epoca caratterizzata da un'economia del distanziamento a causa di una supply chain complessa e articolata è sempre più difficile potersi "fidare" della qualità del prodotto.

La risposta delle aziende a questo fenomeno non può che consistere nell'attuazione di sistemi di controllo, protocolli, procedure che permettano di risalire alle varie fasi di produzione e distribuzione, in altre parole l'adozione di un modello di organizzazione ad hoc. D'altronde nell'attuale sistema economico avere la possibilità di offrire un valore aggiunto rappresenta un vantaggio competitivo nei confronti della concorrenza illegale ed estera che produce con standard differenti e si posiziona sul mercato italiano giocando sul basso prezzo.

In questo contesto, a fronte dell'attuale sistema di tutela apprestato dal diritto penale e dalla legislazione alimentare, si impone la necessità di una rielaborazione dei reati alimentari, la revisione della legislazione speciale ma, in via principale, l'adeguamento della vigente normativa in materia di responsabilità delle persone giuridiche allo specifico comparto alimentare recependo anche gli indirizzi della normativa europea, della standardizzazione privata e della soft law. Considerata la dimensione che hanno assunto gli scambi commerciali, l'impresa rappresenta la principale forma per il mercimonio del patrimonio alimentare e la risposta a tale fenomeno si dovrebbe tradurre nella previsione di un'apposita disciplina dei modelli di gestione puntando sulla diretta responsabilizzazione dell'impresa fulcro di interessi e quindi strumento atto a favorire fenomeni illeciti. In tal senso muove il DdL di riforma dei reati alimentari approvato e presentato alla Camera il 6 marzo 2020.

Food has taken on a central cultural dimension in these times. In the context of global standardization of consumption and long supply chains, there is an increasing need to know the path followed by the products used for our nourishment. This is due in part to the constant threats of imitation, fraud, and contaminated food, as well as the now deeply-rooted presence of agricultural mafias, the "new" white-collar actors who commit food crimes in a structured and organized way. The relations of the Agricultural Mafia Observatory show that food crimes are now to be considered as an alarming phenomenon of economic crime.

Food security thus represents a necessary direction for this productive sector. Complying with regulations on traceability represents the response to the needs expressed by an increasingly competitive market, where company reputation takes on essential value, a market that requires improvement of internal efficiency but also of external communication. The "modern" consumer is on average more interested in knowing something about the food they eat: the idea has taken hold of conscious and adequate food

choices, but in this era characterized by a long-distance economy due to complex, extended supply chains, it is increasingly difficult to "trust" the quality of a product.
The response companies give to this phenomenon cannot but involve the implementation of systems of control, protocols, and procedures that allow for tracking the various phases of production and distribution; in other words, the adoption of an ad hoc organization model. In any event, having the possibility to offer value added in the current economic system represents a competitive advantage with regard to illegal, foreign competitors who produce with different standards and enter the Italian market exploiting low prices.
In this context, given the current system of protection produced by criminal law and food legislation, there is a need for a reworking of food crimes, a revision of special legislation, but principally, the adaptation of current legislation on the liability of legal entities with regard to the specific food sector, also following the indications of European legislation, private standardization, and soft law. Considering the dimensions that commercial exchange has reached, business represents the principal channel for illicit trade in the food sector, and the response to this phenomenon should translate into the establishment of a specific set of rules on management models, focusing on the direct responsibility of the businesses that are the hub of interests, and thus a tool able to favor illegal activity. This is the direction taken by the Bill for the reform of food crimes presented and approved at the Chamber of Deputies on March 6, 2020.

Sommario

1. Premessa: la globalizzazione, la sicurezza alimentare e la gestione penale del rischio **- 1.1**. *Segue* La necessaria responsabilizzazione dell'ente e la risposta *de iure condendo* del Ddl AC 2427 *Nuove norme in materia di illeciti agro-alimentari* - **2.** Gli attuali limiti del sistema della responsabilità delle persone giuridiche ai sensi del D.Lgs. 231/2001 e il settore alimentare - **2.1.** *Segue* Spunti comparatistici: la *Ley Organica* e il D.Lgs. n. 231/2001, cautele esigibili e insufficiente tassatività dei requisiti di idoneità ed efficacia del modello di organizzazione e gestione - **3.** Parametri di riferimento per la costruzione di un modello di organizzazione e gestione con efficacia esimente nel settore alimentare: il disposto di cui all'art. 5 Ddl AC 2427 *Nuove norme in materia di reati agro-alimentari* e la previsione di un modello *ad hoc* per l'impresa alimentare (art. 6-*bis* D.Lgs. n. 231/2001) - **3.1.** Introduzione all'analisi del venturo disposto di cui all'art. 6-*bis* D.Lgs. n. 231/2001 - **3.1.1.** Art. 6-*bis*, comma 1: Profili soggettivi - **3.1.2.** Art. 6-*bis*, comma 1 letta a): obblighi informativi, norme cogenti e strumenti di *soft law* internazionale - **3.1.3.** Art. 6-*bis*, comma 1 lett. b): comunicazione pubblicitaria, normativa nazionale e sovranazionale - **3.1.4.** Art. 6-*bis*, comma 1 lett. c): tracciabilità e rintracciabilità di prodotto e di filiera, norme cogenti, strumenti di *soft law* internazionale e standardizzazione privata - **3.1.5.** Art. 6-*bis*, comma 1 lett. d): attività di controllo su qualità, sicurezza e integrità, HACCP, norme cogenti, strumenti di *soft law* internazionale e standardizzazione privata. - **3.1.6.** Art. 6-*bis*, comma 1 lett. e): procedure di ritiro, richiamo e RASFF, norme cogenti - **3.1.7.** Art. 6-*bis*, comma 1 lett. f): gestione e analisi del rischio, norme cogenti e strumenti di *soft law* internazionale - **4.** La sicurezza alimentare Oltreoceano e le imprese italiane: *Food Safety Modernitation Act, New Era of Smarter Food Fasety:FDA's Blueprint for the Future, export* - **5.** Art. 6-*bis*, comma 1 lett. g) e commi 2,3,4: Organi di controllo e verifiche periodiche sull'adeguatezza ed effettività del modello di organizzazione e gestione - **6.** Il venturo art. 1-*bis* L. n. 283/1962: disciplina della delega di funzioni nel settore alimentare - **7.** Verso un sistema di *compliance* integrata? - **8.** Conclusioni.

1. Premessa: la globalizzazione, la sicurezza alimentare e la gestione penale del rischio.

Da diversi anni oramai l'alimentazione ha assunto un ruolo importante nella vita quotidiana. Si è sviluppata una vera e propria filosofia del cibo che va anche oltre la sua dimensione culturale. Il consumatore è sempre più critico, esigente e diversificato e si sono diffusi sia il bisogno di ottenere informazioni dettagliate sui prodotti acquistati, sia una maggiore sensibilità sul tema specifico della sicurezza alimentare che viene associata alla qualità e alla controllabilità diretta e indiretta del cibo. Da un lato la globalizzazione dei mercati, dall'altro lo sviluppo delle tecnologie di produzione, conservazione e commercializzazione dei prodotti alimentari, hanno rappresentato un netto ed inevitabile cambiamento nell'approccio a questa rilevante e fondamentale tematica.
In occasione della prima giornata mondiale sulla sicurezza degli alimenti che si è celebrata il 7 giugno 2019, è stato pubblicato il *report* speciale Eurobarometro *Wave* EB91.3 "*Sicurezza alimentare in UE*" curato da EFSA (Autorità Europea per la Sicurezza Alimentare) che si è occupato di

monitorare proprio la percezione del rischio dei cittadini dell'UE ed ha coinvolto 27.655 cittadini europei, di differente età ed estrazione sociale, tra cui 1.022 italiani. Ebbene, in generale il sondaggio ha evidenziato un interesse dei cittadini europei per la sicurezza alimentare, consapevolezza e percezione del rischio in materia. In particolare, dall'analisi dei risultati effettuata dal CeI.R.S.A (Centro interdipartimentale di ricerca e documentazione sulla sicurezza alimentare) alla luce del confronto tra la percezione dei rischi alimentari dei cittadini italiani rispetto a quella dei cittadini degli altri Paesi UE, è stato rilevato che ": *per gli italiani i fattori più rilevanti nella scelta di un alimento al momento dell'acquisto sono la provenienza, la sicurezza alimentare (….)*[1].

Del resto dalla sintesi del *report* dell'EFSA "*EU Insights – Consumer perceptions of emerging risks in the food chain*"[2], pubblicato nell'aprile 2018 a cura del CeI.R.S.A, si evince che il tema relativo alle frodi alimentari è risultato essere quello che desta maggior preoccupazione.

Ed ancora, nel 2017, da un'indagine realizzata dall'Istituto Ixè srl, commissionata dalla Fondazione Osservatorio sulla criminalità nell'agricoltura e sul sistema agroalimentare, avente ad oggetto l'informazione e la tutela del consumatore in ambito alimentare, è risultato che il fenomeno delle frodi è giudicato dai cittadini un problema grave per la propria salute e per il patrimonio agroalimentare italiano. Di conseguenza, in base al sondaggio anche la pena *auspicata* per i reati di frode e contraffazione alimentare non dovrebbe limitarsi a una pena pecuniaria: il 51% degli intervistati riterrebbe necessaria la sospensione dell'attività, mentre il 29% l'irrogazione di pene detentive[3]. D'altra parte l'informazione non ha un effetto neutrale sui consumatori ed anzi proprio il susseguirsi di notizie sul sequestro di prodotti avariati, contraffatti o non rispondenti alle norme igienico-sanitarie di base hanno innescato, in un numero crescente di persone, la determinazione ad essere meglio informati sulla provenienza del cibo acquistato. È sufficiente richiamare alcuni episodi per capirne la portata come: lo *shock* determinato più di dieci anni fa dalla notizia di possibile presenza di carne bovina contaminata da BSE, l'influenza aviaria o, più recentemente, le mozzarelle blu e l'olio di oliva miscelato con olio di semi e colorato con la clorofilla. Ma hanno destato scalpore anche il caso della carne di cavallo venduta come carne di manzo e quello dei frutti di bosco surgelati contaminati dal virus dell'epatite A. Quello delle infezioni legate al cibo, del resto, è un problema globale.

Secondo una pubblicazione dell'Oms (Organizzazione mondiale della Sanità) arriva al 10% la percentuale di persone che ogni anno si ammalano nel mondo a causa di alimenti contaminati, con un numero di decessi che supera le 420.000 unità (di cui 125.000 bambini sotto i 5 anni)[4]. Solo nel quarto trimestre del 2018 il segretariato dell'Oms responsabile della sicurezza alimentare è stato attivato per 19 incidenti di sicurezza alimentare che hanno interessato 65 Paesi membri (di cui 29 in Europa). Ed anche limitandoci proprio all'Europa, da uno dei più recenti dati disponibili, pubblicato nel rapporto *"Il peso delle malattie alimentari nella regione europea dell'OMS",* reso anch'esso noto in occasione della prima Giornata mondiale della sicurezza alimentare del 7 giugno 2019 voluta dall'ONU, si evince che ogni minuto 44 persone si ammalano per avere mangiato cibo contaminato e circa 4.700 all'anno perdono la vita[5]. In questo contesto si inseriscono le attività di controllo sull'intera filiera alimentare, dal "campo alla tavola", che nella lotta contro le frodi si rivelano costanti ed affidabili[6]. In via esemplificativa, l'attività operativa dei Carabineri-NAS, tra il 2017 e il 2018, nel settore della "sicurezza alimentare" si caratterizza per i ben 53.526 controlli, di cui 19.218 con risultati di non conformità. Gli arresti sono stati 28 mentre le persone segnalate all'Autorità giudiziaria 2.509 e all'Autorità amministrativa 16.685. Sono state contestate altresì sanzioni amministrative per oltre 26 milioni di euro ed effettuati sequestri per un valore pari ad oltre 638 milioni di euro[7]. A sua volta il *Report* 2019 contenente il dettaglio dell'attività svolta dall'ICQRF contro frodi, usurpazioni, fenomeni di *Italian sounding* e contraffazioni a danno del *Made in Italy* e dei consumatori, nonché nel contrasto alla criminalità agroalimentare, evidenzia che i risultati operativi confermano la qualità del sistema dei controlli italiano e il posizionamento dell'ICQRF tra le principali Autorità antifrode nel *food* a livello mondiale. I controlli antifrode sono stati 55.539, di cui 41.462 ispettivi e 14.077 analitici. Gli operatori ispezionati sono stati 27.683 e i prodotti controllati 51.289[8]. Ma, a fronte di controlli efficienti e capillari, altrettanto vero che gli ultimi rapporti Eurispes sulle Agromafie sono molto chiari nell'evidenziare che assistiamo quotidianamente ad un vero e proprio saccheggio del nostro cibo autentico e di qualità con il risultato di rischi per la salute dei cittadini con 399 allarmi alimentari, più di uno al giorno nel 2018 in Italia, ma anche per l'economia[9].

Quello delle frodi alimentari, del resto, è un tema ricorrente nella storia dell'umanità, già nel 1820, Frederick Accum, nel *Trattato sull'adulterazione del cibo e veleni alimentari* presentava una guida

su come smascherare le frodi più frequenti.
L'assetto della società moderna, però, è mutato, è frutto del progresso scientifico connesso a sua volta all'emergere di nuove tecnologie, da cui la necessità di gestire nuovi rischi, a volte ignoti, e bilanciare l'interesse al progresso con l'interesse alla sicurezza, nel caso che qui interessa, alimentare. Inoltre, l'attuale realtà commerciale è stata fortemente influenzata dalla globalizzazione che ha innescato una crescente domanda dei consumatori per una più ampia varietà di alimenti cui è conseguita una catena alimentare sempre più complessa e lunga per soddisfarla. Da qui l'estensione territoriale dell'impresa alimentare e l'evoluzione della distribuzione dei prodotti che ha portato ad un loro crescente processo di internazionalizzazione. In particolare le imprese si approvvigionano in modo sempre più crescente da fornitori stranieri e non solo locali o nazionali. Tutto ciò risulta particolarmente importante se si pensa che le "filiere globali" sono condizionate da differenti ambienti regolamentari ed economici. Il mercato mondiale degli alimenti risulta oramai gestito vieppiù dalle imprese multinazionali e caratterizzato da concentrazione societaria e finanziaria. Se ne inferisce il motivo per cui l'impresa è divenuta uno strumento atto a favorire fenomeni illeciti.
Ne è conseguita la necessità in ambito normativo di predisporre l'anticipazione della soglia di tutela di nuovi beni giuridicamente rilevanti. Si è imposta l'esigenza di introdurre nell'ordinamento strumenti diversificati idonei a contrastare (sia in termini general preventivi che special preventivi) fenomeni particolarmente gravi in grado di ledere beni di natura collettiva e ad ampio raggio quali la salute pubblica e l'economia pubblica la cui offesa non è legata al danno o al pericolo arrecato a singoli soggetti bensì alla collettività ed è sempre più legata all'incertezza scientifica[10]. Come osservato[11], l'offensività dei reati agroalimentari, rispetto alle altre fattispecie, coinvolge la collettività, le singole persone e perfino le generazioni future ed i destinatari dei precetti sono da ricondursi alle imprese il cui coinvolgimento in termini di prevenzione risulta "vitale".

1.1. *Segue* La necessaria responsabilizzazione dell'ente e la risposta *de iure condendo* del Ddl AC 2427 *Nuove norme in materia di illeciti agro-alimentari.*

Dando seguito alla necessità di rivedere le strategie di intervento in tale contesto, è stato approvato dal Consiglio dei Ministri il 25 febbraio 2020 e presentato alla Camera dei deputati il 6 marzo 2020 il Ddl AC 2427 di riforma dei reati agroalimentari che, per quanto rimodulato in alcuni punti, trae origine dal testo formulato dalla Commissione istituita presso l'Ufficio legislativo del Ministro della giustizia con decreto del 20 aprile 2015 e presieduta dal Dott. Gian Carlo Caselli.
L'ambito di intervento, per quanto concerne il contenuto principale del disegno di legge, attiene a tre argomenti quali la riorganizzazione sistematica della categoria dei reati in materia alimentare, in modo da garantire i beni giuridici di riferimento, che richiedono spesso l'anticipazione delle correlate incriminazioni già alla soglia del rischio e, in ogni caso, l'elaborazione di un sistema di intervento a tutele crescenti, che muove dalle ipotesi contravvenzionali per passare alla previsione di un delitto connotato da una concreta dannosità e giungere, infine, alla categoria dei reati che mettono in pericolo la salute pubblica; la rielaborazione del sistema sanzionatorio delle frodi alimentari e la sistemazione organica dei reati in materia alimentare della responsabilità delle persone giuridiche[12]. Anche con riferimento alla L. n. 283/1962 *Disciplina igienica della produzione e della vendita di sostanze alimentari e bevande* le modifiche sono tutt'altro che marginali e, per quanto precipuamente interessa in questa sede, intervengono sul disposto di cui all'art. 5 (che come si avrà modo di precisare *de iure condendo* rientrerà tra i reati presupposto ai fini delle responsabilità della persona giuridica) e prevedono, all'art. 1-*bis*, un'apposita tipologia di delega di funzioni da parte del titolare dell'impresa alimentare. Del resto, il rafforzamento della tutela del settore alimentare consiste proprio nel rimodellare le fattispecie di prevenzione, cioè quelle più anticipate di rischio, della legislazione speciale, in particolare del vigente art. 5, L. n. 283/1962 e nella responsabilizzazione delle persone giuridiche: qui risiede la svolta nella politica criminale che caratterizza la riforma. Si prende inoltre atto che in settori quali quello precauzionale, che sono anche settori del diritto d'impresa, non può venire meno la previsione di una responsabilità della persona giuridica[13].
Nello schema del disegno di legge, all'art. 5[14], viene quindi previsto un intervento decisamente importante in materia di responsabilità degli enti collettivi e costruita un'apposita e specifica disciplina dei modelli di organizzazione e di gestione con espresso riguardo agli operatori alimentari, in prospettiva esimente o attenuante della responsabilità, traendo spunto dalle modalità di applicazione della normativa in materia di sicurezza del lavoro: si tratta di una responsabilità che, affiancandosi a quella personale, risulta idonea a incentivare politiche aziendali volte a tutelare la sicurezza alimentare e la lealtà commerciale[15].

Di qui gli interrogativi alla base del presente elaborato: quali gli attuali limiti del sistema della responsabilità delle persone giuridiche in materia alimentare? Vengono superati dal modello di organizzazione gestione e controllo previsto in prospettiva *de iure condendo* dalla riforma? Quali i requisiti, gli *standard* cogenti e volontari ai quali è possibile o necessario fare riferimento ai fini della sua redazione o eventuale integrazione? Vengono recepiti gli indirizzi della normativa europea? Quali i possibili rilievi rispetto alle previsioni della prospettata riforma? Si può e si deve guardare verso sistemi di *compliance* integrata?
L'analisi sarà sorretta anche dalla comparazione tra l'ordinamento italiano e quello spagnolo la cui disciplina si vedrà essere speculare a quella italiana con gli stessi limiti ma con il pregio di ricomprendere tra i c.d. reati presupposto anche quelli contro la salute pubblica e la sicurezza alimentare.
Nell'analisi della gestione dei rischi alimentari ci si sposterà, invece, anche Oltreoceano nell'ordinamento statunitense al quale si farà riferimento per i contenuti del *Food Safety Modernization Act* (FSMA) che trae ispirazione dal diritto alimentare europeo, considerando anche i riflessi della normativa sull'organizzazione delle imprese italiane che vogliano esportare i loro prodotti negli USA. Un inciso sarà dedicato anche al programma di modernizzazione del FSMA pubblicato il 13 luglio 2020.

2. Gli attuali limiti del sistema della responsabilità delle persone giuridiche ai sensi del D.Lgs. 231/2001 e il settore alimentare.

Preso atto che qualunque prospettiva di riforma della normativa penale degli illeciti alimentari non può prescindere dalla valorizzazione politico-criminale della funzionalità preventiva della disciplina della responsabilità amministrativa degli enti collettivi, prima di analizzare la svolta cui porterebbe l'entrata in vigore della riforma menzionata si rende necessaria una preventiva analisi dello stato dell'arte e dei suoi limiti.
Il D.lgs. n. 231/2001, come noto, ha introdotto nel nostro ordinamento giuridico la disciplina della *responsabilità amministrativa degli Enti*, prevedendo un tipo di responsabilità ulteriore e autonoma rispetto a quella amministrativa in senso stretto e rispetto anche a quella penale, tuttavia soltanto i reati indicati nel Decreto stesso e previsti come reati presupposto sono idonei a configurare la responsabilità amministrativa in capo all'Ente. Tra questi ultimi, per il settore alimentare, rilevano in particolare quelli individuati nell'articolo 25-bis.1 "Delitti contro l'indu*stria e il commercio*", introdotto dall'art. 15 della L. n. 99/2009[16], che richiama espressamente i reati di cui agli artt. 513, 515, 516, 517, 517-*ter* e 517-*quater* c.p. e i reati di cui agli artt. 513-*bis* e 514 c.p.. Si tratta di ipotesi delittuose come la frode nell'esercizio del commercio, la vendita di sostanze alimentari non genuine come genuine, la vendita di prodotti industriali con segni mendaci, per le quali tra l'altro ricordiamo l'aggravante prevista dall'art.517-*bis*[17]. L'impresa alimentare che voglia esaminare la propria attività in relazione all'analisi del rischio di compimento di reati deve portare inoltre la propria attenzione anche alle ipotesi di cui agli articoli 517-*ter* e 517-*quater* c.p., anch'essi, come detto, introdotti dalla L. n. 99/2009, che puniscono rispettivamente la fabbricazione e il commercio di beni usurpando titoli di proprietà industriale e la contraffazione di IGP e DOP agroalimentari. Ciascuna impresa, quindi, deve individuare la propria specifica area di rischio e puntare alla (ri)organizzazione delle attività e dei processi ad essa connessi in ossequio ai criteri individuati dall'art. 6 D.Lgs. n. 231/2001, ovvero potendo anche fare riferimento, ai sensi dell'art. 6, comma 3, alle c.d. Linee Guida di Categoria, che assolvono anzitutto all'esigenza di performare i parametri generali dei modelli di organizzazione e gestione uniformandoli nel contenuto, ed inoltre hanno lo scopo di "*promuovere già all'interno delle categorie interessate il rispetto della legge*" e di "*implementare la formazione di codici tecnicamente strutturati che possano fungere da utile punto di riferimento operativo per i soggetti interessati*"[18]. Si tratta delle Linee Guida di Confindustria e del più recente documento orientativo redatto da quest'ultima insieme a CNDCEC, ABI, CNF che, nel 2018, mediante un lavoro multidisciplinare di gruppo, hanno pubblicato i *"Principi consolidati per la redazione dei modelli organizzativi e l'attività dell'organismo di vigilanza e prospettive di revisione del D.Lgs. 8 giugno 2001, n.231"*[19]. L'impresa alimentare, proprio in considerazione del proprio *core business*, dovrebbe porre attenzione anche alle Linee Guida di Federalimentare[20] ed a quelle di Confagricoltura[21] per quanto anche queste ultime due, al pari di quelle di Confindustria, siano piuttosto generiche per il settore: basti pensare che in quelle di Confindustria nella parte speciale sono raccolti una serie di *case study* e, proprio con riferimento ai reati presupposto di cui all'art. 25-*bis*.1, ovvero i delitti contro l'industria e il commercio, risulta che sono aggregati ai delitti di falsità in strumenti o segni di riconoscimento di cui all'art. 25-*bis* così venendo meno qual si voglia

specificazione delle attività e dei processi sensibili connessi propriamente alle frodi commerciali. A ciò si aggiunga che proprio perché la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche sussiste solo per i reati tassativamente indicati nel Decreto, considerato che l'art. 25-*bis*.1 richiama il solo art. 517 c.p. sembrerebbe rimanere esclusa la tutela penale dei prodotti alimentari *Made in Italy* in quanto a tal fine si impone la necessità di ricorrere a una serie di previsioni *extra codicem* (sulle quali in questa sede pare inopportuno dilungarsi)[22] con la conseguenza che sorge quantomeno il dubbio della loro rilevanza anche agli effetti del Decreto. Come osservato da autorevole dottrina[23] in definitiva il semplice rinvio *quad poenam* ovvero *quoad nomen* ("*si applica l'art. 517 …*") preclude la possibilità di configurare nuove forme di responsabilizzazione dell'Ente al di fuori del testo dell'art. 517 c.p..

A ben vedere, inoltre, le fattispecie delittuose dell'art.25-*bis*.1 sono tutte riconducibili in senso ampio alle frodi in commercio, mentre restano esclusi i reati sanitari ed infatti tra i reati presupposto non troviamo il richiamo ai delitti di cui al Titolo VI, Capo II codice penale e tanto meno alla nota Legge n. 283/1962[24]. Ne consegue che un'impresa del settore alimentare potrebbe domandarsi l'utilità di dotarsi di un modello di organizzazione e gestione se per la maggior parte del rischio connesso alla propria attività imprenditoriale, legata ai reati igienico-sanitari, non è prevista tale esimente.

Il progetto di riforma elaborato da ultimo AC 2427, punta a superare questo *vulnus* di tutela e, all'art. 5, in chiave di adeguamento contenutistico e sanzionatorio[25] rispetto all'intera opera di riorganizzazione e revisione del codice penale e della L. n. 283/1962, incide, oltre che sulla parte generale del modello di organizzazione attraverso la previsione di un modello cucito in modo sartoriale per la realtà dell'impresa alimentare cui conseguirebbe l'inserimento nel D.Lgs. n. 231/2001 del venturo art. 6-*bis*, di cui si discuterà *infra*, anche sulla c.d. parte speciale[26] prevedendo quali nuovi reati presupposto l'art. 25-*bis*.2 *Frode in commercio di prodotti alimentari* (artt. 517-*quater*, 517-*quater*.1, 517-*sexies*, 517-*septies* c.p.) e l'art. 25-*bis*.3 *Delitti contro la salute pubblica* (artt. 439, 440, 440-*bis*, 440-*ter*, 440-*quater*, 445-*bis*, 452, art. 5, commi 1 e 2 L. n. 283/1962). In funzione di coordinamento il DdL prevede anche la riformulazione del vigente art. 25-*bis*.1 e *alle parole "515,516,517,517-ter e 517-quater" sono sostituite le seguenti "e 515"*[27].

Così operando il Ddl, le imprese italiane del settore alimentare – se, ovviamente verrà approvata la riforma ed il progettato ampliamento dei reati agro-alimentari fonte di responsabilità ai sensi del D.Lgs. n. 231/2001 – dovranno implementare efficaci modelli di prevenzione dei delitti contro la salute pubblica[28] al pari di quanto già accade in quelle spagnole.

2.1. *Segue* Spunti comparatistici: la *Ley Organica* e il D.Lgs. n. 231/2001, cautele esigibili e insufficiente tassatività dei requisiti di idoneità ed efficacia del modello di organizzazione e gestione.

Tra i paesi europei di tradizione continentale la Spagna, infatti, ha esteso la responsabilità dell'impresa anche ai reati agroalimentari commessi nell'interesse o a vantaggio dell'ente con la *Ley Organica* del 30 marzo 2015, n. 1 (art. 366 c.p.)[29]. In particolare, rientrano tra i reati presupposto i *Delitos contra la salud publica*, quali i delitti dolosi contro la sicurezza alimentare (artt. 363, 365 c.p.) e fin dal 2010, i *Delito de publicidad enganosa* (artt. 282, 288 c.p.). I punti di contatto con la normativa italiana in materia, peraltro, sono già numerosi al punto che si può riscontrare perfino una coincidenza totale tra l'art. 31-*bis*, comma 5 c.p. in cui si elencano i requisiti specifici dei modelli organizzativi introdotti in Spagna con la *Ley Organica* e l'art. 6 D.Lgs. n. 231/2001. Per ciò che qui rileva, in particolare, in entrambi i sistemi non è dato evincere dai presupposti generali delle leggi quali possano essere gli elementi essenziali del modello in grado di prevenire la commissione dei reati alimentari. Per ovviare a forme di *cosmetic compliance*[30] e nel rispetto del principio di legalità si rende pertanto necessario individuare quali possano essere i criteri di riferimento: criteri che *de iure condendo* parrebbe proporre il Ddl di riforma in oggetto laddove all'art. 5 prevede l'introduzione nell'impianto normativo del D.Lgs. n. 231/2001 dell'art. 6-*bis* volto a delineare il contenuto del modello di organizzazione e gestione che dovrebbe essere adottato dalle imprese del settore alimentare (salvo peraltro dover valutare il rapporto tra la futura norma ed il disposto di cui all'art. 6 vigente cui la stessa fa esplicito riferimento non sembrando, dunque, escludere che i principi ivi contenuti possano suffragare la costruzione del modello di organizzazione e gestione anche nell'impresa alimentare e, comunque, essere soddisfatti)[31]. Ma su questo punto torneremo, per una organica disamina dei limiti derivanti da quanto previsto ad oggi in entrambi i sistemi normativi ed avere riscontro dell'assenza in ambedue i casi di parametri utili alla gestione dei rischi alimentari compariamo quanto previsto dalla *Ley Organica* e dal D.Lgs. n. 231/2001.

Nel sistema italiano, come risaputo, gli elementi[32]

esimenti della responsabilità dell'ente si rinvengono nel disposto di cui agli artt. 6 e 7 D.lgs. n. 231/2001 e si tratta di parametri validi per qualsiasi figura di illecito sebbene il numero sempre crescente di reati presupposto aggiuntisi dalla entrata in vigore della normativa. Sul giudizio di adeguatezza ed idoneità del modello ai fini esimenti, fatte salve due sole certezze, ovvero la sua idoneità rispetto all'assetto organizzativo di prevenire reati della specie di quello verificatosi e la sua efficace attuazione in assenza della quale, come detto, lo stesso assumerebbe una funzione meramente cosmetica[33], per il resto si rimanda a quanto ampiamente osservato in dottrina e dalla giurisprudenza anche di merito[34].
Ai fini qui di interesse è da rilevare la quantomeno insufficiente tassatività dei suoi contenuti da cui la difficoltà di individuare le cautele esigibili nella situazione concreta con effetto esimente.
Il sistema spagnolo, la *Ley Organica*, come precisato, disciplina la responsabilità della persona giuridica (in questo caso penale a differenza che in Italia) all'art. 31-*bis* ed è il comma 5 di detta norma che elenca i requisiti tecnici che un modello di organizzazione e gestione deve possedere affinché sia considerato idoneo, adeguato ed efficace. Questa ultima parte, sicuramente, rappresenta il punto di massimo contatto tra la normativa spagnola e quella italiana[35].
Ebbene, ai sensi dell'art. 31-*bis* comma 5, i modelli di organizzazione e gestione dovranno:

- individuare le aeree in cui possono essere commessi i reati (valutazione, relativa mappatura e analisi dei rischi – c.d. *risk assestment*);
- predisporre protocolli e procedure specifici riguardanti il processo di formazione della volontà della persona giuridica, dell'adozione delle decisioni e della loro esecuzione (c.d. *risk management*);
- disporre di risorse finanziarie adeguate per impedire la commissione dei delitti che devono essere prevenuti;
- prevedere obblighi d'informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli;
- verificare periodicamente il modello e predisporre un suo eventuale aggiornamento/ revisione;
- creare un canale di segnalazione riservato (*whistleblowing*);
- prevedere un sistema disciplinare in caso di violazione delle regole riportate nel modello.

Considerando, come detto, l'impossibilità di determinare l'esatto contenuto dei modelli di organizzazione e gestione, dovuta alla specificità di ogni società, il legislatore spagnolo identifica solo le condizioni minime che i citati modelli di organizzazione e gestione dovranno avere. Ed anche la Circolare 1/2016 della Procura Generale spagnola emessa proprio al fine di meglio specificare quali debbano essere i requisiti minimi da soddisfare a che il modello abbia efficacia esimente, si limita a precisare che dovranno essere chiari, precisi, efficaci, adeguati, idonei e scritti[36].
È inoltre interessante constatare, sempre in termini comparatistici, che i requisiti richiesti affinché la società non sia condannata per i reati commessi dai soggetti apicali coincidono anche in questo caso con la normativa italiana e, in particolare, con quanto previsto dall'art. 6, comma 1, D.lgs. 231/2001. Non da ultimo si evidenzia come la possibilità concessa dal Legislatore spagnolo di attribuire i compiti propri dell'organo di controllo interno (in Italia organismo di vigilanza) a un organo già esistente all'interno della persona giuridica coincida, in un certo modo, con il disposto di cui all' art. 4-*bis* del D.Lgs. 231/2001 che permette, nelle società di capitali, al collegio sindacale, al consiglio di sorveglianza e al comitato per il controllo di svolgere le funzioni proprie dell'organismo di vigilanza. Continuando con l'analisi dell'art. 31-*bis*, al comma 3, si rileva, inoltre, che il legislatore spagnolo concede agli amministratori delle piccole e medie imprese la possibilità di assumere direttamente le funzioni di controllo e vigilanza, come previsto ai sensi dell'art. 6, comma 4, D.Lgs 231/2001. A sua volta il comma 4 dell'art. 31-*bis* è in linea con le disposizioni dell'art. 7 D.Lgs. 231/2001 e stabilisce che, se il delitto è stato commesso da un soggetto sottoposto al controllo dei soggetti "apicali" [art. 31-*bis*, comma 1, lett. *b*)], la società non sarà responsabile se prima della commissione del reato ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione e gestione adeguato per prevenire reati della stessa natura di quelli verificatosi o per ridurre significativamente il rischio della loro commissione.
Tutto ciò premesso, ne risulta che il minimo comun denominatore di cui si è detto e che rappresenta il nodo cruciale da sciogliere, consiste nella mancata individuazione di quei criteri utili (*rectius* necessari) a prevenire e gestire il rischio connesso alla commissione di reati alimentari.

3. Parametri di riferimento per la costruzione di un modello di organizzazione e gestione con efficacia esimente nel settore alimentare: il disposto di cui all'art. 5 Ddl AC 2427 Nuove norme in materia di reati agro-alimentari e la previsione di un modello ad hoc per l'impresa alimentare (art. 6-bis D.Lgs. n. 231/2001).

La gestione del rischio non è certamente tema estraneo al mondo *food* ed anzi è il filo conduttore che ha caratterizzato la filosofia posta alla base dapprima del Libro Verde[37] e di poi del Libro Bianco[38] fino all'entrata in vigore del Reg. (CE) n. 178/2002 che realizza e codifica quel concetto "dai campi alla tavola" che aveva trovato la sua prima enunciazione proprio nel Libro Bianco. La formula racchiude lo spirito della legislazione in materia, ossia l'impegno verso un approccio integrato che copra l'intera filiera alimentare per garantire la sicurezza degli alimenti ed il buon andamento del mercato attraverso il ricorso a procedure, protocolli e controlli *ex ante*. Di rilievo ai fini dell'organizzazione aziendale in termini di prevenzione del rischio sono altresì i sistemi di gestione e le certificazioni, si è infatti assistito nell'arco degli anni ad un nuovo approccio normativo che tende a superare l'originaria rigida separazione tra norme giuridiche e tecniche. Ne è conseguito, in via esemplificativa, che la certificazione ISO 9001 è frequentemente richiesta come requisito giuridico dalla normativa nazionale o regionale o dalla nuova normativa comunitaria in materia di *privacy*, così come la legislazione anticorruzione richiama i dettami delle norme ISO (ad esempio, analisi dei rischi, procedure, *audit*) ed ancora, in alcuni settori professionali, vengono imposti i criteri delle norme UNI. Nell'ambito più specifico del settore alimentare, la rilevanza delle certificazioni emerge, ad esempio, nel recente regolamento (UE) n. 625/2017, relativo ai controlli ufficiali. Si tratta di un passaggio di rilevante importanza che ufficializza il rispetto delle norme volontarie da parte degli operatori quale elemento per dimostrare, in sede di controllo ufficiale, la conformità al Reg. (UE) n. 625/2017. Non minor rilievo assume, peraltro, anche la *soft law* internazionale, basti pensare al *Codex alimentarius*. Ciò premesso, si registra una tendenza in questo senso anche nel progetto di riforma dei reati agroalimentari qui in esame laddove elenca, ad esempio, una serie di protocolli preventivi di sistema (spesso facenti parte dei principali schemi di certificazione) che l'impresa dovrebbe mettere in atto per impostare un modello di organizzazione gestione e controllo che abbia efficacia esimente (art. 5 Ddl AC 2427).

Di seguito, pertanto, si analizzano i requisiti di cui al già nominato futuro art. 6-*bis* (introdotto all'art. 5 del Ddl AC 2427) volto a disciplinare un "peculiare" modello organizzativo per il settore alimentare considerando se in effetti vi siano strumenti della standardizzazione privata e della *soft law* internazionale che, unitamente all'apporto della normativa anche sovranazionale, possano soccorrere ai fini di soddisfare i requisiti richiesti dalla ventura norma così superando i limiti delle attuali previsioni in materia.

3.1. Introduzione all'analisi del venturo disposto di cui all'art. 6-*bis* D.Lgs. n. 231/2001.

Bene rammentare in via preliminare che, nell'opera complessiva di riorganizzazione del codice penale e della legislazione speciale di settore[39], l'intervento di maggior rilievo è rappresentato proprio dalla previsione di introdurre una nuova disposizione speciale - art. 6-*bis* - rispetto al vigente art. 6 del D.Lgs. n. 231/2001.

Partendo dal presupposto che nel quadro attuale dai casi giudiziari più rilevanti risulta che tre sono le esigenze di maggior rilievo: estendere la responsabilità dell'ente ai reati alimentari di maggiore gravità; incentivare l'applicazione in concreto delle norme in materia da parte della polizia giudiziaria e delle Autorità; favorire l'adozione e l'efficace attuazione di più puntali modelli di organizzazione e gestione da parte delle imprese, anche quelle di dimensioni minori, è apparso utile[40] non limitarsi al semplice inserimento di una norma che estendesse la responsabilità amministrativa a determinati reati alimentari, bensì costruire un'apposita e specifica disciplina dei modelli di organizzazione e di gestione con espresso riguardo agli operatori alimentari, in prospettiva esimente o attenuante della responsabilità, traendo spunto dalle modalità di applicazione della normativa in materia di sicurezza del lavoro.

In questa prospettiva la strada intrapresa sembra essere degna di plauso essendosi autorevolmente osservato[41] che i sopra illustrati limiti circa la indeterminatezza delle scelte organizzative ai fini esimenti del modello potrebbero essere superati in alcuni settori, tra i quali anche quello alimentare individuando, nel bacino di regole normativizzate, le *best practis* del settore. E' il caso, in via esemplificativa, di quanto già avviene in ambito bancario e creditizio, rispetto ai rischi di riciclaggio, ovvero proprio in quello della sicurezza sul lavoro laddove l'art. 30 del D.Lgs. n. 81/2008 definisce uno schema di modello organizzativo *ad hoc*.

Ma cosa dispone il venturo art. 6-*bis*?

3.1.1. L'art. 6-*bis*, comma 1: Profili soggettivi.
Innanzitutto, sotto il profilo soggettivo, il comma 1 del suddetto articolo 6-*bis* prevede l'adozione di un modello di organizzazione e gestione aziendale per tutti gli enti che operano nei settori di attività di cui all'art. 3 del Reg (CE) n. 178/2002, ovvero che svolgono una tra le attività connesse alle fasi di produzione, trasformazione e distribuzione degli alimenti.
In particolare l'art. 3, n. 2 Reg (CE) n. 178/2002 dispone che, per "impresa alimentare" si intende ogni soggetto pubblico o privato, con o senza fini di lucro, che svolge una qualsiasi delle attività connesse ad una delle fasi di produzione, trasformazione e distribuzione degli alimenti; e l'art. 3, n. 3) definisce "operatore del settore alimentare", la persona fisica o giuridica responsabile di garantire il rispetto delle disposizioni della legislazione alimentare nell'impresa.[42]
La norma indica, quindi, come debba essere attuata l'implementazione del sistema aziendale.
Schematicamente, l'art. 6-*bis* D.Lgs. n. 231/2001 prevede che il modello di organizzazione deve essere attuato assicurando l'applicazione di un sistema aziendale per l'adempimento di tutti gli obblighi giuridici, previsti a livello nazionale e sovranazionale, relativi:
a) al rispetto dei requisiti pertinenti alla fornitura di informazioni sugli alimenti;
b) alle attività di verifica sui contenuti delle comunicazioni pubblicitarie al fine di garantire la coerenza degli stessi rispetto alle caratteristiche del prodotto;
c) alle attività di vigilanza con riferimento alla rintracciabilità, ovvero alla possibilità di ricostruire e seguire il percorso di un prodotto alimentare attraverso tutte le fasi della produzione, della trasformazione e della distribuzione;
d) alle attività di controllo sui prodotti alimentari, finalizzati a garantire la qualità, la sicurezza e l'integrità dei prodotti e delle relative confezioni in tutte le fasi della filiera;
e) alle procedure di ritiro o di richiamo dei prodotti alimentari importati, prodotti, trasformati, lavorati o distribuiti non conformi ai requisiti di sicurezza degli alimenti;
f) alle attività di valutazione e di gestione del rischio, compiendo adeguate scelte di prevenzione e di controllo;
g) periodiche verifiche sull'effettività e sull'adeguatezza del modello.
Vediamoli nel dettaglio.

3.1.2. Art. 6-*bis*, comma 1 letta a): obblighi informativi, norme cogenti e strumenti di *soft law* internazionale.
Al comma 1 lett. a) il venturo art. 6-*bis* onera gli operatori alimentari dell'adozione di strumenti di *compliance* aziendale che siano in grado di assicurare la correttezza degli obblighi informativi.
Fonte principale di riferimento a livello comunitario è il Reg. (UE) n. 1169/2011[43] (c.d. RFI), specificamente dedicato alla disciplina delle informazioni sugli alimenti. Ai sensi dell'art. 2.2) a) rientrano nel concetto di informazioni: tutte quelle *"concernenti un alimento e messe a disposizione del consumatore finale mediante un'etichetta, altri materiali di accompagnamento o qualunque altro mezzo, compresi gli strumenti della tecnologia moderna o la comunicazione verbale*", in sostanza tutta la comunicazione commerciale. Sul piano nazionale la sua inosservanza è disciplinata dal D.Lgs. n. 231/2017 che, oltre a prevedere le sanzioni amministrative in caso di violazione dei dettami del Regolamento medesimo[44], introduce, altresì disposizioni circa la disciplina delle informazioni sugli alimenti non pre-imballati oltre ad altre discipline di settore ove non compatibili con il diritto europeo[45].
Il principio da rispettare e posto alla base delle informazioni sui prodotti alimentari è quello di lealtà (art. 7) inteso nella sua accezione di non ingannevolezza, precisione, chiarezza e leggibilità nonché nel divieto di riferimenti a proprietà di prevenzione, trattamento, guarigione di una malattia, salvo le deroghe previste dall'art. 7.3..
Con precipuo riferimento ai requisiti relativi alla fornitura di informazioni sugli alimenti[46], di cui al comma 1 lett. a) dell'art. 6-*bis* in esame, rileva quanto disposto in tema di etichettatura[47] degli alimenti.
A tal proposito l'art. 9 Reg. (UE) n. 1169/2011 dispone che in etichetta devono essere riportate una serie di informazioni obbligatorie, e più precisamente:
1. la denominazione dell'alimento;
2. l'elenco degli ingredienti;
3. l'elenco degli allergeni;
4. la quantità di taluni ingredienti o categorie di ingredienti;
5. la quantità netta dell'alimento;
6. la durabilità del prodotto, da distinguere in data di scadenza e termine minimo di conservazione (TMC);
7. le condizioni particolari di conservazione e di impiego;
8. il nome o la ragione sociale dell'operatore del settore alimentare (OSA), con l'indicazione della sede e dell'indirizzo dello stabilimento di produzione o di confezionamento;
9. il Paese di origine e il luogo di provenienza ove previsto dall'art. 26[48];

10. le istruzioni per l'uso, qualora la loro omissione renderebbe difficile un uso adeguato dell'alimento;
11. per le bevande che contengono più di 1,2% di alcol in volume, il titolo alcolometrico volumico effettivo;
12. la dichiarazione nutrizionale, con l'indicazione del valore energetico per 100 mg/100 ml di prodotto o per singola porzione.

Per effetto del divieto menzionato di cui all'art. 7.3. cui si rimanda è previsto che sulle confezioni dei prodotti possano essere volontariamente apposti anche i cd *claims* salutistici e nutrizionali ovvero le indicazioni, i messaggi o le rappresentazioni anche grafiche o figurative presenti sulle confezioni degli alimenti che non sono obbligatorie, è cioè facoltativo riportarle sui prodotti, e che ne suggeriscono caratteristiche peculiari in termini appunto salutistici o nutrizionali, disciplinate a livello comunitario dal Reg. n. 1924/2006[49]. Spostando l'attenzione alla *soft law* internazionale il documento più importante in materia è il *Codex Alimentarius*[50] istituito nel 1962 dall'OMS (Organizzazione mondiale della sanità) e dalla FAO (Organizzazione per l'alimentazione e l'agricoltura). Trattasi di un insieme di linee guida e codici di buone pratiche, standardizzate a livello internazionale, che contribuisce al miglioramento della sicurezza, qualità e correttezza del commercio mondiale di alimenti. Gli *standard* del *Codex* si basano su dati e considerazioni oggettive, confortati dalle migliori acquisizioni scientifiche disponibili, provenienti da organismi di ricerca indipendenti sulla valutazione dei rischi oppure su consultazioni internazionali "ad hoc" organizzate dalla FAO e dall'OMS. Pur non essendo legalmente vincolanti, gli *standard* qualitativi adottati hanno notevole peso e sono ampiamente riconosciuti in quanto basati su una solida documentazione scientifica. Ove opportuno, l'Organizzazione Mondiale per il Commercio fa riferimento agli *standard* del *Codex* nella soluzione di controversie commerciali che interessano generi o prodotti alimentari. Tali *standard* sono quasi sempre un punto di partenza per le leggi e le norme nazionali e regionali.

Ebbene, per quanto qui interessa, all'interno del *Codex*[51] è dedicata una sezione nella parte iniziale in cui vengono delineati gli *standard* generali in materia di etichettatura dei prodotti alimentari pre-confezionati. Nello specifico nel documento si legge: "*i prodotti devono portare informazioni appropriate per garantire che: siano disponibili informazioni adeguate e comprensibili affinché il primo utilizzatore, nella fase successiva della filiera alimentare, sia messo in grado di maneggiare, conservare, trasformare, preparare ed esporre il prodotto in modo sicuro e corretto; il lotto o la partita possano essere facilmente identificati e richiamati se necessario*"; si aggiunge poi che *"dovrebbe essere stilata una completa descrizione del prodotto, comprese le informazioni pertinenti la sicurezza quali la composizione, la struttura fisico/chimica (..), trattamenti microbiotici/microbiostatici (trattamenti termici, congelamento, salamoia, affumicatura, ecc.), il confezionamento, la durata e le condizioni di conservazione ed il metodo di distribuzione"*. Così ribadendo in parte quanto previsto anche all'art. 9 Reg. (UE) n. 1169/2011, laddove precisa che per gli alimenti pre-imballati le informazioni obbligatorie devono essere facilmente accessibili sulle etichette e, più in particolare, devono essere apposte in "*un punto evidente in modo da essere facilmente visibili, chiaramente leggibili ed eventualmente indelebili";* nonché all'art. 8, parr. 8-9, che disciplina le responsabilità degli operatori nelle transazioni cd *business-to-business* in quanto il Regolamento si applica a tutti gli OPS del settore in tutte le fasi della catena alimentare nel momento in cui forniscono informazioni sugli alimenti.

3.1.3. Art. 6-*bis*, comma 1 lett. b) Comunicazione pubblicitaria: normativa nazionale e sovranazionale.

Ulteriore obbligo cui la norma richiede di adempiere ai fini della redazione del modello di organizzazione e gestione affinchè abbia efficacia esimente è la comunicazione pubblicitaria. Innanzitutto si richiama quanto già osservato in riferimento al disposto di cui all'art. 7 Reg. (UE) n. 1169/2011 che disciplina le pratiche leali di informazione unitamente al quale rileva il disposto di cui agli artt. 6 ed 8 infatti le tre norme sono contenute nel Capo III del RFI rubricato, appunto, "*Requisiti generali relativi all'informazione sui prodotti alimentari e responsabilità degli operatori del settore alimentare*". Inoltre, requisiti specifici sono regolati dagli artt. da 9 a 35 RFI e riguardano le indicazioni obbligatorie e le relative modalità di fornitura. Fonti rilevanti in materia sono, altresì, il D.Lgs. n. 145/2007, ovvero le norme sulla pubblicità ingannevole e comparativa[52] che, unitamente a quelle sulla concorrenza sleale (artt. 2598[53] cc e ss.), regolano i rapporti *business-to-business*; rispetto alla comunicazione rivolta al consumatore, invece, rileva la disciplina delle pratiche commerciali scorrette[54] contenuta nel Codice del Consumo.

Non da ultimo si ricorda il Codice di Autodisciplina della Comunicazione pubblicitaria che ha "*lo scopo di assicurare che la comunicazione commerciale, nello svolgimento del suo ruolo particolarmente utile nel processo economico, venga realizzata come servizio per il pubblico, con speciale riguardo alla*

sua influenza sul consumatore (….) e definisce le attività in contrasto con le finalità suddette, ancorché conformi alle vigenti disposizioni legislative; l'insieme delle sue regole, esprimendo il costume cui deve uniformarsi l'attività di comunicazione, costituisce la base normativa per l'autodisciplina della comunicazione commerciale".
Non si tratta di norme vincolanti se non per chi vi aderisce (consulenti di pubblicità e di *marketing*, gestori di veicoli pubblicitari di ogni tipo) e per tutti coloro che lo abbiano accettato direttamente o tramite la propria associazione, ovvero mediante la sottoscrizione di un contratto, finalizzato all'effettuazione di una comunicazione commerciale[55]. La materia è ampia e assumerà rilievo ai fini dell'interpretazione e conseguente applicazione delle venture fattispecie penalmente rilevanti che, peraltro, rientrerebbero anche tra i reati presupposto ai fini della responsabilità dell'ente[56].

3.1.4. Art. 6-*bis*, comma 1 lett. c): tracciabilità e rintracciabilità di prodotto e di filiera, norme cogenti, strumenti di *soft law* internazionale e standardizzazione privata.

Il comma 1 lett c) dell'art. 6-*bis* dispone che le imprese prevedano attività di vigilanza con riferimento alla rintracciabilità richiamando uno dei principi fondanti la politica dell'UE "dai campi alla tavola" e, nello specifico, uno dei cardini del Reg. (CE) n. 178/2002.
Prima di analizzare le norme di riferimento, chiariamo, in via esemplificativa, cosa si intenda per tracciabilità e rintracciabilità: è la capacità di tenere traccia di ogni alimento o mangime o sostanza che venga utilizzata per il consumo, e di tutti i processi che essi hanno subito, attraverso tutti gli stadi della filiera. La tracciabilità, quindi, "*è un processo di gestione, archiviazione e comunicazione dati attestante tutti i passaggi di un prodotto; ad ogni passaggio corrisponde parallelamente un flusso di informazioni registrate e conservate che consentono:*

- *• la ricostruzione della storia di un prodotto attraverso flussi di informazioni documentate dagli operatori di filiera su origine, trasformazione e distribuzione del prodotto;*
- *• la rintracciabilità del prodotto e l'identificazione di ogni azienda attraverso la ricostruzione all'indietro dell'intero percorso fatto da un prodotto e di tutti gli operatori coinvolti*"[57].

Se ne inferisce il motivo per il quale oggi rappresenti un potente strumento per la costruzione di un rapporto di fiducia tra il produttore/prodotto e il consumatore. L'Italia, in particolare, è tra i Paesi dove per primi si è compresa l'importanza di tracciare e rintracciare tutte le fasi di un prodotto agroalimentare. I Consorzi di Tutela, i produttori di alimenti DOP e IGP ne sono perfettamente consci: per i Consorzi, infatti, è la *conditio sine qua non* per dimostrare la conformità dei prodotti ai disciplinari di riferimento. Del pari, il biologico visto con l'occhio di un produttore (e di un legale) è anche una certificazione di processo, che quell'alimento sia stato allevato o coltivato secondo uno *standard*, un disciplinare di produzione preciso che si inserisce nelle previsioni normative di settore di cui al Reg. (UE) n. 834/2007 (che, peraltro, troverà applicazione ancora solo quest'anno perché dal 1 gennaio 2021 entrerà in vigore il Reg. (UE) n. 848/2018 destinato ad abrogarlo). L'obbligo di tracciabilità alimentare, quindi, consente di avvalorare operazioni di *marketing* che puntano su specifiche caratteristiche di prodotto ed è uno strumento che serve anche ad accrescere la competitività e migliorare i processi produttivi delle aziende. Infatti, consente di rispondere alle sempre maggiori richieste da parte dei consumatori di trasparenza e di sicurezza, individuando le responsabilità lungo la filiera produttiva. Nel settore *food*, come detto, la necessità di conoscere l'origine di ciò che si mangia è diventata una materia prioritaria, pertanto, l'unica direzione in cui le aziende possono-devono muoversi è verso l'innovazione metodologica, tecnologica e culturale. Il fine ultimo deve essere il miglioramento dell'efficienza interna e della comunicazione esterna con gli altri attori della filiera e gli utenti finali, proprio in un'ottica di trasparenza ed autenticità.
È il Reg. (CE) n. 178/2002 a stabilire la cosiddetta "procedura di rintracciabilità", lo si evince dal combinato disposto degli artt. 3, n. 15, 18 ed 8, in base ai quali:

- art. 3:
- n. 15) "*Rintracciabilità.*

La possibilità di ricostruire e seguire il percorso di un alimento, di un mangime, di un animale destinato alla produzione alimentare o di una sostanza destinata o atta ad entrare a far parte di un alimento o di un mangime attraverso tutte le fasi della produzione, della trasformazione e della distribuzione;

- art. 18 "*Rintracciabilità.*

1. È disposta in tutte le fasi della produzione, della trasformazione e della distribuzione la rintracciabilità degli alimenti, dei mangimi, degli animali destinati alla produzione alimentare e di qualsiasi altra sostanza destinata o atta a entrare a far parte di un alimento o di un mangime.
2. Gli operatori del settore alimentare e dei mangimi devono essere in grado di individuare chi abbia fornito loro un alimento, un mangime, un animale

destinato alla produzione alimentare o qualsiasi sostanza destinata o atta a entrare a far parte di un alimento o di un mangime.
A tal fine detti operatori devono disporre di sistemi e di procedure che consentano di mettere a disposizione delle autorità competenti, che le richiedano, le informazioni al riguardo.
3. Gli operatori del settore alimentare e dei mangimi devono disporre di sistemi e procedure per individuare le imprese alle quali hanno fornito i propri prodotti. Le informazioni al riguardo sono messe a disposizione delle autorità competenti che le richiedano.
4. Gli alimenti o i mangimi che sono immessi sul mercato della Comunità o che probabilmente lo saranno devono essere adeguatamente etichettati o identificati per agevolarne la rintracciabilità, mediante documentazione o informazioni pertinenti secondo i requisiti previsti in materia da disposizioni più specifiche (...)
A sua volta, l'articolo 8, paragrafo 1 Reg (CE) n. 178/2002, rubricato «*Tutela degli interessi dei consumatori*», prevede quanto segue: "*La legislazione alimentare si prefigge di tutelare gli interessi dei consumatori e di costituire una base per consentire ai consumatori di compiere scelte consapevoli in relazione agli alimenti che consumano. Essa mira a prevenire le seguenti pratiche: le pratiche fraudolente o ingannevoli; l'adulterazione degli alimenti; ogni altro tipo di pratica in grado di indurre in errore il consumatore*".
Pertanto, la tracciabilità è quello strumento che, da un lato, consente ai consumatori di effettuare scelte consapevoli attraverso "*la possibilità di ricostruire e seguire il percorso di un alimento, di un mangime, di un animale destinato alla produzione alimentare o di una sostanza destinata o atta ad entrare a far parte di un alimento o di un mangime attraverso tutte le fasi della produzione, della trasformazione e della distribuzione*" (Reg. (CE) 178/2002) e, dall'altro, comporta un *quid pluris* per l'azienda portando benefici in termini di aumento delle garanzie, di riduzione dei costi, di maggior controllo, di comunicazione e *marketing*, di possibilità di creare valore aggiunto e di supporto ad altri processi aziendali.
Ma non solo. Strettamente correlato ed associato al tema della tracciabilità è quello della sicurezza alimentare, infatti, tra gli obiettivi principali della politica di sicurezza alimentare della Commissione europea troviamo la volontà di assicurare la sanità dei prodotti del mercato *food*: la *Food Law Regulation* (Reg. (CE) n. 178/2002), fin dai considerando iniziali afferma che: "*per garantire la sicurezza degli alimenti occorre considerare tutti gli aspetti della catena di produzione alimentare come un unico processo a partire dalla produzione primaria inclusa* (...)" considerando n. 12). Inoltre il Reg. (CE) 178/2002 all'art. 17, comma 1 dispone, che "*Spetta agli operatori del settore alimentare e dei mangimi garantire che nelle imprese da essi controllate gli alimenti o mangimi soddisfino le disposizioni della legislazione alimentare inerenti alle loro attività in tutte le fasi della produzione, della trasformazione e della distribuzione e verificare che tali disposizioni siano soddisfatte*". Viene, cioè, esplicitato il principio della responsabilità primaria e condivisa di tutti gli operatori che partecipano alla filiera degli alimenti e dei mangimi, rispetto alla sicurezza di ogni prodotto e sostanza da ciascuno trattata. «*Un principio generale dell'odierno diritto alimentare europeo: la garanzia della sicurezza è necessaria sin dal principio della produzione, animale e vegetale (sementi, produzione primaria), e deve venire mantenuta con continuità lungo l'intera filiera, quale testimone che accompagna ogni sostanza e prodotto destinato all'alimentazione umana e animale. Il testimone-sicurezza viene inderogabilmente trasferito da un operatore all'altro, anche nelle fasi intermedie (es. deposito, trasporto), sino al raggiungimento del consumatore finale. Già il Libro bianco anticipava che la realizzazione di analisi del rischio e di principi di controllo nonché il rispetto di regole igieniche, da applicarsi a tutti i livelli della catena degli alimenti, devono garantire questa sicurezza precisando che il termine "catena alimentare" riguarda l'intera catena degli alimenti e dei mangimi. La responsabilità è quindi condivisa, ma non indistinta: nell'ipotesi in cui si riscontri una non-conformità ai parametri di sicurezza, se ne dovrà ricercare la causa nell'anello della catena alimentare che non abbia correttamente adempiuto ai propri impegni*"[58]. Per poter affermare che un alimento è sicuro e non abbia, ad esempio, subito delle contaminazioni nei cicli di conferimento della materia prima o della trasformazione o della produzione, sarà quindi necessario risalire al momento in cui le stesse siano avvenute e ciò sarà possibile proprio in quanto l'OSA deve individuare (e tenere traccia documentale) da chi abbia ottenuto un alimento o altra sostanza impiegata nella produzione di un alimento e a quali imprese lo abbia fornito.
Tema, a sua volta, indissolubile rispetto alla sicurezza alimentare ed alla tracciabilità è quindi proprio quello delle frodi alimentari che minaccia la salute del consumatore-utente ma, altresì, il commercio e la reputazione delle eccellenze enogastronomiche con particolare riferimento ai prodotti contrassegnati dalle denominazioni di origine (cfr. Dop, Igp..): secondo i dati raccolti dall'ICQRF (Ispettorato Centrale della tutela della

Qualità e della Repressione Frodi), sono migliaia e migliaia le tonnellate di prodotti sequestrati ogni anno[59].

Garantire la sicurezza alimentare comporterà, quindi, la possibilità di far fronte anche alle frodi alimentari, commerciali e sanitarie, ma per garantire la sicurezza alimentare si è visto che a monte è richiesta trasparenza e tracciabilità di tutta la filiera: soddisfatti i requisiti di tracciabilità si porrà un presidio efficace per la lotta alle frodi. Tale obbligo, proprio in considerazione del rilievo che assume, era inizialmente previsto solo per i prodotti considerati maggiormente a rischio mentre, il c.d. pacchetto igiene lo ha esteso a tutti i prodotti indistintamente. Strettamente connesso con quest'obbligo del resto è la possibilità di instaurare la procedura di ritiro o di richiamo degli alimenti a rischio, nonché il sistema di allerta rapido (RASFF) ed ancora misure urgenti di cui si discuterà *infra* analizzando il requisito richiesto dal venturo art. 6-*bis*, comma 1 lett. e).

Bene ricordare, inoltre che in Italia il principio di rintracciabilità di cui all'art. 18 Reg. (CE) n. 178/2002 è interpretato estensivamente fino a ricomprendere la c.d. rintracciabilità interna e addirittura la autoproduzione. *Le Linee Guida ai fini della rintracciabilità degli alimenti e dei mangimi per fini di sanità pubblica* [60] pur riconoscendo che nel Regolamento la tracciabilità concerne solo i momenti a monte e a valle della *supply chain*, affermano però all'art. 5 che *: "ai fini di una migliore gestione della rintracciabilità, è opportuno che le imprese (iii) adottino sistemi che consentano di mantenere definita la provenienza e il destino di ciascuna di esse, o dei lotti".* Linee guida che, tra l'altro fin dalla premessa precisano*: "Le disposizioni concernenti l'obbligo della rintracciabilità costituiscono a tutti gli effetti, per il settore alimentare e mangimistico, un'integrazione delle procedure aziendali di gestione del rischio sanitario, unitamente all'insieme delle procedure che devono essere messe in atto, al fine di permettere il ritiro del prodotto, nel caso in cui si sia evidenziato un rischio. Per altro verso garantiscono alle autorità di controllo una solida base di informazioni per il rintraccio dei prodotti e l'individuazione delle responsabilità".*

La violazione dell'obbligo di tracciabilità fin qui esaminato è sanzionato ai sensi della L. n. 190/2006, all'art.2; si tratta di un illecito amministrativo al quale può conseguire un sequestro. Peraltro, qualora entrasse in vigore la riforma la norma verrebbe modificata, infatti, a testimonianza del rilievo che assume la tracciabilità degli alimenti e la sicurezza alimentare a tutela del consumatore e nella lotta contro le frodi, il DdL di riforma prevede quale nuova sanzione una contravvenzione. In particolare, viene osservato che "*poiché si tratta di una "violazione-spia, spesso sintomatica di frodi più gravi operate sull'origine degli alimenti mediante falsificazione della filiera, si propone di trasformare in reato e, segnatamente, in contravvenzione la condotta impeditiva realizzata dagli operatori del settore alimentare nei confronti degli organi di controllo chiamati a ricostruire il sistema di rintracciabilità obbligatorio. In tal modo, facendo salva la sussistenza di più gravi reati, si rafforza la risposta sanzionatoria in senso special-preventivo, coniando un'ipotesi di reato ostativo in funzione dei compiti di vigilanza e di repressione delle autorità di controllo, senza tuttavia intervenire penalmente, quindi, su violazioni meramente formali"*[61]. Del resto, anche la condotta "diligente" richiesta all'OPS muta e, in particolare, a fronte dell'attuale testo normativo in base al quale lo stesso è chiamato a rispondere ai sensi dell'art. 2 D.Lgs. n.190/2006 allorchè non adempia agli obblighi imposti ai sensi dell'art. 18 Reg. (CE) n. 178/2002, il Ddl, all'art. 8, prevede in modo più incisivo che: "*fatto salvo che il fatto non costituisca più grave reato*" "*gli operatori del settore alimentare e dei mangimi rispondono allorchè impediscono, ostacolano o comunque non consentono agli organi di controllo la ricostruzione della rintracciabilità di cui all'articolo 18 del Reg. n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2002 e sono puniti con l'ammenda da 600 a 6.000 euro*".

Ai fini di soddisfare i requisiti di tracciabilità vengono in rilievo anche due strumenti di *soft law* ovvero la norma UNI EN ISO 22005:2008 e la EN ISO 9001:2015.

La ISO 22005 integra il requisito normativo previsto dal Reg. (CE) 178/2002 e recepisce le norme italiane UNI 10939:01 relativa a "*Sistema di rintracciabilità nelle filiere agroalimentari*" e UNI 11020:02 relativa "*sistema di rintracciabilità nelle aziende agroalimentari*" e si applica a tutto il settore agroalimentare, comprese le produzioni mangimistiche. Tale norma è lo *standard* volontario internazionale che garantisce il governo della rintracciabilità degli alimenti sia all'interno di un'azienda che lungo tutta la filiera di riferimento, e introduce alcuni requisiti di natura tecnico-organizzativa per implementare la gestione del sistema che, nelle aziende e nelle filiere agroalimentari, come visto, costituisce uno strumento indispensabile per rispondere agli obblighi cogenti, valorizzare particolari caratteristiche di prodotto, quali l'origine/territorialità e le qualità peculiari degli ingredienti nonché soddisfare le aspettative

del cliente (inteso sia come GDO, sia come consumatore finale). Il sistema, inoltre, qualora si manifesti una non conformità di tipo igienico-sanitario, consente da un lato di risalire fino al punto della filiera in cui si è originato il problema, dall'altro di procedere, se necessario, con il ritiro "mirato" del prodotto. Riassuntivamente, i vantaggi che ne possono derivare sono molteplici, in via esemplificativa: supportare il sistema che l'azienda ha implementato per garantire il rispetto dei requisiti igienico sanitari e di qualità del prodotto; rispondere definire la storia e l'origine del prodotto; facilitare eventuali ritiri o richiami dei prodotti commercializzati; identificare le responsabilità di ciascun operatore della filiera o facilitare il controllo di specifiche informazioni che riguardano il prodotto agroalimentari e così via. Se ne inferisce che per la sua progettazione devono essere definiti i seguenti aspetti: obiettivi del sistema di rintracciabilità; normativa e documenti applicabili al sistema di rintracciabilità; prodotti e ingredienti oggetto di rintracciabilità; posizione di ciascuna organizzazione nella catena alimentare; identificazione dei fornitori e dei clienti; flussi di materiali; informazioni che devono essere gestite; procedure; documentazione e modalità di gestione della filiera. Ulteriore strumento volontario è rinvenibile nella norma UNI EN ISO 9001:2015 (che ha sostituito la 2008) (*Sistemi di gestione per la qualità – requisiti*) che rappresenta lo *standard* più riconosciuto al mondo per lo sviluppo di modelli di efficienza, consentendo alle Organizzazioni di qualsiasi natura, dimensione e tipo di dotarsi di un modello di *management* efficiente (il SGQ) e di conseguire la "certificazione di qualità".

3.1.5. Art. 6-*bis*, comma 1 lett. d): attività di controllo su qualità, sicurezza e integrità, HACCP, norme cogenti, strumenti di *soft law* internazionale e standardizzazione privata.

La norma richiede che vengano svolte attività di controllo sui prodotti alimentari volte a garantirne la qualità, la sicurezza e l'integrità e quella delle loro confezioni in tutte le fasi della filiera.

La prima codifica della normativa in Europa in materia di igiene della produzione e della commercializzazione degli alimenti risale al 1993 con la Direttiva 43/93/CEE (recepita in Italia con il D.Lgs 26 maggio 1997 n. 155 ora abrogato) ed è stata sostituita dal 1° gennaio 2006 allorchè sono entrati in applicazione i Regolamenti attuativi previsti dal Reg. (CE) n. 178/2002 (principi e requisiti generali della legislazione alimentare), in particolare il Reg. (UE) n. 852/2004 " *che stabilisce norme generali in materia di igiene dei prodotti alimentari*" facente parte del c.d. "Pacchetto Igiene" unitamente al Reg. (UE) n. 853/2004 "*che stabilisce norme specifiche in materia di igiene per gli alimenti di origine animale"* ed al Reg. (UE) n. 625/2017 relativo ai "*controlli ufficiali"*[62]

Il Reg. (UE) n. 852/2004, che costituisce tra gli altri indicati quello di portata generale poiché concerne orizzontalmente il tema dell'igiene dei prodotti alimentari ed al quale, quindi, si farà ivi riferimento, interessa la produzione post-primaria (art. 5.3.) anche se autorevole dottrina[63] lo considera applicabile obbligatoriamente a tutte le attività della filiera di produzione alimentare, di origine animale o vegetale, compresa la produzione primaria, laddove per produzione primaria si intendono allevamento e coltivazione delle materie prime, compresi il raccolto, la mungitura e la produzione zootecnica precedente la macellazione. Sono incluse anche la caccia, la pesca e la raccolta di prodotti selvatici (funghi, bacche, lumache ecc.).

Il Decreto che recepisce tale Direttiva per il riordino della disciplina nazionale relativa ai controlli in materia di sicurezza alimentare è il D.Lgs n. 193 del 6 novembre 2007, entrato in vigore il 24 novembre 2007.[64].

Ciò premesso prima di analizzare più nel dettaglio quanto previsto dal Reg. (UE) n. 852/2004, si impone una premessa. Autocontrollo e sistema HACCP non sono sinonimi. Il concetto di autocontrollo ha una valenza più ampia che discende dalla responsabilizzazione dell'Operatore del settore alimentare (OSA) in materia di igiene e sicurezza degli alimenti e corrisponde all'obbligo di tenuta sotto controllo delle proprie produzioni. L'autocontrollo è obbligatorio per tutti gli operatori che a qualunque livello siano coinvolti nella filiera della produzione alimentare[65]. L'HACCP (*Hazard analysis and critical control points*) è invece un sistema che consente di applicare l'autocontrollo in maniera razionale e organizzata ed è, quindi, uno strumento teso ad aiutare gli OSA a conseguire un livello più elevato di sicurezza alimentare.

Da evidenziare, inoltre, che, data l'ampia gamma di imprese alimentari prese in considerazione dal Reg. (UE) n. 852/2004 e la grande varietà di prodotti alimentari e di procedure di produzione applicate agli alimenti, sono state redatte dalla Commissione Europea delle Linee guida generali sullo sviluppo e sull'applicazione delle procedure basate sui principi del sistema HACCP come documento diretto ad aiutare tutti coloro che intervengono nella catena della produzione alimentare[66]. Tali linee-guida si ispirano ai principi enunciati nel *Codex Alimentarius* e forniscono indicazioni su un'applicazione semplificata delle prescrizioni in materia di HACCP in particolare nelle

piccole imprese alimentari. Nelle realtà di minor dimensione, infatti, l'applicazione del sistema HACCP può risultare complessa ma è necessario comunque che la corretta predisposizione e applicazione di procedure, se pure semplificate, consenta nell'ambito del processo produttivo, il controllo e la gestione dei pericoli. Del resto, l'applicazione dei principi del sistema dell'analisi dei pericoli e dei punti critici di controllo (HACCP) alla produzione primaria non è ancora praticabile su base generalizzata, ma si incoraggia l'uso di prassi corrette in materia d'igiene in questo settore. A questa prima comunicazione ne è seguita, nel 2016[67], una seconda con la quale la Commissione invitava, ai fini dell'ideazione di un sistema di gestione della sicurezza alimentare conforme al *Food Safety Management System* (FSMS) al rispetto non solo dei principi HACCP ma, altresì, dei PrP[68] (programmi di prerequisiti). I prerequisiti sono procedure intese a controllare le condizioni operative di uno stabilimento, al fine di ottenere condizioni generali ottimali per la produzione di alimenti sicuri. Le principali procedure riguardano: la pulizia e disinfezione (GHP); le buone prassi di fabbricazione (GMP), la manutenzione delle strutture e degli impianti; le corrette prassi agricole; il controllo degli animali infestanti; la gestione dei rifiuti; la formazione del personale, ecc. Dette procedure devono essere documentate poiché la dimostrazione di una loro efficace implementazione è essenziale per la realizzazione e l'attuazione di un adeguato piano HACCP. In particolare, la Commissione partendo dal presupposto che: l'art. 4 del Reg, (CE) n. 852/2004 sull'igiene di tutti i prodotti alimentari impone agli operatori del settore (OSA) di rispettare i requisiti generali in materia d'igiene di cui agli allegati I e II del regolamento; che tali requisiti sono integrati da principi specifici in materia di igiene per gli alimenti di origine animale, previsti dal Reg. (CE) n. 853/2004; in un contesto internazionale (ad esempio OMS, FAO, Codex e ISO) tali requisiti costituiscono i cosiddetti programmi di prerequisiti ("*prerequisite program*" - PrP); che l'art. 5 del Reg. (CE) n. 852/2004 impone agli OSA di predisporre, attuare e mantenere una procedura permanente basata sui principi del sistema dell'analisi dei pericoli e dei punti critici di controllo ("procedure basate sul sistema HACCP" o "sistema HACCP"); che i principi del sistema HACCP sono generalmente considerati e internazionalmente riconosciuti come uno strumento utile a consentire agli operatori del settore alimentare di controllare i pericoli inerenti agli alimenti[69]; che i due articoli summenzionati costituiscono la base giuridica del sistema europeo di gestione per la sicurezza alimentare ("*Food Safety Management System*" - FSMS) cui gli OSA sono tenuti a conformarsi, ha ritenuto opportuno ampliare il proprio documento di orientamento offrendo un approccio più integrato che abbraccia sia i PrP sia il sistema HACCP nel quadro di un FSMS[70]. Pertanto, prima di applicare le procedure basate sul sistema HACCP in una qualsiasi impresa l'operatore del settore alimentare dovrebbe aver attuato i PRP[71].

Ciò premesso, il principale riferimento nella legislazione europea ai fini di soddisfare quanto richiesto dal venturo art. 6-*bis*, comma 1 lett. c) risulta, dunque, essere il menzionato Reg. (UE) n. 852/2004[72] che fissa sia gli *standard* di igiene da soddisfare sia le procedure di controllo su tutte le fasi che interessano gli alimenti. L'igiene, del resto, costituisce la *condicio sine qua non* per garantire la scurezza alimentare, è la componente del processo di controllo del rischio ed infatti, viene definita all'art. 2.1 di detto Regolamento come l'insieme del "*le misure e le condizioni necessarie per controllare i pericoli e garantire l'idoneità al consumo umano di un prodotto alimentare, tenendo conto dell'uso previsto*". Per questo motivo l'adozione del sistema HACCP, che mira ad identificare ed analizzare i rischi possibili durante la produzione di un alimento, a definire i mezzi necessari per neutralizzarli e ad assicurare che questi mezzi siano messi in atto in modo efficiente ed efficace, è obbligatoria per tutti i produttori che devono effettuare un controllo continuo della propria attività e quindi assicurare il rispetto degli *standard* igienico-sanitari. Questa metodologia consiste in "*un approccio alla sicurezza alimentare di tipo preventivo, sistematico e documentato che, procedendo ad un'analisi dei potenziali pericoli insiti nelle trasformazioni alimentari (...) è in grado di identificare i punti di processo in cui i pericoli possono essere tenuti sotto controllo*"[73]. Negli allegati al Regolamento in oggetto sono poi riportati i requisiti igienici che gli OSA devono rispettare per quanto riguarda i locali di produzione, le attrezzature, il trasporto degli alimenti, il personale, i rifiuti e il confezionamento. Anche tutte le fasi successive alla produzione primaria sono, quindi, soggette ai requisiti di igiene. In particolare, il controllo, in questi ultimi casi, deve comprendere l'applicazione sia delle buone prassi di lavorazione (GMP, *Good Manufacturing Practices*), sia di procedure basate sui principi del sistema HACCP. Principi che vengono declinati all'art. 5 Reg. (UE) n. 852/2004 e sono:

1- identificazione di ogni pericolo che deve essere prevenuto, eliminato o ridotto a livelli accettabili;

2- identificazione dei punti critici di controllo nelle fasi o fase in cui la verifica risulti essenziale a prevenire, eliminare o ridurre il rischio individuato

a livelli accettabili;
3- stabilire, nei punti critici di controllo, i limiti critici per l'accettabilità del materiale, ai fini della prevenzione, eliminazione o riduzione dei rischi;
4- stabilire ed applicare procedure di sorveglianza efficaci nei punti critici di controllo;
5- prevedere le azioni correttive da intraprendere nel caso in cui la sorveglianza riveli la mancata considerazione di un punto critico;
6- stabilire le procedure da applicare per verificare l'effettivo funzionamento delle misure predisposte;
7- predisporre documenti e registrazioni adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa:
Gli operatori devono conservare e mostrare alle autorità che ne facciano richiesta la documentazione che attesta l'effettiva applicazione e l'aggiornamento delle procedure adottate che devono risultare idonee agli scopi perseguiti, oltreché coerenti alla realtà produttiva.
Il contenuto di detti principi può essere schematicamente declinato come segue:
1- Individuazione e analisi dei pericoli:
ricerca dei pericoli potenzialmente presenti in tutte le fasi di produzione di un alimento, per arrivare al consumo. Verificare la probabilità che il pericolo diventi reale e quale potrebbe essere l'entità del danno sull'uomo;
2- Individuazione dei punti di controllo critici:
un *Critical Control Point* è un punto della filiera in cui è indispensabile effettuare una verifica che permetta di prevenire, eliminare o ridurre ad un livello accettabile un pericolo;
3- Definizione dei limiti critici:
i limiti critici, praticamente, rappresentano l'entità di un CCP, ovvero i valori che separano l'accettabile da ciò che non lo è. Possono essere stabiliti dalle normative di settore oppure provenire dalle *Good Manufacturing Practices* (GMP), quelle buone pratiche di lavorazione che garantiscono la sicurezza degli alimenti;
4- Definizione delle procedure di monitoraggio:
il monitoraggio ha lo scopo di mantenere sotto controllo, nel tempo ed entro i limiti fissati i CCP. Ogni azienda implementa il proprio piano di monitoraggio, tuttavia esistono alcuni punti fondamentali che caratterizzano tutti i sistemi HACCP:

- caratteristiche dei fornitori;
- verifica della conservazione dei prodotti;
- registrazione delle temperature di conservazione;
- procedure di lavorazione contenenti specifiche di tempi e modi;
- pianificazione del controllo delle condizioni igieniche.

5- Definizione e pianificazione delle azioni correttive:
programmare le azioni correttive in caso di non conformità di un CCP analizzato che devono essere, in via esemplificativa, le seguenti:

- eliminazione della causa che ha portato alla non conformità;
- verifica dell'avvenuto ritorno alla normalità;
- stabilire le azioni correttive da adottare nei confronti di quegli alimenti che sono stati prodotti nel momento di scostamento del CCP;
- registrare l'evento e specificare quali misure sono state adottate;
- eventuale revisione delle misure di prevenzione, con l'implementazione di altre modalità più efficienti.

6- Definizione delle procedure di verifica:
in questa fase si deve implementare un controllo del sistema HACCP utilizzato in azienda: una serie di verifiche che provino il buon funzionamento del protocollo adottato. La frequenza con cui verranno eseguite le verifiche va segnata nel piano di autocontrollo;
7- Definizione delle procedure di registrazione:
tutto l'insieme delle azioni condotte in funzione del protocollo HACCP e dei dati rilevati devono essere registrati, al fine di permettere agli enti governativi di constatare l'effettiva applicazione del piano di autocontrollo. La documentazione va firmata dal responsabile del piano.
In conclusione, l'HACCP va considerato come uno strumento pratico per controllare l'ambiente e il processo di produzione alimentare e garantire che i prodotti siano sicuri. Esso comprende, oltre alle procedure di attuazione dell'articolo 5 del Reg. (CE) n. 852/2004, anche le corrette prassi igieniche (GHP, ad esempio pulizia e disinfezione adeguate, igiene personale) e le buone prassi di fabbricazione (GMP, ad esempio dosaggio corretto degli ingredienti, temperatura di trasformazione adeguata), denominate nel loro insieme PRP [attuazione dell'articolo 4 e degli allegati I e II del regolamento (CE) n. 852/2004, nonché disposizioni specifiche per prodotto di cui all'allegato III del regolamento (CE) n. 853/2004].
Volgendo ancora una volta lo sguardo ai sistemi di gestione, in Italia si faceva riferimento alla norma UNI 10854:1999 "*Linee guida per la progettazione e realizzazione di un sistema di autocontrollo*", ovvero lo *standard* che definisce i requisiti per l'identificazione dei rischi di sicurezza igienica dei prodotti alimentari e misure di prevenzione e riduzione degli stessi ma è stata ritirata il 9 luglio 2019 e non è stata sostituita. Alcuni Enti di certificazione propongono il passaggio alla norma CAC/RCP 1-1969, Rev 4-2003 *Codice Internazionale di Pratiche Generali e Principi di Igiene Alimentare*

la cui versione originale è stata adottata dalla Commissione del *Codex Alimentarius* nel 1997 e revisionata nel 2003. Nello specifico, il Codice identifica i principi essenziali di igiene dei prodotti alimentari applicabili alla catena alimentare e le loro modalità di attuazione e raccomanda un approccio HACCP come un mezzo per migliorare la sicurezza alimentare[74]. Si ricorre, dunque, a uno strumento di *soft law* internazionale quale appunto il *Codex Alimentarius* che contiene una serie di indicazioni e raccomandazioni in relazione alle prassi igieniche da adottare dal personale, nei locali (stabilimenti e impianti) e al trasporto degli alimenti.

3.1.6. Art. 6-*bis*, comma 1 lett e): procedure di ritiro, richiamo e RASFF, norme cogenti.

Come accennato, gli obblighi previsti dal Reg. (CE) n. 178/2022 a carico delle imprese alimentari consistono nel dovere generale di immettere sul mercato unicamente prodotti sicuri (artt. 14,15,17); nell'assicurare la rintracciabilità (art. 18) e, infine, come richiesto anche dal venturo all'art 6-*bis*, comma 1 lett.e) nel tenere determinate condotte in caso di non conformità di cui all' art. 19[75] del Regolamento, ovvero il ritiro, richiamo e notifica di alimenti a rischio (cui, peraltro abbiamo già accennato trattando dell'obbligo di tracciabilità)[76].

Se l'alimento (ma, altresì il mangime o il MOCA) risulta a rischio perché dannoso per la salute o inadatto al consumo umano ai sensi dell'art. 14[77] Reg. (CE) n. 178/2002, e non si trova più sotto il controllo immediato dell'OPS (operatore settore alimentare) che lo ha importato, prodotto, trasformato, lavorato o distribuito, deve essere avviata la procedura di ritiro e deve essere informata l'Autorità competente (art. 19 Reg. (CE) n. 178/2002). Diversamente, se l'alimento (ma anche mangime e/o MOCA) a rischio può essere giunto al consumatore, l'OSA lo informa in maniera efficace e accurata del motivo del ritiro e, se necessario, richiama i prodotti già forniti ai consumatori (ad esempio con cartelli esposti nei negozio, nella GDO, pubblicazioni sul web o/e sui giornali ….) quando altre misure non siano sufficienti a conseguire un elevato livello di tutela della salute. Qualora, inoltre, l'alimento rappresenti un grave rischio (diretto o indiretto) per la salute umana e sia necessario l'intervento immediato sul territorio da parte delle strutture sanitarie, viene attivato il Sistema di Allerta Rapido Comunitario[78] (RASFF – artt. 50,52 Reg. (CE) n. 178/2002). Il flusso delle "allerte" deve garantire sia la completezza delle informazioni che la tempestività della comunicazione. Ciò si realizza con apposite procedure operative che, tra l'altro, prevedono:

- schede di notifica *standard* (completezza delle informazioni)
- utilizzo della piattaforma *on line* iRASFF, (tempestività della comunicazione).

Le schede di notifica, trasmesse tramite la piattaforma *on line* denominata iRASFF, vengono condivise tra i punti di contatto degli Stati membri e la Commissione europea e, nell'ambito dei singoli Stati membri, con le autorità preposte all'effettuazione dei controlli ufficiali. Lo scopo è di consentire alle Autorità competenti dei vari Paesi membri di scambiare rapidamente informazioni sui prodotti pericolosi e cooperare ai fini dell'adozione di misure efficaci a tutela della salute pubblica.

L'Ufficio 8 della Direzione Generale della Sicurezza degli alimenti e della nutrizione del Ministero della salute è il punto di contatto italiano per il sistema di allerta comunitario. Dal 31 gennaio 2011 con l'entrata in vigore del Reg. (UE) n.16/2011 è necessario utilizzare i seguenti modelli di notifica predisposti dalla Commissione europea:

- modello per la trasmissione della notifica (sul mercato e per i respingimenti);
- modello per la trasmissione delle ulteriori informazioni aggiuntive a seguito di indagini svolte (follow up);
- modello per la trasmissione delle informazioni a seguito di indagini svolte con rispedizione del prodotto (follow up).

La Commissione Europea ha istituito sul proprio sito uno spazio per la consultazione *online* delle notifiche. Le autorità competenti dei Paesi membri possono consultare l'elenco delle notifiche trasmesse tramite l'applicativo CIRCABC che consente di scaricare i *report* settimanali, redatti dalla Commissione e denominati *weekly overview of alert and information notifications*, trasmesse dai paesi della comunità.

Nei *report* di CIRCABC le notifiche settimanali già in corso sono divise in:

- *alert notification*: notifica di un rischio che richiede o potrebbe richiedere un'azione rapida in un altro Paese membro;
- *information for follow up*: notifica di un rischio che non richiede un'azione rapida;
- *information notification for attention*: notifica di un rischio che non richiede azione.

I *report* settimanali forniscono inoltre informazioni sintetiche sulle misure adottate, la tempistica di risposta ed eventuali richieste pervenute da parte di Stati membri o dalla Commissione. Si tratta di tabelle riassuntive, da considerare come ulteriore fonte di informazione, attraverso cui gli enti sanitari territoriali interessati possono venire a conoscenza delle notifiche.

I cittadini europei, per la consultazione *online* delle

informazioni sulle notifiche trasmesse dai Paesi della comunità, possono invece consultare il sito della Commissione europea RASFF *Portal* alla sezione RASFF *consumers portal*. A sua volta, la Direzione Generale della Sicurezza degli alimenti e della nutrizione del Ministero della salute, che si è detto essere il punto di contatto per l'Italia con il RASFF, ha concordato un *modello standard* per i rischiami ed ha previsto una specifica area del portale contenente lo storico dei prodotti alimentari sottoposti a notifica, nonché una Sezione dedicata alle Relazioni annuali sul sistema di allerta rapido. Come già anticipato, il presupposto a che possano essere messe in atto le menzionate procedure è il rispetto del principio di tracciabilità (cfr *infra*) la cui violazione è sanzionata, al pari di quelle previste per l'omesso avvio di procedure di ritiro[79] e relativi obblighi informativi, dal D.Lgs. n. 190/2006 che prevede l'applicazione di sanzioni amministrative per le diverse ipotesi di mancata attivazione delle procedure, ovvero per mancata informazione alle Autorità competenti o mancata collaborazione con le stesse, ed ancora per il mancato avviso al consumatore sui motivi del ritiro[80]. Data l'importanza della capacità di gestione delle "crisi" (*intendendosi con questo termine indicare la presenza nel circuito commerciale di un alimento che, non rispettando i requisiti di sicurezza posti dalla legislazione alimentare, crei un rischio per la salute pubblica – rischio sanitario)*[81] se il grave rischio non possa essere affrontato mediante misure adottate dallo Stato Membro o dagli Stati Membri interessati, allora dovranno essere adottate immediatamente delle misure urgenti per affrontare la situazione (artt. 53, 54 Reg. n. (CE) n.178/2002; sezione 2 Reg. (CE) n. 178/2002). Inoltre, può accadere che nemmeno le misure urgenti adottate in quest'ultimo caso siano sufficienti a far fronte ad un grave rischio per la salute umana. L'art. 56 Reg. (CE) n. 172/2002 prevede, quindi, che la Commissione, previa comunicazione agli Stati Membri ed all'EFSA, istituisca subito una unità di crisi alla quale parteciperà l'Autorità fornendo, se necessario, assistenza tecnica e scientifica. L'unità di crisi dovrà raccogliere tutte le informazioni pertinenti il rischio individuando la strategia che si riveli migliore per limitarlo o ridurlo ad un livello accettabile, avvalendosi anche dell'opera di qual si voglia soggetto pubblico o privato che sia idoneo a far fronte alla crisi sanitaria[82].

3.1.7. Art. 6-*bis*, comma 1 lett.f): gestione e analisi del rischio, norme cogenti e strumenti di *soft law* internazionale.

Tra i principi generali della legislazione alimentare si annovera la c.d. analisi del rischio (*risk analysis).* Introdotto dalle organizzazioni mondiali (*Codex alimentarius*, OIE - *Office International des Epizooties* - WHO - Organizzazione mondiale della sanità - e accordi SPS - accordi sulle misure sanitarie e fitosanitarie) è definito dal Reg. (CE) n. 178/2002 come processo fondamentale alla base della sicurezza alimentare "dai campi alla tavola" (*from farm to fork*) come peraltro si evince dal disposto di cui all'art. 6, par. 1 Reg. (CE) n.178/2002 :"*ai fini del conseguimento dell'obiettivo generale di un elevato livello di tutela della vita e della salute umana, la legislazione alimentare si basa sull'analisi del rischio, tranne quando ciò non sia confacente alle circostanze o alla natura del provvedimento*". Nello specifico, l'analisi del rischio[83] è un processo suddiviso in tre fasi tra loro interconnesse, che forniscono una metodologia sistematica per definire provvedimenti o altri interventi a tutela della salute, in modo efficace, proporzionato e mirato ed al contempo assicurare la libera circolazione delle merci (art. 3 n. 10 Reg. (CE) n. 178/2002). Infatti, nei considerando introduttivi al Regolamento (nn. 16-17) viene definita come una "*metodologia sistematica per definire provvedimenti, o altri interventi a tutela della salute, efficaci, proporzionati e mirati*" al fine di "*agevolare la prevenzione di ostacoli ingiustificati alla libera circolazione degli alimenti*".

Le predette fasi si distinguono in:

1) Valutazione del rischio (*Risk assessment*) - processo su base scientifica costituito da tre fasi: individuazione del pericolo, caratterizzazione del pericolo e valutazione dell'esposizione al pericolo. La valutazione è alla base delle scelte successive degli organismi deputati alla gestione dei rischi (art. 3 n. 11 Reg. (CE) n. 178/2002);

2) Gestione del rischio (*Risk management*) - consiste nell'esaminare alternative d'intervento consultando le parti interessate, tenendo conto della valutazione del rischio e di altri fattori pertinenti e, se necessario, compiendo adeguate scelte di prevenzione e di controllo (art. 3, n. 12 Reg. (CE) n. 178/2002);

3) Comunicazione del rischio (*Risk communication*) - coinvolge tutti i portatori di interesse: responsabili della valutazione del rischio, responsabili della gestione del rischio, consumatori, imprese alimentari e del settore dei mangimi, comunità scientifica. Riguarda lo scambio interattivo, nell'intero arco del processo di analisi del rischio, di informazioni e pareri riguardanti gli elementi di pericolo e i rischi, i fattori connessi al rischio e la percezione del rischio, la spiegazione delle scoperte relative alla valutazione del rischio e il fondamento delle decisioni in tema di gestione del rischio. La comunicazione del rischio si colloca in maniera

trasversale tra la fase di valutazione e gestione.
La distinzione tra la fase di valutazione e la fase di gestione del rischio è un fondamento della normativa sulla sicurezza alimentare. Già prevista nel *Codex Alimentarius*, auspicata nel Libro verde sui principi generali della legislazione alimentare (1997) affinchè fosse affidata ad organismi consultivi scientifici, trova il suo primo fondamento nel Libro bianco sulla sicurezza alimentare (2000) laddove si prevede che la Commissione indichi tra le priorità per assicurare un elevato livello di tutela dei consumatori la creazione di un'Autorità alimentare europea, con requisiti di indipendenza, eccellenza e trasparenza, per poter assicurare la separazione funzionale tra valutazione e gestione del rischio. E', quindi, con il Reg. (CE) n. 178/2002 che viene creata l'EFSA (*European food safety agency*) che, ad oggi, a livello comunitario, offre consulenza e assistenza scientifica e tecnica per la normativa e le politiche dell'Unione europea e svolge attività di valutazione del rischio nonché di confronto con le parti interessate e trasparenza verso i cittadini quali principali consumatori (i principi che, infatti, sovrintendono l'attività di valutazione del rischio - come si evince dal Reg. (CE) n. 178/2002 - sono quelli di qualità, indipendenza e trasparenza); mentre la Commissione europea si occupa della gestione del rischio. Ciò, ovviamente, non comporta che non vi possa essere interazione e coordinamento ed anzi se ne evidenzia la necessità dati gli obiettivi perseguiti[84].
La Comunicazione del rischio, invece, come detto, consiste nell'effettivo scambio di informazioni e pareri nonché segnalazioni tra le parti interessate sulla valutazione e gestione del rischio. E' l'art. 3 Reg. (CE) n. 178/2002 che la definisce come "*lo scambio interattivo, nell'intero arco del processo di analisi del rischio, di informazioni e pareri riguardanti gli elementi di percolo e i rischi, i fattori connessi al rischio, la percezione del rischio, tra responsabili della valutazione del rischio, responsabili della gestione del rischio, consumatori, imprese alimentari e del settore dei mangimi, la comunità accademica e altri interessati, ivi compresi la spiegazione delle scoperte relative alla valutazione del rischio e il fondamento delle decisioni in tema di gestione del rischio*".
Alla luce dei risultati ottenuti a seguito delle tre fasi indicate sarà possibile individuare quali aree siano a rischio reato nell'impresa alimentare e quali le attività sensibili ovvero quelle in relazione alle quali sia connesso il rischio di commissione di reati. Focalizzato, cioè, lo stato organizzativo dell'azienda, si potranno sottolineare le criticità e le instabilità emerse a valle della fase di analisi dello stato attuale (AS-IS), con i relativi fattori di rischio associati, individuare il modello a tendere (*TO.BE*), focalizzare i *GAP* (ovvero le differenze) da colmare tra la situazione attuale ed il modello a tendere. In questa fase (che rispecchia l'evidenza delle instabilità riscontrate in precedenza) vengono descritti i punti deboli del processo e le contromisure da adottare per risolverli o comunque mitigarli[85].
Sarà inoltre necessario analizzare l'organigramma societario e dunque i soggetti coinvolti ciascuno in relazione al proprio ruolo in azienda nonché la presenza di un eventuale sistema di deleghe.
Mappati i rischi ed individuate le aree maggiormente esposte alla commissione di reati agroalimentari si potranno differenziare tra loro i vari livelli di rischio, *inerente* (è il rischio che grava su un'organizzazione in assenza di qualsiasi azione in grado di alterare la probabilità e/o l'impatto del rischio stesso; rappresenta l'impatto lordo di un fattore di rischio, cioè la massima perdita realizzabile in seguito al suo manifestarsi e alla mancanza di azioni tese a limitarne gli effetti) e *residuo* (è il rischio che rimane dopo la risposta al rischio, cioè dopo l'effettiva implementazione delle azioni tese alla mitigazione del rischio inerente. In altre parole, la differenza tra i benefici dell'azione e gli effetti complessivi che i fattori di rischio hanno sugli obiettivi aziendali determina il rischio residuo, cioè l'impatto netto riconducibile ai fattori di rischio). Il processo di valutazione dei rischi si focalizzerà dapprima sui rischi inerenti e successivamente, dopo lo sviluppo di adeguate risposte al rischio, su quelli residui.
Assunti tutti questi dati si potrà predisporre un documento unico nel quale riportare i dati raccolti in relazione alla definizione del contesto; alle cause ed ai fattori determinanti il rischio; ai soggetti coinvolti; al catalogo delle aree di rischio; alla valutazione del rischio (identificazione, analisi e ponderazione); alle misure di mitigazione (trattamento) del rischio reato.
Al raggiungimento dei fini perseguiti possono soccorre ancora una volta gli strumenti internazionali di *soft law* e, in particolare, la ISO 22000:2018 "*Sistemi di Gestione della Sicurezza Alimentare*" che sostituisce la precedente ISO 22000:2005[86]. E' uno *standard* internazionale, sviluppato con l'intento di armonizzare i differenti schemi HACCP con gli *standard* per la verifica della sicurezza igienica il cui obiettivo è la gestione della catena di fornitura e delle informazioni e controlli lungo la stessa. Nello specifico la norma garantisce il governo del sistema di gestione aziendale in materia di sicurezza degli alimenti per la tutela della salute dei consumatori ed integra gli elementi fondamentali per garantire la sicurezza alimentare applicando il Sistema HACCP e il *Codex Alimentarius* in abbinamento alle Pratiche

di Buona Fabbricazione (GMP) e alle Pratiche di Buona Igiene (GHP).
A questo si affianca, o meglio lo supera, il sistema di gestione della sicurezza alimentare FSSC 22000. E' lo *standard* volontario di proprietà dell'omonima FSSC (*Foundation for Food Safety Certification*) Olandese, nello specifico si tratta di uno schema di certificazione basato su norme ISO ed accettato su scala internazionale per gli *audit* e la certificazione della sicurezza alimentare nella *supply chain*. Rappresenta un'evoluzione della norma ISO 22000 e ISO TS 22003, integrate con il Programma dei Prerequisiti, le Buone Prassi di Lavorazione GMP, "*Good Manufacturing Practices*". Inoltre, lo *standard* FSSC è riconosciuto da GFSI – *Global Food Safety Initiative*, a seguito di un'ampia e aperta consultazione con un gran numero di organizzazioni coinvolte. I produttori certificati ISO 22000 possono ottenere la piena certificazione FSSC 22000 riconosciuta dalla GFSI se vengono soddisfatti i requisiti previsti dalle specifiche tecniche per i programmi dei prerequisiti di settore e gli altri requisiti previsti dallo schema. Infine, da considerare in questo contesto sono anche gli *standard* di certificazione della sicurezza e qualità alimentare anch'essi riconosciuti GFSI quali: IFS *Food*, BRCGS *Food* (GSFS). Inizialmente richiesti dalla GDO ai fornitori considerato lo sviluppo sempre crescente dei prodotti a marchio del distributore[87], nel tempo sono stati adottati dalle imprese per consolidare i rapporti di fiducia con il consumatore. Ciò in quanto implementano sistemi di gestione della *Food defence* che, peraltro, vedremo essere una metodologia di autocontrollo negli USA ma cogente[88]. Nello specifico si tratta di *standard*[89] che permettono alle aziende alimentari di implementare efficacemente programmi di prevenzione di possibili frodi in quanto hanno incluso il tema della *Food Fraud* tra i propri requisiti e richiedono alle organizzazioni certificate di adottare un approccio scientifico e sistematico per quantificare la vulnerabilità delle materie prime e dei prodotti approvvigionati, al fine di implementare le necessarie azioni di mitigazione proprio del rischio frode. Questo metodo, noto anche come VACCP (*Vulnerability Analisys and Critical Control Point*) si integra perfettamente con altri sistemi di gestione del rischio impiegati nelle aziende e richiesti dagli *standard*, come il metodo Haccp ed il metodo Taccp (*Threat Analisys and Critical Control Point*) per gli aspetti di *Food Defence*. Sebbene ciascuna con le proprie specificità, in via esemplificativa, queste norme prevedono tutte l'adozione di alcuni punti comuni: definizione di un *team* multidisciplinare e competente al fine di analizzare le materie prime ed i prodotti; selezione e raccolta di informazioni attendibili ed aggiornate sulle materie prime per quanto riguarda l'aspetto frode (ad esempio, presenza di episodi passati); esecuzione di un'analisi della vulnerabilità delle materie prime e dei prodotti, anche considerando tecniche si mappatura della *Supply Chain* e di *Horizon Scanning*; valutazione del rischio frode e classificazione delle materie prime o prodotti più esposti; definizione di adeguate misure di mitigazione (ad esempio analisi, *audit*, ispezioni, certificazioni, prove di rintracciabilità) per contenere il rischio entro livelli accettabili; revisione periodica del sistema, per valutarne l'efficacia e l'aggiornamento. In conclusione, l'implementazione di questi *standard* permette alle aziende di dotarsi di strumenti efficaci per aumentare la propria consapevolezza rispetto ai rischi cui sono esposte e a definire gli strumenti migliori per combattere le frodi alimentari[90].
Da ultimo, si segnala che ISO ha pubblicato una norma specifica, la ISO 22380:2008, che propone una metodologia per la valutazione del rischio frode e la valutazione delle azioni poste in atto in ottica preventiva per la mitigazione del rischio, apportando un elemento innovativo di rilievo, ovvero considerare l'intera *supply chain* e non il singolo fornitore[91]. Dato quest'ultimo che evidenzia come l'adozione di sistemi di prevenzione delle frodi rientri tra le azioni che l'impresa adotta per ovviare a rischi anche penali dovuti alla inosservanza di norme cogenti: uno dei temi della *compliance*.

4. La sicurezza alimentare Oltreoceano e le imprese italiane: *Food Safety Modernitation Act, New Era of Smarter Food Fasety:FDA's Blueprint for the Future, export.*

Prima di passare ad analizzare se sia sufficiente l'adozione dei protocolli fin qui analizzati e previsti *de iure condendo* ai sensi dell'art. 6-*bis* D.Lgs. n. 231/2001 ai fini della costruzione di un modello di organizzazione e gestione avente efficacia esimente, apriamo uno scorcio sul *Food Safety Modernitation Act* dato che nell'ultimo ventennio gli USA hanno progredito con la modernizzazione del proprio sistema federale circa le norme di sicurezza agroalimentare e ciò ha un impatto diretto sulle imprese italiane che vogliano ivi esportare i proprio prodotti. Negli Stati Uniti, del resto, il costo della in-sicurezza alimentare[92] è sempre stato piuttosto alto da pagare da cui la correlata rigida disciplina vigente oltreoceano rispetto alla *corporate criminal liabilily* il cui punto di riferimento è la FDCA (*Food, Drug, and Cosmetic Act*) che, nel caso della commissione di reati alimentari compiuti in ambito

societario, li imputa innanzitutto alla *corporation*[93]; su impulso della RCO (*Responsabile Corporate Officer*), inoltre, le violazioni vengono ascritte ai *responsible officers* della società, soggetto con adeguate e specifiche competenze al fine del presidio della *compliance*.

Ciò premesso, il *Food Safety Modernization Act* (FSMA), varato nel 2011, costituisce la prima riforma strutturale della disciplina a tutela della sicurezza alimentare dopo il *Federal Food, Drug, and Cosmetic Act* del 1938. La riforma ha tratto ispirazione dal diritto alimentare europeo[94] e consiste in un approccio moderno alla *food safety* che si basa su registrazione di tutti gli operatori, responsabilità integrata di filiera e autocontrollo, analisi del rischio. Il pacchetto normativo obbliga tutti gli operatori del settore alimentare (USA e non infatti le *Final Rules* riguardano egualmente sia il mercato interno che esterno agli Stati Uniti) che producono, manipolano, detengono / stoccano prodotti destinati al mercato statunitense ad adottare un sistema di gestione della sicurezza alimentare in linea con quanto definito dal regolamento sui *Preventive controls for human food* (per i prodotti alimentari manipolati / processati) e *Standard for produce Safety* per alcuni prodotti ortofrutticoli. Nel 2016, inoltre, pur restando in vigore la normativa precedente, sono entrate in vigore nel FDA (*Food & Drug Administration*) le nuove *Issues Guidance for Industry about Model Accreditation Standards for Third-Party Certification Bodies*: le norme del *Food Safety Modernization Act* (FSMA) hanno assunto così un impatto organizzativo ed economico sulle imprese italiane che esportano alimenti negli USA. Tra le tantissime novità presenti nel nuovo regolamento FSMA, quella che influenza maggiormente le aziende europee, è l'introduzione dei *Preventive Control for Human Food* **(**PCHF). Il riferimento è ai controlli preventivi dei prodotti alimentari trasformati destinati al consumo umano. Nello specifico, è previsto che l'azienda adotti un sistema di procedure di controllo preventivo, basate sull'analisi dei rischi, il c.d. HARPC *(Hazard Analisysis and Risk Based Preventire Controls*) che dovrà integrare l'HACCP in quanto vengono presi in considerazione anche rischi chimici, gli allergeni (...). Inoltre, l'HARPC prevede che le aziende alimentari di trasformazione registrate alla FDA implementino il proprio *Food Safety Plan* (FSP) che risulta essere simile al piano di autocontrollo aziendale delle imprese italiane. Da maggio 2017, la normativa prevede anche per gli importatori un FSVP **(***Foregein Supplier Verification Progam***)** ovvero un programma di verifica dei loro fornitori. Peraltro, l'intero pacchetto normativo sta entrando in vigore a scaglioni e una novità rispetto a quanto già fatto in Europa in tema di prevenzione sanitaria si identifica con la *Food Defense*, ovvero l'insieme delle attività finalizzate alla protezione dei prodotti alimentari da adulterazioni intenzionali e sabotaggi realizzati con lo scopo di creare danni alle aziende e alla salute dei cittadini[95]. La gestione del pericolo derivante dalle adulterazioni intenzionali richiede che siano attuati piani di gestione e strategie differenti da quelle che fino ad oggi sono state applicate nella filiera alimentare per gestire le contaminazioni non-intenzionali, e quindi riconducibili ai concetti ben noti di *Food Safety.* Al fine di allinearsi ai requisiti per la prevenzione dell'adulterazione intenzionale stabiliti dall'FSMA si rivela quindi necessario adottare un sistema integrato di gestione che comprenda un piano VACCP (*Vulnerability Assessment Critical Control Point* - valutazione delle vulnerabilità e punti critici di controllo), un piano TACCP (*Threat Assessment and Critical Control Points* - valutazione delle minacce e punti critici di controllo) e il menzionato HARPC.

La figura aziendale qualificata, secondo i criteri stabiliti da FSMA per i PCHF è il *Preventive Control Qualified Individual* (PCQI) che dovrà occuparsi della gestione e redazione del *Food Safety Program* che include il *Food Safety Plan***,** il *System* e la *Food Defence*[96]**.** Peraltro, il 13 luglio 2020 la *Food and Drug Administration* ha pubblicato un programma di modernizzazione del sistema a presidio della sicurezza alimentare[97]i cui tempi di esecuzione non sono specificati nel documento: il progetto viene definito come "*un work in progress, un documento vivente che ha lo scopo di tenere il passo con le nuove tecnologie alimentari, i metodi di produzione e consegna degli alimenti e nuovi strumenti per la supervisione*". Ciò detto, pare evidente che la gestione del rischio alimentare adottata oltreoceano che si ripercuote anche nell'organizzazione delle imprese italiane per i motivi anzidetti nonché quelli già esposti *infra* trattando proprio della gestione del rischio[98], si stia evolvendo avvicinandosi sempre più agli stessi principi posti alla base della costruzione di un modello di organizzazione e gestione con efficacia esimente rispetto a possibili reati alimentari. Nel caso ultimo analizzato della *Food Defence*, infatti, l'azienda dovrà valutare la sicurezza del proprio processo anche in merito a possibili atti di contaminazione volontaria, operate dall'esterno oltre che dal personale dell'azienda, dovrà eseguire un'analisi della vulnerabilità dell'azienda, dei processi e dei prodotti; mettere a punto una serie di strategie di mitigazione del rischio e definire procedure di monitoraggio e verifica. Ebbene, nel

Ddl di riforma viene evidenziato che con il nuovo art. 6-*bis* "*si intende rivolgere specifica attenzione a situazioni di deficit organizzativo suscettibili di evolversi in comportamenti illeciti, sicchè all'ente possa essere garantita l'impunità una volta che sia accertata l'assenza di colpa riconducibile all'avere adottato o aggiornato un modello organizzativo ritagliato su specifiche caratteristiche del settore della produzione alimentare, modulato sulle dimensioni dell'organismo produttivo*"[99].

5. Art. 6-bis, comma 1 lett. g) e commi 2,3,4: Organi di controllo e verifiche periodiche sull'adeguatezza ed effettività del modello di organizzazione e gestione.

Tornando all'analisi del venturo art. 6-*bis*, la norma richiede che il modello di organizzazione gestione e controllo venga sottoposto a verifiche periodiche per valutarne l'effettività e l'adeguatezza rispetto al contesto aziendale che potrebbe mutare nel tempo, ovvero alla normativa vigente[100].
E' evidente che viene riproposto quanto già previsto ai sensi dell'art. 6, comma 1 D.Lgs. n. 231/2001 e, alla luce del disposto del futuro art. 6-*bis* al comma 2 lett. c), pare potersi presumere che un tale compito potrà essere assolto dall'Organismo di vigilanza. La norma, infatti, prevede "*un idoneo sistema di vigilanza e di controllo sull'attuazione del modello e sul mantenimento nel tempo delle condizioni delle misure adottate. Il riesame e l'eventuale modifica del modello organizzativo devono essere adottati quando siano scoperte violazioni significative delle norme relative alla genuinità ed alla sicurezza dei prodotti alimentari o alla lealtà commerciale nei confronti dei consumatori ovvero in occasione di mutamenti nell'organizzazione e nell'attività in relazione al progresso scientifico e tecnologico*". Ad ogni modo, si è visto che tale principio è già parte integrante anche nell'ambito della redazione dell'HACCP e nel *Codex Alimentarius*.
Probabilmente sarà necessario prevedere che entrino a far parte dell'ODV professionisti esperti in materia e che conoscano la realtà aziendale del settore alimentare, d'altro canto il medesimo ragionamento viene condotto dalle imprese ogni qual volta sia necessario nominarne i membri. Il settore in esame presenta delle proprie peculiarità, quelle stesse che hanno portato (correttamente, a modesto avviso di chi scrive) a prevedere un modello di organizzazione *ad hoc*, a fronte delle quali le modalità per la sua costruzione richiedono procedure operative, soprattutto con riferimento alla valutazione del rischio, altrettanto peculiari. Da non dimenticare, del resto, che spesso l'impresa alimentare assume anche forme organizzative specifiche, basti pensare alle cooperative. Il Mondo *Food* ha proprie regole cogenti e volontarie cui si attiene ed è necessario conoscerne la realtà al fine di individuare i presidi utili all'organizzazione. Proprio per questi motivi, come meglio si dirà oltre, è necessario pensare alla realizzazione di una *compliance* integrata.
Indubbiamente un sistema così costruito apporta degli aggravi economici, si presume quindi che, proprio in considerazione di una tale evidente constatazione, *de iure condendo* l'art. 6-*bis*, comma 3 preveda la possibilità per le medie e piccole imprese di assegnare il compito di vigilanza a un solo soggetto (da individuarsi in un albo appositamente istituito) che possegga, a riprova di quanto osservato poc'anzi, "*professionalità e competenza specifica anche nel settore alimentare*"[101] dotato di poteri autonomi di iniziativa e di controllo (al pari dell'ODV). Soggetto che sarà individuato in apposito elenco istituito presso le Camere di commercio, artigianato e agricoltura con provvedimento dello sviluppo economico. Sarà, inoltre, possibile per il titolare dell'impresa che abbia meno di dieci dipendenti e un volume di affari annuo inferiore a 2 milioni di euro svolgere personalmente i compiti di prevenzione e tutela della sicurezza degli alimenti e dei mangimi[102] qualora abbia frequentato corsi specializzanti venendo, quindi, meno l'obbligo di designare l'operatore del settore degli alimenti o dei mangimi, il responsabile della produzione e quello della qualità.
In riferimento alla distribuzione dei compiti all'interno dell'impresa di cui al venturo art. 6-*bis* assume rilievo quanto previsto *de iure condendo* dall'art. 1-*bis* L. n. 283/1962 che per la prima volta disciplina la delega di funzioni nell'impresa alimentare coprendo un ulteriore *vulnus* normativo ad oggi vigente cui ha sopperito la giurisprudenza ma in modo non sempre concordante dando adito a non pochi problemi.

6. Il venturo art. 1-bis L. n. 283/1962: Disciplina della delega di funzioni nel settore alimentare.

La L. n. 283/1962 viene profondamente modificata[103] a partire dall'art. 5 che, come detto, rientra *de iure condendo*, tra i reati presupposto del D.Lgs. n. 231/2001. Per quanto in questa sede interessa, come anzi detto, viene declinata una specifica disciplina della delega di funzioni inserita all'art. 1-*bis* della L. n. 283/1962.
Sulla scorta dei principi elaborati dalla giurisprudenza in tema di gestione del rischio nelle organizzazioni complesse, posizione di garanzia e

trasferimento dei poteri impeditivi, il progetto di riforma prevede - in linea con quanto già dettato dalla legislazione speciale in materia di sicurezza sul lavoro - di disciplinare espressamente l'impiego dell'istituto della "delega di funzioni" nell'ambito delle imprese agroalimentari.

Come noto, la delega di funzioni è un atto organizzativo di natura negoziale attraverso il quale si realizza la traslazione di specifici doveri e dei relativi poteri dal titolare *ex lege* (garante originario o delegante) ad altro soggetto (garante derivato o delegato). La *ratio* del suo impiego è da ricondursi alla circostanza che l'esercizio dell'attività d'impresa in forma organizzata ha raggiunto un livello di complessità tale da rendere spesso impossibile per l'organo investito *ex lege* dell'amministrazione dell'ente - istituito garante della regolarità d'innumerevoli adempimenti normativi nei più svariati ambiti - di ottemperare personalmente agli obblighi che l'ordinamento pone a suo carico. Al fine di ovviare allo iato che può manifestarsi tra il regime di responsabilità formale e astratto previsto dall'ordinamento giuridico e il ruolo concretamente svolto dal garante originario nella dimensione articolata e dinamica dell'attività d'impresa, evitando al contempo di favorire fenomeni di arbitraria de-responsabilizzazione, si è ritenuto di legittimare il trasferimento per via negoziale di specifici obblighi e responsabilità del titolare *ex lege* in capo a un altro soggetto, purché connotato da una serie di requisiti e in ogni caso entro specifici limiti. Per questi motivi, il progetto di riforma, ovvero proprio allo scopo di ovviare ai fenomeni di dissociazione tra destinatario *ex lege* della posizione di garanzia e gestore effettivo del rischio nelle organizzazioni complesse, ha ritenuto necessario introdurre l'art. 1-*bis* nella L. n. 283/1962 che prevede una disciplina *ad hoc* della delega di funzioni per le imprese agro-alimentari che, come detto, ricalca sotto tutti i punti di vista quella prevista dal testo unico della sicurezza sul lavoro.

Nello specifico, i requisiti di ammissibilità della delega sono: la forma scritta, la data certa, l'accettazione espressa, la pubblicità della stessa, il possesso di requisiti di professionalità ed esperienza in capo al delegato, l'attribuzione di poteri di organizzazione, gestione e controllo e di un'autonomia di spesa richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate e funzionali al loro adempimento. È prevista anche la facoltà di sub-delega di particolari attività, previa intesa con il garante originario. Inoltre, in linea con gli orientamenti e i principi formulati sul punto dalla giurisprudenza, resta sempre fermo un dovere di vigilanza del delegante sul corretto espletamento delle funzioni trasferite mediante delega o sub-delega, con obbligo di avocazione in caso d'inadempimento. Ciò premesso, si rileva che la previsione del disposto di cui all'art. 1-*bis* in commento rappresenterebbe indubbiamente la soluzione ad una enorme lacuna, ad un totale vuoto normativo considerato che, ad oggi, non esiste, né a livello di Unione Europea, né a livello nazionale, una norma che imponga determinati requisiti alla delega di funzioni in tema di disciplina degli alimenti. Infatti, questo "buco" è ad oggi colmato, come anticipato, per di più in modo non sempre lineare, solo dalla giurisprudenza[104] che lascia la massima libertà in capo ai datori di lavoro, i quali possono scegliere se adottare atti scritti oppure orali, nonché le forme ed i modi con i quali comunicare il rilascio della delega a terzi e i contenuti della stessa.

Nel settore che ci occupa, la delega invece è fondamentale considerato che può avere ad oggetto i numerosi adempimenti di cui si è discusso e connessi ai requisiti igienico sanitari degli alimenti (v. Reg. (CE) n. 178/2002, Reg. (CE) n. 852/2004, Reg. n. 853/2004), a quelli relativi la tracciabilità degli alimenti (Reg. (CE) n. 178/2002), ed ancora, la correttezza delle informazioni ai consumatori (Reg. (UE) n. 1169/2011).

In particolare, la normativa comunitaria in materia di sicurezza alimentare, con specifico riferimento al Reg. (CE) n. 178/2002 ed ai Regolamenti (CE) nn. 852/2004 e 853/2004 menzionati ha introdotto nell'ordinamento la figura dell'Operatore del Settore Alimentare (OPS) e del Responsabile HACCP.

Laddove:

- l'Operatore del Settore Alimentare, ai sensi dell'art. 3, n. 3 del Reg. (CE) 178/2002, è, in generale, "*la persona fisica o giuridica responsabile di garantire il rispetto delle disposizioni della legislazione alimentare nell'impresa alimentare posta sotto il suo controllo*";
- il Responsabile HACCP è il soggetto incaricato di adottare e mettere in atto le procedure di autocontrollo igienico-sanitario previste dal sistema HACCP, rese obbligatoria dal Reg. (CE) n. 852/2004.

Tali figure, di norma, si identificano proprio nel titolare dell'impresa che opera nel settore alimentare, ovvero nel legale rappresentante della medesima che il più delle volte, però, delega tali attività ricorrendo ad una delega anche solo orale non essendovi alcun vincolo normativo in merito alla forma che la stessa dovrebbe assumere (e, quindi, da rispettare).

La previsione di cui all'art. 1-*bis* L. n. 283/1962 assumerebbe inoltre rilievo anche in considerazione

della stretta correlazione tra un corretto sistema di deleghe interne e la costruzione del modello di organizzazione e gestione[105]. In particolare si richiama ai fini qui di interesse il venturo disposto di cui all'art. 6-*bis*. comma 2 lett. b) (si rammenta relativo alla distribuzione dei poteri e quindi delle responsabilità) nell'ambito del quale assume un ruolo decisivo l'istituto della delega di funzioni. Come è noto, infatti, quest'ultima non fa venir meno in capo al delegante l'obbligo di vigilare sul corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite, a meno che sia stato adottato ed attuato un modello di organizzazione gestione e controllo. In particolare, l'art.16 D.Lgs. n. 81/2008 attribuisce forte valenza e immediata rilevanza al modello di organizzazione e gestione, come previsto dallo stesso art.30 D.Lgs. n. 81/2008, per quanto attiene l'idoneità della delega e la conseguente esenzione da responsabilità (penale) del delegante - datore di lavoro - e (amministrativa) dell'ente. L'obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro - in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite - "*si intende assolto in caso si adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'art. 30, comma 4*": ecco che viene pertanto a configurarsi una vera e propria presunzione di assolvimento dell'obbligo di vigilanza del delegante. Ovviamente, non potrà andare esente da responsabilità il delegante che si provi essere venuto a conoscenza di situazioni di pericolo inerenti allo svolgimento delle funzioni delegate e ciò nonostante, per colpevole tolleranza e inerzia, non sia intervenuto. Il rapporto tra modello organizzativo e sistema delle deleghe, dunque, si compenetra[106]: la necessità di individuare le aree a rischio, le funzioni da svolgere, le modalità di controllo su tali attività, fa sì che un sistema di deleghe minuziosamente dettagliato permetta in modo celere l'individuazione del soggetto titolare della funzione e quindi della responsabilità. Gli stessi protocolli dovranno essere descritti in modo tassativo sulla base dello specifico rischio individuato in base alla peculiare attività: vista la "frammentazione" delle funzioni, le cautele saranno individuate tenendo conto dell'*iter* che conduce alle decisioni dell'impresa.

7. Verso un sistema di *compliance* integrata?

Da notare, che, in realtà, molti dei meccanismi di prevenzione messi in luce dal disegno di legge con l'introduzione dell'art. 6-*bis*, sono già presenti in qualche misura nei sistemi di gestione di natura cogente e volontaria fino a questo momento inventariati nel settore alimentare ma ciò non parrebbe accidentale, bensì frutto di una precisa scelta. Infatti, nelle premesse sistematiche alla riforma viene precisato che "(…) *in sede di formulazione delle disposizioni si è partiti dal dato, del tutto indipendente, delle discipline extrapenali che riguardano etichettatura, rintracciabilità, et similia e che non impongono nulla di nuovo, né prevedono nuovi controlli*"[107], pertanto, la gestione dei rischi-reato nel comparto agroalimentare potrebbe confluire nella già vigente eteronormazione cogente e volontaria di settore e far confluire quest'ultima, anche in prospettiva efficientista, in un sistema di *compliance* organico e integrato con tali normative[108].

"*In definitiva, traducendo in seno al MOG (…) le competenze e le responsabilità per ruolo dell'operatore nella filiera agroalimentare, si può giungere ad una compliance aziendale ispirata a strumenti di autocontrollo, in una logica anticipata dei rimedi che pretende di assegnare uno spessore autonomo all'organizzazione e di attribuire uno specifico rilievo all'adeguatezza della condotta dello stesso operatore*"[109]. Il rischio di frode nell'impresa alimentare si paventa nelle diverse fasi della produzione, trasformazione, trasporto…insomma nell'ambito di una *supply chain* che si è visto risultare tanto più complessa rispetto al passato a causa della globalizzazione, nonché di difficile "gestione" a causa dell'avvento della tecnologia, ne consegue che considerato tale rischio nella prospettiva dell'esercizio dell'attività "*il profilo deterrente delle regole della responsabilità de societate può essere assorbito dal meccanismo che consente all'ente di organizzare una serie di meccanismi e procedure* (si è parlato di tracciabilità, di comunicazione, di sistema di ritiro e richiamo degli alimenti, di gestione del rischio..) *in grado di prevenire eventuali illeciti, in un'ottica di tutela preventiva, chiamata a garantire idonee condizioni di lealtà commerciale*"[110].

Si consideri, peraltro, come - sotto alcuni aspetti – le norme cogenti, di per sé considerate, risultino al contempo inadeguate a coprire l'intero spettro dei problemi e dei rischi della sicurezza alimentare, che possono configurarsi - come in effetti si configurano - in un mercato alimentare globale sempre più interconnesso. Ed è proprio in questo *vulnus* che si collocano le c.d. norme volontarie, vale a dire *standard* internazionali e schemi privati soggetti a certificazioni di parte terza (o audizioni di parte seconda) che vengono richiesti dal mercato, ad esempio, ai fini della qualifica dei fornitori. In tal senso, la *regola di mercato* integra la normativa cogente e contribuisce alla riduzione

dei rischi d'insorgenza di crisi di sicurezza alimentare, assolvendo di fatto obiettivi sinergici e condivisi di livello privato ma anche pubblico. Del resto, sono gli stessi illeciti alimentari così come ridefiniti nel loro contenuto dalla riforma ad imporre l'esigenza di coniare un modello organizzativo specifico per l'impresa alimentare che tenga conto non solo delle norme cogenti ma anche di quelle volontarie nazionali, internazionali e della standardizzazione privata, che vantano una lunga tradizione sulla gestione del rischio e la sicurezza degli alimenti. Si potrebbe sollevare l'obiezione che il ricorso alle norme volontarie non è connessa alcuna forma di esimente o presunzione di conformità ma è, altresì vero, che assumono un ruolo significativo per la dimostrazione della diligenza in ambito, ad esempio, di contestazioni quali quelle di cui all'art. 5 L. n. 283/1962 che, *de iure condendo*, entrerebbe a far parte dei reati presupposto della responsabilità dell'ente. Il testo della norma riformato prevede, infatti, che costituisce condotta illecita quella di chi "(...) *detiene, commercia…alimenti, compresi acque e bevande che, per inosservanza delle procedure e dei requisiti di sicurezza prescritti da legge o regolamenti (...) risultano nocivi o inadatti al consumo umano*", ed ancora la contraffazione di origine o le frodi in commercio per i quali rilevano le certificazioni di qualità. La risposta organizzativa dell'impresa alimentare in termini di autocontrollo abbiamo visto, peraltro, che spesso richiede il ricorso anche alla normativa volontaria. Valga a maggior ragione una tale osservazione considerando che quanto espresso già accade nei fatti, ad esempio, in materia di igiene e sicurezza sul lavoro[111] ma, estendendo l'attenzione proprio al diritto alimentare, utili spunti[112] a tal fine si rinvengono nel regolamento dei controlli ufficiali, ovvero il Reg. (UE) n. 625/2017 entrato in vigore il 14 dicembre 2019. L'art.9, ad esempio, prevede che: " *Le autorità competenti effettuano regolarmente controlli ufficiali su tutti gli operatori in base al rischio e con frequenza adeguata, in considerazione (…) dell'affidabilità e dei risultati dei controlli effettuati dagli operatori stessi, o da terzi su loro richiesta, compresi se del caso, regimi di certificazione di qualità privati, al fine di accertare la conformità alla normativa di cui all'art. 1, paragrafo 2*"[113] .

In conclusione pare doveroso rammentare, per quanto già risultato ovvio nella presente disamina, che, in considerazione del *core business* dell'impresa alimentare, è necessario garantire al suo interno, rispetto che in altri settori, l'osservanza anche di procedure pertinenti la sicurezza, la qualità e l'integrità dei prodotti alimentari, proprio al fine di intraprendere una lotta efficace contro i cibi al veleno e contraffatti. Ne consegue che il campo di azione preventivo dei modelli di organizzazione e gestione si presenta di necessità più vasto e complesso rispetto a quello ad oggi standardizzato dal D.Lgs. n. 231/2001 per tutti gli enti indistintamente. Sembrerebbe imporsi la prospettiva di creare un sistema di prevenzione dei reati che dovrà comporsi necessariamente di una piattaforma di procedure che tenga conto non solo di quanto già prescritto dalla normativa anche europea di riferimento ma altresì dei sistemi di gestione progettati per tutelare interessi e garantire qualità di prodotto. Ebbene proprio nella direzione di un modello organizzativo così integrato sembrerebbe muoversi la riforma in commento: la risposta al *food crime* di matrice societaria non può che concretizzarsi nella responsabilizzazione diretta delle aziende che devono essere sollecitate all'implementazione di sistemi di *compliance*. Del resto, secondo la politica europea sulla sicurezza alimentare, gli enti devono amministrare i rischi-reato con approccio di tipo preventivo, sistematico e documentato per mezzo di meccanismi in grado di penetrare ogni fase della catena produttiva, "dai campi alla tavola"[114], ovvero meccanismi di *compliance* integrata. Tornando ad aprire uno scorcio sul sistema spagnolo di responsabilità giuridica degli enti che, come abbiamo analizzato precedentemente ricalca quello italiano, si evidenza che, nel 2017, è stata pubblicata la norma UNE 19601:2017 che permette di creare, implementare e certificare un sistema di gestione della *compliance* penale allineato al disposto del già commentato art. 31-*bis* c.p. spagnolo ed alle *best practices* internazionali. Tralasciando l'analisi dettagliata della norma, l'aspetto che qui rileva è rappresentato dalla possibilità che la stessa offre di certificare i modelli organizzativi indice che l'assenza di criteri di riferimento ai fini della loro costruzione lascia evidentemente sempre maggiore spazio anche alle norme volontarie.

8. Conclusioni

La scelta del progetto di riforma di puntare sulla diretta responsabilizzazione dell'impresa quale autonomo centro d'interessi e come tale suscettibile di favorire fenomeni di devianza dimostra la centralità che sta progressivamente assumendo lo strumento dell'autocontrollo nelle scelte di politica criminale di regolamentazione

del c.d. "diritto penale del rischio" o "della prevenzione del rischio".
La finalità del Disegno di legge, infatti, non è sono solo di carattere sanzionatorio, vengono altresì fornite precise indicazioni preventive sull'organizzazione del controllo aziendale e sulla strutturazione delle imprese. Sono inoltre precisate modalità operative che permettano una puntuale tracciabilità e trasparenza della filiera, del percorso produttivo e distributivo del prodotto, al fine di garantire quella legalità che è indispensabile a tutela dei consumatori, delle eccellenze italiane e dunque del mercato. Del resto, l'estensione della responsabilità anche alle imprese è un chiaro indirizzo verso *una filiera trasparente ed un'etichettatura narrante che in maniera chiara e inopinabile metta nelle condizioni i consumatori di poter scegliere conoscendo tutta la storia dell'alimento, dalla coltivazione alla tavola*[115].
Questo mutamento di paradigma nella costruzione del modello organizzativo porta con sé ulteriori visibili benefici. Peraltro, se già il definire un modello organizzativo rappresenta uno sforzo volontario per l'impresa e, quindi già di per sé delinea un'intenzione eticamente responsabile, il passo ulteriore deve comunque tradursi per l'ente in un vantaggio che giustifichi una simile scelta. Nel caso di specie si ravvisa, innanzitutto, l'effetto positivo in termini di difesa come efficacia esimente o attenuante della responsabilità. Per giunta, indicando tassativamente la ventura norma (art 6-*bis*) gli obblighi giuridici cui il modello deve rispondere per definirsi *idoneo*, essa supera quel *vulnus* normativo che abbiamo visto caratterizzare l'impianto del D.Lgs. n. 231/2001 dal quale non si può trarre alcuna indicazione specifica proprio circa gli elementi essenziali del modello; in tal modo l'art. 6-*bis* andrà ad introdurre una presunzione di efficacia del modello conforme ai requisiti ivi dettati, con conseguente onere dell'accusa di dimostrare la non rispondenza ai requisiti di *compliance* specificati nel testo di riforma[116]. Così operando, anche il principio di determinatezza sembrerebbe recuperare la sua centralità nel sistema, quale condizione indispensabile perché la norma possa efficacemente fungere da guida del comportamento dell'imprenditore in fase di predisposizione del modello. Una tale specializzazione, indubbiamente, fa sì che gli operatori dovranno di necessità adeguarsi alle indicazioni normative da cui lo svantaggio di una minore libertà di manovra nella predisposizione del modello, ma tale aggravio, se davvero tale possa considerarsi, è accompagnato però, dal beneficio di potere contare su prescrizioni che possano guidarli in modo più agevole ad una corretta costruzione del modello, senza dover far esclusivamente riferimento alle Linee Guida di categoria. Inoltre, non si può omettere di osservare che proprio tale forma specializzante sembrerebbe trasformare il mero onere di adottare il modello in un obbligo ma in realtà, come osservato da Autorevole dottrina, sarebbe più corretto parlare di un obbligo *indiretto* che, dunque, conserva il rassicurante schermo della facoltatività. Infatti l'adozione diviene necessitata solo nella prospettiva dei benefici ricavabili dalla sua adozione[117]. Del resto, per le imprese che intendano preservare o implementare la propria competitività sul mercato globale, risulta ormai non più rinviabile, la necessità di investire su politiche di *risk assessment* e *risk management* che consentano all'ente di perseguire l'oggetto sociale in modo efficiente, esternalizzando i rischi economici connessi alla violazione delle regole che governano il mercato di riferimento. L'adozione del modello, infatti, in considerazione della sua strutturazione, non solo potrebbe esplicare la sua efficacia esimente in termini di responsabilità per l'impresa agro-alimentare ma potrà apportare vantaggi di miglioramento del sistema interno di *compliance*, di continuità della gestione e dello svolgimento del ciclo produttivo nonché assolvere all'esigenza di porsi sul mercato in termini maggiormente concorrenziali sia nel mercato interno che estero, potendo avvalorare operazioni di *marketing* che puntano su specifiche caratteristiche di prodotto, garantendo trasparenza e tracciabilità e conseguentemente, anche alti *standard* di sicurezza alimentare: il modello diventa, dunque, uno strumento che serve anche ad accrescere la competitività. Non solo, per il settore agro-alimentare, rileva anche quale elemento particolarmente distintivo per il riconoscimento del c.d. *rating di legalità*[118] che l'impresa volesse richiedere attraverso apposita domanda, nella quale vanno riportate le informazioni sull'adozione del modello di organizzazione e gestione.
In conclusione, il Ddl AC 2427 in materia agroalimentare costituisce una novità che merita un giudizio preliminare complessivamente positivo. Indubbiamente presta il fianco ad alcune osservazioni critiche, ad esempio, parrebbe doveroso porsi qualche interrogativo sulla previsione organizzativa dell'organismo di vigilanza, in particolare, l'art. 6-*bis* nelle piccole imprese (problema peraltro dibattuto anche in sede di modelli per così dire "ordinari")

sembrerebbe fare riferimento a competenze che parrebbero sottendere una vera e propria posizione di garanzia penalmente rilevante, con una pericolosa confusione tra il ruolo dell'organismo di vigilanza ed i garanti aziendali tenuti a tutelare in via immediata e diretta i beni giuridici protetti. Da ultimo, pare doveroso osservare che l'art. 11 del Ddl AC 2427, interviene sul D.Lgs. n. 103/2016 (disciplina sull'olio) introducendo tre nuovi articoli tra i quali l'1-*quater* che prevede l'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie per le condotte poste in essere in violazione dell' art. 1-*ter Divieti e obblighi a carico degli operatori* (la cui applicazione quindi rimane sottratta al sistema 231) e non prevede alcuna modifica con riferimento alla L. n. 9/2013[119] *"Norme sulla qualità e la trasparenza della filiera degli oli di oliva vergini"* (c.d. *Legge Salva Olio*) che ha determinato l´ampliamento del "catalogo 231" in caso di commissione di taluni reati da parte degli enti operanti nell´ambito della filiera degli oli extra vergini di oliva: la novità assoluta ha riguardato i c.d. reati di frode sanitaria ovvero i delitti di adulterazione o contraffazione di sostanze alimentari (art. 440 c.p.), di commercio di sostanze alimentari contraffatte o adulterate (art. 442 c.p.) e di commercio di sostanze alimentari nocive (art. 444 c.p.) che dal 1° febbraio 2013, pertanto, sono rientrati fra i reati che fondano la responsabilità amministrativa. La previsione in commento è rimasta priva di qual si voglia applicazione considerato che (quanto meno con riferimento alle ipotesi delittuose di nuova introduzione) l'art. 12 non prevede alcuna sanzione, pertanto, a parte l'evidente mancata opera di coordinamento tra le nuove previsioni e la L. 9/2013, non si comprende perché non si sia intervenuti anche su quest'ultima. Ciò detto, è doveroso rammentare che si tratta comunque di un disegno di legge e in quanto tale potranno essere apportate modifiche o integrazioni, non resta dunque che attendere l'entrata in vigore della definitiva *anelata riforma* prima di dare spazio a possibili obiezioni.

1 *Report* speciale Eurobarometro *Wave EB91.3* pubblicato sul suto https://www.ceirsa.org/ e sul sito https://www.efsa.europa.eu/it/corporate/pub/eurobarometer19.

2 Sintesi *Report* dell'EFSA "*EU Insights – Consumer perceptions of emerging risks in the food chain*" è pubblicata sul sito https://www.ceirsa.org/ - https://www.efsa.europa.eu/en/supporting/pub/en-1394.

3 Indagine pubblicata sul sito della *Fondazione Osservatorio sulla criminalità nell' agricoltura e sul sistema agroalimentare*, Sezione *Il mio cibo*, approfondimenti, www.osservatorioagromafie.it.

4 Dati tratti dallo studio *Who estimates of the global burden of foodborne diseases* pubblicato e scaricabile dal sul sito https://www.who.int/health-topics/food-safety/.

5 Dati tratti dallo studio *The burden of foodborne disease in the who European region* pubblicato e scaricabile sul sito https://www.euro.who.int/en/health-topics/disease-prevention/food-safety/publications/2017/the-burden-of-foodborne-diseases-in-the-who-european-region-2017

6 Gli Organi impegnati in questo importante compito sono veramente numerosi in quanto includono non solo gli afferenti al Ministero della Salute (Ausl e servizi sanitari regionali, Carabinieri-Nas, Istituto superiore di Sanità, Istituti zooprofilattici, ecc.), ma anche quelli che afferiscono al Ministero per le Politiche Agricole, Alimentari, Forestali e Turistiche (Ispettorato centrale repressione frodi, Corpo forestale dello Stato, Carabinieri nucleo anti frodi NAC, ecc.), gli organi afferenti al Ministero dell'Ambiente (ARPA), il Ministero dell'Economia e delle Finanze (Agenzia delle Dogane e la Guardia di Finanza); l'Autorità garante della concorrenza, che interviene sulle violazioni del Codice del Consumo e sulle pratiche sleali d'informazione al consumatore, senza dimenticare gli organi di Polizia Locale dei Comuni.

7 Dati tratti dal 6° rapporto sui crimini agroalimentari, pubblicato sul sito https://eurispes.eu.

8 *Report* 2019 ICQRF pubblicato sul sito www.politicheagricole.it.

9 6° rapporto sui crimini agroalimentari, cit., https://eurispes.eu.

10 G. Toscano, *Bene giuridico e modelli di tutela nella disciplina degli illeciti alimentari: riflessioni de iure condendo (anche) nella prospettiva della riserva di codice*, in *La Legislazione penale*, approfondimenti, 2019, p.18.

11 M. Donini, *Il progetto 2015 della Commissione Caselli. Sicurezza alimentare e salute pubblica nelle linee di politica criminale della riforma dei reati agroalimentari*, in *Riv. DPC*, 2016, p.5-6 pubblicato anche *on line* su www.dirittopenalecontemporaneo.it, sul punto si riporta integralmente quanto osservato: "*Gli intrecci tra codice e leggi complementari e la specificità dei beni giuridici protetti fanno di questo settore un paradigma della riforma dello stesso codice penale, nei rapporti tra parte generale e parte speciale. Ancor più dei reati ambientali, per l'aggressione diretta, e non indiretta, a beni personali, alla salute delle persone, e dunque per l'intreccio profondo tra reati contro la persona e contro beni collettivi (anche un qualsiasi disastro lede qui necessariamente anche beni personali). Ancor più dei reati contro la sicurezza del lavoro che, per quanto rilevanti, non*

interessano tutti come i reati alimentari. Diversamente dai reati della circolazione stradale, che riguardano quasi tutti gli adulti come destinatari dei precetti e tutti come potenziali vittime delle violazioni, le fattispecie alimentari sono connotate da un tecnicismo molto peculiare nella definizione delle regole sottostanti ai comandi e ai divieti penali di carattere generale. Come accade per vari reati d'impresa. Tuttavia, ancor più dei normali reati d'impresa, che toccano le persone giuridiche o i loro amministratori come destinatari dei precetti, mentre le vittime potenziali sono pur sempre delimitate ad ambiti spesso patrimoniali o comunque circoscritti, qui le persone offese sono costituite da tutte le persone fisiche e persino, a distanza, dalle generazioni future".

12 Così si legge nella Relazione di presentazione del Ddl AC 2427 p. 1 pubblicata su http://www.camera.it -http://www.senato.it - http://www.infoparlamento.it/tematiche/disegni-di-legge/ddl-ac-2427governo-prodotti-alimentari-agricoli-reati-contro-leconomia-e-il-commercio.

13 D. Catronuovo, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza*, in *Riv. DPC*, pubblicato *on line* sul sito www.dirittopenalecontemporaneo.it, p. 21.

14 *De iure condendo* verrebbe inserito nel D.Lgs. n. 231/2001 l'art. 6-*bis Modelli di organizzazione dell'Ente qualificato come impresa alimentare.*

15 Così si legge nella Relazione al Ddl AC 2427, cit., p. 6.

16 Legge 23 luglio 2009, n. 99 *Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonchè in materia di energia,* entrata in vigore il 15 agosto 2009.

17 Si tratta di una circostanza aggravante speciale per la quale le pene previste dagli artt. 515, 516 e 517 c.p. sono aumentate qualora i fatti da essi previsti hanno ad oggetto alimenti o bevande la cui denominazione di origine o geografica o le cui specificità sono protette dalla normativa vigente.

18 Gip Bari, 18 aprile 2005, La Fiorita s.c.a.r.l. ed altre, in *Le società*, 2006, p. 365 con nota di S. Bartolomucci, *Responsabilità delle persone giuridiche ex D.lgs. n. 231/2001: notazioni critiche.*

19 Il documento è scaricabile dal sito www.commercialisti.it.

20 Il documento è scaricabile dal sito www.confindustria.it/Aree/lineeg.nsf.

21 Il documento è pubblicato su www.confindustria.it/ita/confagricoltura/linee-guida-dlgs-2312001_70php.

22 L'importazione o esportazione per la commercializzazione di prodotti recanti falsa indicazione *Made in Italy* è sanzionata penalmente ai sensi dell'art. 4, comma 49 L. n. 350/2003 in riferimento all'art. 517 c.p; l'uso di indicazioni di vendita per presentare il prodotto come interamente realizzato in Italia, è sanzionata penalmente ai sensi dell'art. 16, comma 4 D.L. n. 135/2009 conv. in L. n. 166/2009 e art. 517 c.p.; l'uso di marchi con fallaci indicazioni di *Made in Italy* nel caso dell'olio d'oliva, è penalmente sanzionato ai sensi della L. n. 9/2013 in riferimento all'art. 517 c.p..

23 A. Natalini, *231 e industria agroalimentare*, Pacini Giuridica, 2017, p. 537 ss..

24 Legge ordinaria del Parlamento n. 283 del 30/04/1962 Modifica degli artt. 242, 243, 247, 250 e 262 del T.U. delle leggi sanitarie approvato con R.D. 27 luglio 1934, n. 1265: *Disciplina igienica della produzione e della vendita delle sostanze alimentari e delle bevande.*

25 Il Ddl AC 2427 supera l'attuale partizione interna del codice penale ai Titoli VI e VIII. In particolare, la rubrica del Titolo VI, Libro II, verrebbe sostituita dalla seguente: «*Dei delitti contro l'incolumità pubblica e la salute pubblica*»; quella del Capo I dalla seguente « *Dei delitti di comune pericolo contro l'incolumità pubblica*»; quella del Capo II dalla seguente «*Dei delitti di comune pericolo contro la salute pubblica e la sicurezza delle acque, degli alimenti e dei medicinali*» in quanto le denominazioni ad oggi in vigore non rispecchierebbero i contenuti e le finalità del progetto di riforma dei delitti ivi previsti. A sua volta, la rubrica del Titolo VIII verrebbe sostituita dalla seguente «*Dei delitti contro l'economia pubblica, l'industria, il commercio e il patrimonio agro-alimentare*» e sarebbe, altresì, inserito dopo l'art. 517-*ter* c.p. il nuovo Capo II-*bis* «*Dei delitti contro il patrimonio agroalimentare*» ad indicare che il patrimonio agroalimentare assurge a nuovo bene giuridico protetto dalla rinnovata disciplina. Inoltre, incide in modo profondo sul quadro degli interessi tutelati, in base alla presa d'atto del mutato quadro dei valori che vengono in rilievo. Pare qui opportuno evidenziare, in considerazione di quanto osservato in merito alla tutela del *Made in Italy* al momento apprestata nell'ambito del D.Lgs. n. 231/2001, la nuova concezione del bene giuridico tutelato nell'ambito delle frodi che non è più l'economia pubblica bensì la fiducia del consumatore. Secondo la giurisprudenza di legittimità, il bene tutelato dai vigenti articoli 515 e 516 del codice penale – attualmente i maggiori presìdi contro le frodi – è principalmente la "lealtà commerciale", tanto da ritenersi sanzionabile la consegna di *aliud pro alio* anche nell'ipotesi della consapevolezza (e della sostanziale accettazione) da parte dell'acquirente di avere ricevuto merce diversa da quella pattuita. La prospettiva dalla quale muove la riforma mira a incidere in modo diverso sul settore degli alimenti, posto che il tema delle frodi riguarda le caratteristiche intrinseche o l'origine geografica dell'alimento, di per sé o in quanto garantite dalla denominazione protetta o dal marchio del produttore ovvero dall'attestazione di conformità a specifiche modalità di produzione (è il caso della produzione "biologica", attualmente priva della tutela di previsioni penalistiche). In questo senso assumono particolare rilievo le previsioni della frode in commercio e della repressione del commercio di alimenti con segni mendaci di nuova coniazione di cui agli artt. 517-*sexies*, 517-*septies* c.p. che, posti in rapporto di specialità, rappresentano, un approdo importante ai fini della tutela del *Made in Italy* permettendo di superare il ricorso a norme quali quelle della L.

n. 350/03, in particolare l'art. 4, commi 49 e 49-*bis*, che non hanno assunto nel tempo alcun valore decettivo rispetto a determinate condotte menzognere oltre ad avere originato copiosa e contraddittoria giurisprudenza in rapporto al disposto di cui al vigente art. 517 c.p. il cui ambito di applicazione, sempre in virtù dell'introduzione dell'art.517-*septies* c.p., parrebbe doversi ritenere limitato alla tutela dei soli prodotti industriali e non più anche alimentari. Il DdL prevede, infatti, la modifica dell'art. 4, comma 49 ovviando ad ogni riferimento ai prodotti alimentari e l'abrogazione del secondo periodo di cui al comma 49-bis laddove definisce cosa debba intendersi per effettiva origine del prodotto alimentare.

26 Le disposizioni introdotte con gli articoli 25-*bis*.1 (*Delitti contro l'industria e il commercio*), 25-*bis*.2 (*Frodi nel commercio di prodotti alimentari*) e 25-*bis*.3 (*Delitti contro la salute pubblica*) del D.Lgs. n. 231/2001 incidono sulla cosiddetta "parte speciale" dello stesso decreto legislativo, sia in chiave di adeguamento – contenutistico e sanzionatorio – alle innovazioni apportate dal presente disegno di legge alla disciplina delle frodi nel commercio di alimenti, sia attraverso l'inserimento degli illeciti contro la salute pubblica nel catalogo dei cosiddetti "reati presupposto". Dal primo punto di vista, viene introdotta nel D.Lgs. n. 231/2001 una nuova disposizione – l'articolo 25-*bis*.2 – avente ad oggetto i reati presupposto inerenti alle frodi nel commercio di alimenti (articoli 515 e seguenti del codice penale), variamente modulati sotto il profilo del *quantum* della sanzione pecuniaria (in dipendenza del livello di gravità della violazione) e con la previsione delle sanzioni interdittive di cui all'articolo 9, comma 2, del medesimo decreto legislativo, con riferimento al più grave reato presupposto di cui all'articolo 517-*quater*.1 del codice penale. Dal secondo punto di vista, viene introdotta nel D.Lgs. n. 231/2001 un'ulteriore disposizione – l'articolo 25-*bis*.3 – avente ad oggetto i reati presupposto inerenti ai delitti contro la salute collettiva (articoli 439 e seguenti del codice penale e art. 5 della L. n. 283/1962), variamente modulati sotto il profilo del *quantum* della sanzione pecuniaria (in dipendenza dal livello di gravità della violazione) e con la costante previsione della sanzione interdittiva dall'esercizio dell'attività (la cui durata viene rapportata al disvalore del singolo reato presupposto). In entrambi i casi, si prevede che, se l'ente o una sua unità organizzativa vengono stabilmente utilizzati allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei reati in esame, si applichi la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività ai sensi dell'art. 16, comma 3 D.Lgs. n. 231/01. In funzione di coordinamento, si incide, infine, sull'articolo 25-*bis*.1 del medesimo decreto legislativo, eliminando il riferimento ai reati presupposto in materia di frodi alimentari, ormai considerati nel nuovo articolo 25-*bis*.2.

27 Non viene fatto riferimento agli artt. 516 e 517-*bis* c.p. in quanto *de iure condendo* dovrebbero essere abrogati, al pari degli artt. 442, 444 c.p.

28 Bene precisare che l'opera di revisione dei modelli di organizzazione e gestione dovrà essere anche più vasta considerata la modifica proposta anche per gli altri reati presupposto tra i quali le frodi commerciali.

29 Testo attuale: «*Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en los artículos anteriores de este Capítulo, se le impondrá una pena de multa de uno a tres años, o del doble al quíntuplo del valor de las sustancias y productos a que se refieren los artículos 359 y siguientes, o del beneficio que se hubiera obtenido o podido obtener, aplicándose la cantidad que resulte más elevada. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66* bis*, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras* b*) a* g*) del apartado 7 del artículo 33*». Prima l'art. 366 c.p. ammetteva per i delitti contro la salute pubblica in materia di alimenti e medicinali solo l'applicazione di «*consecuencias accessorias*» ai sensi dell'art. 129 c.p., come la chiusura dello stabilimento, della fabbrica, del laboratorio o del locale fino a 5 anni, e, nei casi più gravi, in via definitiva. In dottrina P. Faraldo Cabana - C. Faraldo Cabana, *Irresponsabilidad penal de la persona jurídica por delitos alimentarios? La aplicación de consecuencias accesorias: límites y posibilidades*, in D. Castronuovo – A. Doval Pais – L. Foffani, *La sicurezza alimentare nella prospettiva europea*, Giuffrè Editore, 2014, p. 268.

30 V. Mongillo, *Il giudizio di idoneità del Modello di organizzazione ex d.lgs. 231/01: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2011, n. 3, p. 69 ss..

31 L'art. 5 Ddl AC 2427 prevede l'introduzione del venturo "*Art. 6-bis.* (*Modelli di organizzazione dell'ente qualificato come impresa alimentare*) – 1. *Nei casi di cui all'articolo 6, il modello di organizzazione e gestione idoneo ad aver efficacia esimente o attenuante della responsabilità amministrativa degli enti che svolgono taluna delle attività di cui all'articolo 3 del regolamento (CE) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2002, deve essere adottato ed efficacemente attuato assicurando l'applicazione di un sistema aziendale per l'adempimento di tutti gli obblighi giuridici, previsti a livello nazionale e sovranazionale, relativi: a) al rispetto dei requisiti relativi alla fornitura di informazioni sugli alimenti; b) alle attività di verifica sui contenuti delle comunicazioni pubblicitarie al fine di garantire la coerenza degli stessi rispetto alle caratteristiche del prodotto; c) alle attività di vigilanza con riferimento alla rintracciabilità, ossia alla possibilità di ricostruire e di seguire il per-corso di un prodotto alimentare attraverso tutte le fasi della produzione, della trasformazione e della distribuzione; d) alle attività di controllo sui prodotti alimentari, finalizzate a garantire la qualità, la sicurezza e l'integrità dei prodotti e delle loro confezioni in tutte le fasi della filiera; e) alle procedure di ritiro o di richiamo dei prodotti alimentari importati, prodotti, trasformati, lavorati o distribuiti non conformi ai requisiti di sicurezza degli alimenti; f) alle attività di valutazione e di gestione del rischio, compiendo adeguate scelte di prevenzione e di controllo; g) alle periodiche verifiche sull'effettività e sull'adeguatezza del modello. 2. I modelli organizzativi di cui al comma 1, avuto riguardo alla natura e alle dimensioni dell'organizzazione e del*

tipo di attività svolta, devono in ogni caso prevedere: a) idonei sistemi di registrazione dell'avvenuta effettuazione delle attività ivi prescritte; b) un'articolazione di funzioni che a-sicuri le competenze tecniche e i poteri necessari per la verifica, la valutazione, la gestione e il controllo del rischio, nonché un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello; c) un idoneo sistema di vigilanza e di controllo sull'attuazione del modello e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate. Il riesame e l'eventuale modifica del modello organizzativo devono essere adottati quando siano scoperte violazioni significative delle norme relative alla genuinità e alla sicurezza dei prodotti alimentari o alla lealtà commerciale nei confronti dei consumatori ovvero in occasione di mutamenti nell'organizza-zione e nell'attività in relazione al progresso scientifico e tecnologico. 3. Per gli enti che siano qualificabili come piccole e medie imprese ai sensi dell'articolo 5 della legge 11 novembre 2011, n. 180, le funzioni di cui alle lettere b) e c) del comma 2 del presente articolo possono essere affidate anche a un solo soggetto, purché dotato di adeguata professionalità e specifica competenza anche nel settore alimentare nonché di autonomi poteri di iniziativa e di controllo. Tale soggetto è individuato nell'ambito di un apposito elenco nazionale istituito presso le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura con provvedimento del Ministero dello sviluppo economico. 4. Qualora le regioni o le province autonome di Trento e di Bolzano, nell'ambito delle loro competenze e nel rispetto dei vincoli di bilancio, abbiano organizzato corsi di formazione sulla natura dei rischi correlati alle specifiche attività produttive, il legale rappresentante o il delegato di enti aventi meno di dieci dipendenti e un volume d'affari annuo inferiore a 2 milioni di euro, che abbia frequentato detti corsi, può svolgere direttamente i compiti di prevenzione e di tutela della sicurezza degli alimenti o dei mangimi e della lealtà commerciale. In tali ipotesi, non ha l'obbligo di designare l'operatore del settore degli alimenti o dei mangimi, il responsabile della produzione e il responsabile della qualità".

32 Per una disamina accurata si veda D. Castronuovo – G. De Simone – E. Ginevra – A. Lionzo – D. Negri – G. Varraso, *Compliance Responsabilità da reato degli enti collettivi*, *Commentario Ipsoa*, Wolter Kluwer, I edizione, 2019, p. 140 ss..

33 Tribunale di Milano, 4 febbraio 2013, n. 13976, *S* 2013, p. 869.

34 *Compliance Responsabilità degli enti collettivi*, cit. p. 146.

35 Così E. Colarossi – J. Cortinovis, *Il comma 5 del presente articolo è una traduzione letterale, sic et simpliciter, del corrispondente articolo della normativa italiana. I Modelli organizzativi in Spagna*, Riv. 231 *on line*, www.231.it.

36 *Circular de Fiscalia General del Estado 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jiuridicas 1/2015*, p. 43, www.fiscal.es.

37 Il testo del Libro Verde è pubblicato http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_2643_allegato.pdf.

38 Il testo del Libro Bianco è pubblicato http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_1553_allegato.pdf.

39 Per una più ampia disamina di tutti i settori normativi che interessano la riforma si rimanda al testo del Ddl AC 2427 https://www.camera.it/leg18/126?tab=&leg=18&idDocumento=2427.

40 Cosi si legge nella Relazione di presentazione del Ddl, cit., p. 23.

41 AA.VV., *Compliance responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 149 Ove, in via del tutto riassuntiva, viene osservato: " (...) *il modello 231 nel settore antinfortunistico, trovando già preformati i moduli organizzativi di prevenzione del rischio infortunio, deve assicurare un'organizzazione di secondo livello, che garantisca, attraverso un sistema di flussi informativi e di sanzioni disciplinari, l'osservanza di tali precetti cautelari: la colpa organizzativa si concretizza nell'inadeguatezza di tale meccanismo di controllo sul corretto funzionamento del sistema di prevenzione già disciplinato aliunde. Quando invece le misure preventive sono formulate in maniera generica, facendo riferimento – anche nell'ambito di linee guida di categoria e di documenti internazionali – a direttive di comportamento, risulta difficile concretizzare la cautela esigibile (con effetto esimente) nella situazione concreta: il rischio è che lo standard di attuazione sia giudicato adeguato solo quando si riveli idoneo a prevenire la commissione del fatto illecito".*

42 Si rileva che l'art. 3 n. 5 definisce anche l'"*impresa nel settore dei mangimi*", ovvero ogni soggetto pubblico o privato, con o senza fini di lucro, che svolge una qualsiasi delle operazioni di produzione, lavorazione, trasformazione, magazzinaggio, trasporto o distribuzione di mangimi, compreso ogni produttore che produca, trasformi o immagazzini mangimi da somministrare sul suo fondo agricolo ad animali; e al n. 6) definisce "*operatore del settore dei mangimi*", la persona fisica o giuridica responsabile di garantire il rispetto delle disposizioni della legislazione alimentare nell'impresa di mangimi posta sotto il suo controllo. Ne consegue, a parere di chi scrive che anche dette realtà imprenditoriali - dato il rinvio generico dell'art. 6-*bis* agli enti che svolgono taluna delle attività di cui all'art. 3 Reg. (CE) n. 178/2002 - dovrebbero essere ricomprese tra quelle destinatarie del futuro precetto normativo.

43 D. Pisaniello, *Guida alla legislazione alimentare*, EPC Editore, 2020, p. 293 ss..

44 Il Decreto stabilisce le sanzioni per la violazione delle disposizioni del Reg. (UE) 1169/2011 riguardanti:
le pratiche leali di informazione (art. 3);
gli obblighi informativi da parte degli OSA (art. 4);
l'apposizione delle informazioni obbligatorie sugli alimenti preimballati (art. 5);
le modalità di espressione, posizionamento e presentazione delle indicazioni obbligatorie (art. 6);
la vendita a distanza (art. 7).
Nella norma vengono, inoltre, previste le sanzioni per la violazione delle disposizioni specifiche sulle indicazioni obbligatorie

in etichetta ed in particolare per quanto riguarda:
la denominazione dell'alimento (art. 8);
l'elenco degli ingredienti (art. 9);
i requisiti nell'indicazione degli allergeni (art. 10);
l'indicazione quantitativa degli ingredienti e l'indicazione della quantità netta (art. 11);
il termine minimo di conservazione, la data di scadenza e la data di congelamento (art. 12);
il paese di origine o luogo di provenienza (art. 13);
il titolo alcolometrico (art. 14);
le dichiarazioni nutrizionali (art. 15).
Vengono quindi stabilite le sanzioni per le violazioni in materia di informazioni volontarie sugli alimenti (art. 16) e definiti ulteriori obblighi, e relative sanzioni, in caso di mancato rispetto della normativa, sui seguenti aspetti dell'etichettatura e della vendita di alimenti:
diciture o marche che consentono di identificare la partita a cui appartiene una derrata alimentare (art. 17);
vendita di alimenti non preimballati tramite distributori automatici o locali automatizzati (art. 18);
vendita di alimenti non preimballati (art. 19);
le menzioni che devono essere riportate sui prodotti non destinati al consumatore (art. 20).
Nel decreto si chiarisce che l'autorità competente all'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie è il Dipartimento dell'Ispettorato centrale della tutela della qualità e repressioni frodi dei prodotti agroalimentari del Mipaaf oltre all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e agli organi preposti all'accertamento delle violazioni.

45 "*Sicuramente l'ambito di maggior intervento del legislatore nazionale riguarda gli alimenti non pre-imballati: gli alimenti offerti in vendita al consumatore finale o alla collettività senza pre-imballaggio oppure imballati sui luoghi di vendita su richiesta del consumatore o pre-imballati per la vendita diretta. In tali casi il RFI rinvia alle norme nazionali, salvo, in ogni caso, la fornitura di informazioni sulla presenza di allergeni, sempre obbligatoria sebbene con modalità regolate a livello nazionale",* dette disposizioni sono contenute nell'art. 10 del D.Lgs. n. 231/2017 per i prodotti pre-imballatai e, per quel che riguarda gli alimenti non pre-imballati, inclusi quelli offerti in sede di ristorazione collettiva, all'art. 19. Ne consegue che, mentre per i prodotti pre-imballati offerti al consumatore finale la normativa è sostanzialmente armonizzata a livello UE (salvo gli interventi concessi nei limiti di cui agli artt. 38 ss. RFI), per gli alimenti non pre-imballati il diritto europeo lascia impregiudicata la competenza nazionale, salvo le garanzie sull'informazione degli allergeni di cui all'art. 44 RFI e i requisiti sulla leale informazione; D. Pisaniello, op. cit., p. 293 ss..

46 Così recita l'art. 6 *bis*, comma 1, letta. a) Ddl, AC 2427, cit., p. 53.

47 Bene precisare che la norma si potrebbe prestare anche ad una interpretazione più ampia in sede di sua applicazione. L'art. 6-*bis*, comma 1, lett. a) fa, infatti, riferimento "*al rispetto della fornitura di informazioni sugli alimenti*" ed il Reg. (UE) n. 1169/2011 (cd RFI) distingue diversi regimi di fornitura di informazioni a seconda del tipo di alimento e della fase lungo la filiera (da cui anche sanzioni differenti in caso di loro violazione): prodotti pre-imballati offerti al consumatore; prodotti non pre-imballati (art. 12.5. RFI che rinvia all'art. 44); prodotti destinati al consumatore finale ma commercializzati in una fase precedente alla vendita al consumatore finale (art. 8.7. a) RFI); prodotti pre-imballati destinati ad essere forniti a collettività per esservi preparati, trasformati, frazionati o tagliati (art. 8.7 b) RFI); alimenti destinati ad ulteriori lavorazioni ("*non destinati al consumatore finale o alla collettività*" art. 8.8. RFI). Valga, inoltre, quanto precisato alle note nn. 44 e 45.

48 In merito si segnala che dal 1° aprile 2020 sarà applicabile il Regolamento (UE) di esecuzione della Commissione (UE) n. 775/2018 che prevede le modalità applicative di fornitura delle informazioni sull'ingrediente primario secondo quanto stabilito dall'art. 26 (3) del Reg. (UE) n. 1169/2011. Quest'ultima disposizione del regolamento quadro prevede che quando è fatto riferimento al paese di origine o al luogo di provenienza "*attraverso qualunque mezzo, come diciture, illustrazioni, simboli o termini che si riferiscono a luoghi o zone geografiche*", e questo richiamo territoriale non coincide con quello dell'*ingrediente primario* dell'alimento, si deve fornire una informazione specifica sull'origine di quest'ultimo. In realtà è stata concessa una proroga per lo smaltimento delle etichette in circolazione ma ciò che qui interessa è sottolineare che l'interpretazione del Regolamento si è rivelata ostica, anzi un vero *rebus* a partire dal comprendere quando effettivamente sussista l'obbligo informativo. Degno di nota in termini di cambiamenti in materia è che, dall'entrare in vigore del Regolamento, i Decreti interministeriali nazionali sull'origine del latte e derivati, grano e riso, pomodoro perderanno, sicuramente, efficacia (per quanto ad oggi, novembre 2020, ne è prevista una proroga a data da definirsi).

49 Rientra tra le indicazioni volontarie regolamentate anche quella relativa all'assenza di glutine o sulla sua presenza in misura ridotta, cfr Regolamento di esecuzione (UE) n. 828/2014 della Commissione, del 30 luglio 2014. D. Pisaniello, cit., p. 382.

50 Il testo è pubblicato sul sito http://www.fao.org/fao-who-codexalimentarius/en/ - per la traduzione in italiano si veda: http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pagineAree_1225_listaFile_itemName_3_file.pdf

51 *Codex*, cit., p. 1 ss..

52 Ai sensi dell'art. 2, comma 1 D.Lgs. n. 145/2007, per pubblicità ingannevole si intende: "*qualsiasi pubblicità che in*

qualunque modo, compresa la sua presentazione è idonea ad indurre in errore le persone fisiche o giuridiche alle quali è rivolta o che essa raggiunge e che, a causa del suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il loro comportamento economico ovvero che, per questo motivo, sia idonea a ledere un concorrente"; ai sensi dell'art. 2, comma 1 lett. d) la pubblicità comparativa consiste in una qualsiasi pubblicità che identifichi in modo esplicito o implicito un concorrente o beni o servizi offerti da un concorrente. Gli elementi necessari perché una comparazione sia lecita sono: 1) non ingannevolezza;2) consistere in un confronto oggettivo sulle caratteristiche essenziali e verificabili; 3) non indurre confusione sul mercato o discredito nei confronti del concorrente o non trarre indebito vantaggio dalla notorietà connessa al marchio, alla denominazione commerciale ovvero ad altro segno distintivo di un concorrente o alle denominazioni di origine di prodotti concorrenti. Requisiti specifici vigono per la pubblicità comparativa di prodotti pericolosi per la salute e sicurezza e quella rivolta a bambini e adolescenti.

53 Vi sono tre tipologie di azioni vietate in quanto considerate "concorrenza sleale" ai sensi dell'art. 2598 cc, ovvero: 1) atti confusori cioè "idonei a produrre confusione con i prodotti e con l'attività di un concorrente"; 2) atti di denigrazione, cioè idonei a mettere in cattiva luce i concorrenti e atti di appropriazione di pregi; 3) atti in contrasto con la correttezza professionale.

54 Per "pratica commerciale scorretta" si intende ai sensi dell'art. 18, lett. d), C. cons.: *"qualsiasi azione, omissione, condotta, o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori"*.

55 Il testo ed i commenti sono reperibili al sito https://www.iap.it.

56 In via esemplificativa si fa riferimento al venturo art. 440-*quater* c.p. *Informazioni commerciali ingannevoli o pericolose;* al venturo art. 517-*septies* c.p. *Commercio di alimenti con segni mendati* o al venturo art. 5, commi 1 e 2 L. n. 283/1962. Tutti ricompresi tra i reati presupposto ai sensi rispettivamente dei futuri artt. 25-*bis*.2 e 25-*bis*.3 D.Lgs. n. 231/2001.

57 *Tracciare l'agroalimentare di qualità*, Allegato alla Rivista trimestrale a carattere scientifico *CONSORTIUM Tutela e valorizzazione delle Indicazioni Geografiche Italiane* Anno 1, n. 2 ottobre - dicembre 2018, ISSN 2611-8440 cartaceo - ISSN 2611-7630 *online*.

58 D. Dongo, *Sicurezza alimentare: regole cogenti e norme volontarie, e-book*, Fare, scaricabile dal sito www.ilfattoalimentare.it.

59 *Report* 2019 ICQRF, cit., p. 1 ss..

60 Accordo del 28 luglio 2005 tra Ministero della Salute e i Presidenti delle Regioni e delle provincie autonome http://www.salute.gov.it/portale/temi/p2_6.jsp?lingua=italiano&id=1140&area=sicurezzaAlimentare&menu=sicurezza.

61 Ddl AC 2427, cit, p. 29.

62 All'entrata in vigore del Reg. (UE) n. 625/2017 è conseguita l'abrogazione del Reg. (UE) n. 854/2004 "*che stabilisce norme specifiche per l'organizzazione dei controlli ufficiali sui prodotti di origine animale destinati al consumo umano*" e del Reg. (UE) n. 882/2004.

63 Per una disamina delle motivazioni che portano a ricomprendere anche la fase primaria nell'ambito di applicazione del Regolamento si veda P. Borgi, *La produzione primaria nel regolamento (CE) n. 852/2004*, in L. Costato – P. Borghi – S. Rizzoli – V. Paganizza – L. Salvi , *Compendio di diritto alimentare*, Wolter Kluwer, 2019, p. 135 ss..

64 Pubblicato in G.U. n. 261 del 9 novembre 2007, Suppl. Ordinario n. 228. L'ambito di applicazione del Decreto è ampio ed è previsto anche il quadro sanzionatorio relativo alle violazioni delle disposizioni in tema di igiene degli alimenti. Si ricordano, in particolare, il disposto di cui all'art. 6, comma 6 che sanziona il caso di mancata adozione di procedure di autocontrollo basate sul sistema HACCP, comprese le procedure di verifica da predisporre ai sensi del Reg. (CE) n. 2073/2005 e quelle in materia di informazioni sulla catena alimentare; quello di cui all'art. 6, comma 8, che sanziona il caso di mancata o non corretta applicazione dei sistemi e/o procedure predisposte ai sensi dei commi 4,5 e 6. Degno di nota è anche il procedimento sanzionatorio previsto dall'art. 6, comma 7 D.Lgs. n. 193/2007 in tema di inadeguatezze nei requisiti o nelle procedure igieniche in base al quale l'Autorità può fissare un termine entro il quale le inadeguatezze possono essere eliminate e, in caso di mancato adempimento entro i termini stabiliti, viene contestato l'illecito sanzionabile con pena pecuniaria da euro 1.000 a euro 6.000.

65 http://www.salute.gov.it/portale/temi/p2_6.jsp?lingua=italiano&id=1225&area=sicurezzaAlimentare&menu=igiene operare in modo conforme al modello previsto dalla normativa in materia per un'azienda significa doversi attenere a norme igieniche generali oltre che al metodo HACCP, elaborando e strutturando un piano in cui vengano considerate la provenienza degli ingredienti e delle materie prime. In particolare, *"il responsabile del piano di autocontrollo deve predisporlo e attuarlo con l'attiva partecipazione della dirigenza e del personale avvalendosi, se del caso, di un supporto tecnico-scientifico esterno. Il piano deve essere applicabile e applicato, finalizzato a prevenire le cause di insorgenza di non conformità prima che si verifichino e deve prevedere le opportune azioni correttive per minimizzare i rischi quando, nonostante l'applicazione delle misure preventive, si verifichi una non conformità. L'obiettivo principale è istituire un sistema documentato con cui l'impresa sia in grado di dimostrare di aver operato in modo da minimizzare il rischio. Significa anche che devono essere costantemente monitorati i vari processi di lavorazione, l'uso finale dei prodotti, le categorie di consumatori interessati ed i risultati epidemiologici*

che riguardano la eventuale diffusione delle infezioni e delle intossicazioni alimentari; rilevati eventuali rischi inerenti un determinato prodotto o una certa emergenza".

66 Cfr http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pagineAree_1225_listaFile_itemName_0_file.pdf.

67 Il documento è reperibile sul sito https://eur-lex.europa.eu/legal-content/.

68 La definizione di programmi di prerequisiti (PrP) è riportata nella Comunicazione del 2016 della Commissione, cit., all'Appendice 1, Glossario ma la ritroviamo anche nella norma UNI EN ISO 22000:2500.

69 Unitamente ai principi stabiliti nel Reg. (CE) n. 178/2002 analisi del rischio, principio di precauzione, trasparenza/ comunicazione, responsabilità primaria degli OSA e rintracciabilità., ivi analizzati separatamente.

70 Nel Glossario della Comunicazione del 2016 l'FSMS viene, infatti, definito come un "*Sistema di gestione (o di controllo) per la sicurezza alimentare: la combinazione dei PRP come misure preventive di controllo; la tracciabilità, il richiamo e la comunicazione come attività di preparazione e il piano HACCP che definisce i CCP e/o i PRP operativi come misure di controllo collegate al processo di produzione"*, in Appendice 1 Glossario alla C/2016/4648 – G.U.U. E C 278 del 30 luglio 2016 pubblicato sul sito http://eur-lex.europa.eu.

71 Si veda l'Allegato I alla Comunicazione, cit., laddove è previsto che: "*Ciascun OSA dovrebbe applicare i programmi di prerequisiti come parte dell'FSMS; essi comprendono, tra le altre corrette prassi operative, le corrette prassi igieniche (GHP) e le buone prassi di fabbricazione (GMP). L'igiene e la sicurezza degli alimenti sono il risultato dell'applicazione, da parte delle imprese alimentari, di programmi di prerequisiti (PRP) e di procedure basate sul sistema HACCP. I PRP costituiscono la base su cui poggia un'efficace applicazione del sistema HACCP e andrebbero attuati prima di della realizzazione di qualsiasi procedura basata su tale sistema. (…) Le disposizioni più importanti di cui tenere conto per i PRP sono stabilite nei seguenti atti: i requisiti generali in materia di igiene di cui all'allegato I del regolamento (CE) n. 852/2004, applicabili alla produzione primaria e alle operazioni associate. Per gli orientamenti sui concetti di «produzione primaria e attività associate» si rinvia alla «Guida all'attuazione di alcune disposizioni del regolamento (CE) n. 852/2004 sull'igiene dei prodotti alimentari»; i requisiti generali in materia di igiene di cui all'allegato II del regolamento (CE) n. 852/2004, applicabili alle attività successive alla produzione primaria nelle fasi più a valle della filiera di produzione; i requisiti specifici in materia di igiene per gli alimenti di origine animale di cui all'allegato III del regolamento (CE) n. 853/2004. Alcuni di tali requisiti sono destinati alla produzione primaria (ad esempio per le uova, il latte crudo, i molluschi bivalvi vivi e i prodotti della pesca): si veda la sezione 3.7 della «Guida all'attuazione di alcune disposizioni del regolamento (CE) n. 853/2004 in materia di igiene per gli alimenti di origine animale» (2). Poiché questi PRP sono specifici per settore o per alimento, non verranno esaminati ulteriormente nel presente documento di orientamento (generale)".*

72 Facente parte del c.d. Pacchetto Igiene unitamente ai Reg. (UE) n. 853/2004 "*che stabilisce norme specifiche in materia di igiene per gli alimenti di origine animale*"; Reg. (UE) n. 625/2017 relativo ai *controlli ufficiali.*

73 D. Pisanello, cit. p. 266

74 *Codex Alimentarius*:http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pagineAree_1225_listaFile_itemName_3_file.pdf

75 Art. 19 Reg. (CE) n. 178/2002 "*Obblighi relativi agli alimenti: operatori del settore alimentare":*

1. *Se un operatore del settore alimentare ritiene o ha motivo di ritenere che un alimento da lui importato, prodotto, trasformato, lavorato o distribuito non sia conforme ai requisiti di sicurezza degli alimenti, e l'alimento non si trova più sotto il controllo immediato di tale operatore del settore alimentare, esso deve avviare immediatamente procedure per ritirarlo e informarne le autorità competenti. Se il prodotto può essere efficace e accurata, del motivo del ritiro e, se necessario, richiama i prodotti già forniti ai consumatori quando altre misure siano insufficienti a conseguire un livello elevato di tutela della salute.*

2. Gli operatori del settore alimentare responsabili di attività di vendita al dettaglio o distribuzione che non incidono sul confezionamento, sull'etichettatura, sulla sicurezza o sull'integrità dell'alimento devono, entro i limiti delle rispettive attività, avviare procedure per ritirare dal mercato i prodotti non conformi ai requisiti di sicurezza alimentare e contribuire a garantire la sicurezza degli alimenti trasmettendo al riguardo le informazioni necessarie ai fini della loro rintracciabilità, collaborando agli interventi dei responsabili della produzione, della trasformazione e della lavorazione e/o delle autorità competenti.

3. Gli operatori del settore alimentare informano immediatamente le autorità competenti quando ritengano o abbiano motivo di ritenere che un alimento da essi immesso sul mercato possa essere dannoso per la

salute umana. Essi informano le autorità competenti degli interventi adottati per evitare rischi al consumatore finale e non impediscono né scoraggiano la cooperazione di chiunque con le autorità competenti, in base alla legislazione nazionale e alla prassi legale, nel caso in cui tale cooperazione possa prevenire, ridurre o eliminare un rischio derivante da un prodotto alimentare.

4. Gli operatori del settore alimentare collaborano con le autorità competenti riguardo ai provvedimenti volti ad evitare o ridurre i rischi provocati da un alimento che forniscono o hanno fornito.

76 I principi sopra enunciati non sono del tutto nuovi: il decreto legislativo 26 maggio 1997, n. 155 già a suo tempo disponeva che: "*Qualora a seguito dell'autocontrollo […] il responsabile dell'industria alimentare constati che i prodotti possano presentare un rischio immediato per la salute provvede al ritiro dal commercio dei prodotti in questione e di quelli ottenuti in condizione tecnologiche simili informando le autorità competenti sulla natura del rischio e fornendo le informazioni relative al*

ritiro degli stessi; il prodotto ritirato dal commercio deve rimanere sotto la sorveglianza e la responsabilità dell'autorità sanitaria locale fino al momento in cui, previa autorizzazione della stessa, non venga distrutto o utilizzato per fini diversi dal consumo umano o trattato in modo da garantire la sicurezza; le spese sono a carico del titolare dell'industria alimentare" (art. 3, co. 4).

77 Art. 14 Reg. (CE) n. 178/2002 "*Requisiti di sicurezza degli alimenti*":

1. *Gli alimenti a rischio non possono essere immessi sul mercato.*

2. Gli alimenti sono considerati a rischio nei casi seguenti:

a) se sono dannosi per la salute;

b) se sono inadatti al consumo umano.

3. Per determinare se un alimento sia a rischio occorre prendere in considerazione quanto segue:

a) le condizioni d'uso normali dell'alimento da parte del consumatore in ciascuna fase della produzione, della trasformazione e della distribuzione;

b) le informazioni messe a disposizione del consumatore, comprese le informazioni riportate sull'etichetta o altre informazioni generalmente accessibili al consumatore sul modo di evitare specifici effetti nocivi per la salute provocati da un alimento o categoria di alimenti.

4. Per determinare se un alimento sia dannoso per la salute occorre prendere in considerazione quanto segue:

a) non soltanto i probabili effetti immediati e/o a breve termine, e/o a lungo termine dell'alimento;

sulla salute di una persona che lo consuma, ma anche su quella dei discendenti;

b) i probabili effetti tossici cumulativi di un alimento;

c) la particolare sensibilità, sotto il profilo della salute, di una specifica categoria di consumatori, nel caso in cui l'alimento sia destinato ad essa.

5. Per determinare se un alimento sia inadatto al consumo umano, occorre prendere in considerazione se l'alimento sia inaccettabile per il consumo umano secondo l'uso previsto, in seguito a contaminazione dovuta a materiale estraneo o ad altri motivi, o in seguito a putrefazione, deterioramento o decomposizione.

6. Se un alimento a rischio fa parte di una partita, lotto o consegna di alimenti della stessa classe o descrizione, si presume che tutti gli alimenti contenuti in quella partita, lotto o consegna siano a rischio a meno che, a seguito di una valutazione approfondita, risulti infondato ritenere che il resto della partita, lotto o consegna sia a rischio.

7. Gli alimenti conformi a specifiche disposizioni comunitarie riguardanti la sicurezza alimentare sono considerati sicuri in relazione agli aspetti disciplinati dalle medesime.

8. Il fatto che un alimento sia conforme alle specifiche disposizioni ad esso applicabili non impedisce alle autorità competenti di adottare provvedimenti appropriati per imporre restrizioni alla sua immissione sul mercato o per disporne il ritiro dal mercato qualora vi siano motivi di sospettare che, nonostante detta conformità, l'alimento è a rischio.

9. In assenza di specifiche disposizioni comunitarie, un alimento è considerato sicuro se è conforme alle specifiche disposizioni della legislazione alimentare nazionale dello Stato membro sul cui territorio è immesso sul mercato, purché tali disposizioni siano formulate e applicate nel rispetto del trattato, in particolare degli artt. 28, 30 del medesimo.

78 Il meccanismo delle comunicazioni rapide, sempre più numerose negli ultimi anni, è diventato uno strumento essenziale per notificare in tempo reale rischi diretti o indiretti per la salute umana, animale e l'ambiente, connessi al consumo di alimenti, mangimi e materiali destinati al consumo con alimenti, e adottare misure a tutela della salute pubblica. A tale scopo è stato istituito, sotto forma di rete, il sistema rapido di allerta comunitario di cui fanno parte: la Commissione Europea, gli Stati membri dell'Unione e l'EFSA (Autorità per la sicurezza alimentare). Nel caso in cui, quindi, a seguito di un controllo ufficiale, disposto sul mercato o presso un posto di ispezione frontaliera, nell'ambito di un autocontrollo effettuato da un operatore del settore, di un reclamo di un consumatore, o di un episodio di malattia alimentare, etc. venga identificato un rischio per la salute correlato ad un determinato prodotto, viene attivato il sistema di allerta rapido RASFF.

79 Il Ddl AC 2427, prevede all'uopo l'introduzione del venturo art. 440-*ter* c.p. *"Omesso ritiro di alimenti, medicinali o acque pericolosi"*.

80 Art. 3, D.Lgs. n. 190/2006 *"Violazione degli obblighi derivanti dagli articoli 19 e 20 del regolamento (CE) n. 178/2002 relativi all'avvio delle procedure per il ritiro dal mercato"*:

1. *Salvo che il fatto costituisca reato, gli operatori del settore alimentare e dei mangimi, i quali, essendo a conoscenza che un alimento o un mangime o un animale da loro importato, prodotto, trasformato, lavorato o distribuito, non più nella loro disponibilità, non è conforme ai requisiti di sicurezza, non attivano le procedure di ritiro degli stessi, sono soggetti al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria da tremila euro a diciottomila euro.*

2. *Gli operatori del settore alimentare e dei mangimi i quali, avendo attivato la procedura di ritiro di cui al comma 1 non ne informano contestualmente l'autorità competente, sono soggetti al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria da cinquecento euro a tremila euro.*

3. Salvo che il fatto costituisca reato, gli operatori del settore alimentare e dei mangimi i quali non forniscono alle autorità competenti le notizie o la collaborazione dalle stesse legittimamente richieste, al fine di evitare o ridurre i rischi legati ad un alimento, ad un mangime o ad un animale da essi fornito, sono soggetti al pagamento di una sanzione amministrativa

pecuniaria da duemila euro a dodicimila euro.
- Art. 4, D.Lgs. n. 190/2006 "*Violazione degli obblighi nei confronti dei consumatori e degli utilizzatori di cui agli articoli 19 e 20 del regolamento (CE) n. 178/2002":*
1. *Salvo che il fatto costituisca reato, gli operatori del settore alimentare e dei mangimi, i quali, avendo importato, prodotto, trasformato o distribuito un prodotto non conforme ai requisiti di sicurezza poi pervenuto al consumatore od all'utilizzatore, non informano questi ultimi circa i motivi dell'attivazione della procedura per il ritiro dal mercato, sono soggetti al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria da duemila euro a dodicimila euro.*

81 Così D. Pisanello, *Obblighi di sicurezza alimentare nel mercato unico tra gestione del rischio e responsabilità d'impresa*, in *Diritto Comunitario e degli scambi internazionali*, n. 4, 2008.

82 Per approfondire si può consultare il sito http://www.salute.gov.it/ laddove, nella sezione dedicata a *Unità di crisi* sono riportati i *link* ai seguenti documenti:
Rettifica della decisione 2004/478/CE
Attuazione del Piano di emergenza per la sicurezza degli alimenti e dei mangimi.
Intesa 8 aprile 2020
Lista contatti *Crisis coordinators* regionali

83 Bene distinguere le nozioni rischio e pericolo così come intese nell'ambito della legislazione alimentare. Ai sensi del Reg. (CE) n. 178/2002 le definizioni sono le seguenti: Rischio = "*funzione della probabilità e della gravità di un effetto nocivo per la salute, conseguente alla presenza di un pericolo*" (art. 3, n. 9); Pericolo = "*agente biologico, chimico o fisico contenuto in un alimento o mangime, o condizione in cui un alimento o un mangime si trova, in grado di provocare un effetto nocivo sulla salute*" (art. 3, n. 14). Notare che nel Reg. (UE) n. 625/2017 viene riproposta la definizione di rischio all'art. 3, nn. 23 e 24, "*una funzione della probabilità e della gravità dell'effetto nocivo sulla salute umana, animale e vegetale, sul benessere degli animali o sull'ambiente, conseguente alla presenza di un pericolo".*

84 Tra gli altri si veda in argomento S. Gabbi, *The interaction Between Risk Assessors and Risk Managers*, in *Eur. Food & Feed Law Review*, 2007, 3, pagg. 126 – 135.

85 La *Gap Analysis* è l'insieme delle attività che permettono il confronto tra il posizionamento attuale (*as-is*) e quello desiderato (*to-be*) in riferimento a *best practice* di settore, norme volontarie, leggi, obiettivi interni.

86 Il periodo di transizione previsto per le organizzazioni già certificate con la precedente versione ISO 22000:2005 è di 3 anni, pertanto dovrà essere concluso entro il 18 giugno 2021. La ISO 22000:2018 rispetto alla precedente opera una distinzione tra il rischio a livello operativo (attraverso il metodo HACCP-*Hazard Analysis Critical Control Point*) e il rischio a livello strategico del sistema di gestione (rischio d'impresa), con la conseguente capacità di cogliere le opportunità al fine di raggiungere specifici obiettivi.
Si distinguono, quindi:
Il ciclo PDCA: lo *standard* chiarisce il ciclo *Plan-Do-Check-Act*, avendo due cicli separati nello *standard* che lavorano insieme: uno copre il sistema di gestione e l'altro, coprendo i principi dell'HACCP.
Il processo operativo: viene fornita una chiara descrizione delle differenze tra termini chiave quali i *Critical Control Point* (CCP), *Operational Prerequisite Programmes* (OPRPs) e *Prerequisite Programmes* (PRPs).

87 Sono certificazioni di tipo B2B (*business to business*) ed attestano la conformità dei processi organizzativi aziendali a norme c.d. "di sistema" che qualificano le imprese fornitrici di private label. Rappresentano, dunque, un eccellente strumento di facilitazione dei rapporti commerciali con la GDO di tutto il mondo e che si rilevano preziosi ai fini della redazione di un modello di organizzazione e gestione ai fini della tracciabilità dei rapporti con i fornitori e per la prevenzione delle frodi lungo la filiera.

88 Si veda *infra* paragrafo n. 4 *La sicurezza alimentare Oltreoceano e le imprese italiane: Food Safety Modernitation Act, New Era of Smarter Food Fasety:FDA's Blueprint for the Future, export.*

89 Gli schemi di certificazione più rilevanti in Italia per il settore della produzione di alimenti sono, nello specifico, gli *standards* IFS Food 6.1, GSFS 8 (noto anche come BRC Food) ed FSSC 22000 versione 4.1. Questi *standards* soddisfano i criteri della *Global Food Safety Initiative* (GFSI) emessi dal CIES - *The Food Business Forum*, un'organizzazione globale il cui scopo principale è quello di rafforzare e promuovere la sicurezza alimentare lungo tutta la catena di fornitura.

90 G. Battistella, *Frodi alimentari, le certificazioni come strumento di gestione*, in *Riv. Alimenti&Bevande*, n. 6, 2019, *on line*, https://alimentibevande.it.

91 CSQA *Certificazioni, Sistemi di valutazione e prevenzione delle frodi nel settore agroalimentare*, in *Riv. Alimenti & Bevande*, n. 8, 2019, *on line*, https://alimentibevande.it.

92 CDC, *Estimate of foodborne illness in the United States*, https://www.cdc.gov/foodborneburden/estimates-overview.html Il *Center for Disease Control and Prevention* (CDC) rivela che ogni anno 1 abitante su 6, negli USA, è colpito da una tossinfezione alimentare.

93 V. Mongillo, cit., p. 307.

94 D. Dongo, *Sicurezza alimentare, Regole cogenti e norme volontarie*, e-book, Fare, 2016, p. 223.

95 All'interno del capitolo della FSMA dedicato alle adulterazioni intenzionali (FSMA-IA) si sancisce che a partire da luglio 2019/20, sia le aziende statunitensi sia quelle straniere che esportano negli Stati Uniti attuino un *Food Defense Plan* (FDP).

96 Da precisare che in sede di ispezione la FDA controlla l'adeguatezza del sistema HARPS per quel tipo di prodotto alimentare e per quel tipo di processo produttivo e la corretta adozione dei processi, protocolli e procedure previste dal piano HARPC adottato, e se rileva una scorretta pianificazione dell'HARPC può sospendere la registrazione dell'azienda e bloccare la commercializzazione dei prodotti. Se dal consumo dei prodotti posti in vendita sono derivati problemi di salute sono previste sanzioni penali..

97 *New Era of Smarter Food Safety: FDA's Blueprint for the Future. FDA* - https://www.fda.gov/food/cfsan-constituent-updates/fda-announces-new-era-smarter-food-safety-blueprint.

98 Ivi paragrafo 3.1.7. *Art. 6-bis, comma 1 lett. f): gestione e analisi del rischio, norme cogenti e strumenti di soft law internazionale.*

99 Ddl AC 2427, cit., p. 23.

100 Sulla necessità di controlli periodici e sulla conseguente necessità di aggiornare il modello si veda, tra le ultime pronunce, Cass. Pen., Sez. III, 12 giugno 2019, n. 25977, pubblicata in https://www.aodv231.it/ laddove l'indicazione che la Suprema Corte dà al Tribunale è la seguente: *"il giudice del rinvio valuterà, innanzitutto, se le violazioni in materia di salute e sicurezza dei lavoratori, riscontrate all'esito dei sopralluoghi successivi all'incidente occorso a S.B., siano addebitabili al ricorrente perché determinate da scelte gestionali di fondo dell'impresa, ovvero dalla inadeguatezza ed inefficacia del modello organizzativo, da accertarsi secondo una valutazione ex ante, alla luce di tutti gli elementi conoscibili al momento della predisposizione di esso, anche in considerazione delle necessità di adattamento nel tempo (...)".*

101 Così il venturo l'art. 6-*bis*, comma 4 D.Lgs. n. 231/2001.

102 Il richiamo ai mangimi nella norma fa presumere che il modello di organizzazione e gestione previsto per le imprese alimentari sia il medesimo per quelle mangimistiche in relazione alle quali vige una normativa specifica nell'ambito del diritto alimentare, tra l'altro complessa e stratificata in quanto alle norme UE si affiancano disposizioni nazionali, in via esemplificativa, si pensi al Reg n. 183/2005 sui requisiti per l'igiene che stabilisce anche condizioni e disposizioni atte ad assicurarne la rintracciabilità oltre a norme per la registrazione ed il riconoscimento degli stabilimenti mangimistici. Regolamento le cui violazioni sono sanzionate ai sensi del D.Lgs. n. 142/2009.

103 Il Ddl AC 2427 prevede la revisione della legislazione speciale di settore con specifico riferimento alla L. n. 283/1962 inerente "*La disciplina igienica della produzione e della vendita delle sostanze alimentari e delle bevande*" che ha un'indiscussa centralità nel sistema sanzionatorio di diritto alimentare (viene sostituito l'art.5 ed inseriti gli artt. 1-*bis*, 5-*bis*, 5-*ter*, 12-*ter* e 12-*quater*).

104 La giurisprudenza creatasi sul tema, per di più, non è assolutamente univoca ritenendo nella maggior parte dei casi sufficiente la forma orale e, solo saltuariamente, richiedendo, invece, quella scritta. Si riporta di seguito, in via esemplificativa uno stralcio della sentenza n. 3107, Cass. Pen., Sez. III, 23 gennaio 2014 (u.p. 2 ottobre 2013) - Ric. Caruso, pubblicata in R. Guariniello, *Codice della sicurezza degli alimenti commentato con la giurisprudenza*, Seconda edizione, Wolters Kluwer, 2016, p. 446 ss. : "*Sebbene il giudicante si sia posto il problema della delega di funzioni alla luce delle pronunce di questa S.C., la conclusione cui è pervenuto è radicale e non in linea con i numerosi principi di diritto interpretativi offerti da questa Corte nella delicata materia la conclusione cui è pervenuto è radicale e non in linea con i numerosi principi di diritto interpretativi offerti da questa Corte nella delicata materia. Non vi è dubbio, infatti, che, per un esonero di responsabilità del preposto, deve essere raggiunta la prova "con atto certo ed in equivoco" della esistenza di una delega di funzioni. Tuttavia, se si esclude la decisione ricordata anche in sentenza (sez. III, 19.1.11, Trinca, rv. 249536) che afferma perentoriamente la necessità che la delega sia conferita in forma scritta, la gran parte delle altre decisioni (sia in materia di alimenti che in ambito antinfortunistico), afferma il diverso concetto - cui questo Collegio ritiene di uniformarsi - secondo cui la delega può anche essere conferita oralmente dal titolare dell'impresa, non essendo richiesta per la sua validità la forma scritta né "ad substantiam" né "ad probationem", posto che l'efficacia devolutiva dell'atto di delega è subordinata all'esistenza di un atto traslativo delle funzioni delegate connotato unicamente dal requisito della certezza che prescinde dalla forma impiegata (salvo che per il settore pubblico in cui è invece richiesto l'atto scritto di delega), (Sez. III, 6.6.07, Cavallo, Rv. 237141; in tal senso, v. anche Sez. IV, 7.2.07, Ferrante, Rv. 236196; Sez. III, 13.7.04, Beltrami, Rv. 230088; Sez. IV, 28.9.06, Di Lorenzo, Rv. 235564). Vi è da soggiungere, altresì, che questa Corte ha affrontato il tema della delega di responsabilità anche con riguardo specifico alle società di notevoli dimensioni arrivando ad affermare che, in dette situazioni, la delega di funzioni viene presunta in re ipsa (sez. III, 28.4.03, Rossetto, n. 19462").* Nello stesso senso, oltre alle pronunce già riportate nella menzionata sentenza, si rimanda alla "storica" Cass. Pen., Sez. IV, 26 gennaio 2015 (u.p. 19 dicembre 2014), n. 3457 – Ric. Freda e altri, in Id., p. 497; nonché alla più recente Cass. Pen., Sez. III, 3 settembre 2018 (ud. 12 luglio 2018), n. 39432 che ha ribadito *"(...) il condiviso indirizzo in forza del quale in materia di disciplina degli alimenti, il legale rappresentante della società gestrice di una catena di supermercati non è responsabile qualora essa sia articolata in plurime unità territoriali autonome, ciascuna affidata ad un soggetto qualificato ed investito di mansioni direttive, in quanto la responsabilità del rispetto dei requisiti igienico-sanitari dei prodotti va individuata all'interno della singola struttura aziendale, non essendo necessariamente richiesta la prova dell'esistenza di una apposita*

delega (Sez. 3, n. 44335 del 10/9/2015, D'Argenio, Rv. 265345; Sez. 3, n. 11835 del 19/02/2013, Kash, Rv. 254761; Sez. 3, n. 4304 del 26/02/1998, Caron, Rv. 210510; Sez. 3, n. 3272 del 22/02/1991, Palma, Rv. 186615; Sez. 3, n. 19642 del 06/03/2003, Rossetto, Rv. 224848, secondo la quale, in casi di organizzazioni complesse, la sussistenza di una delega di responsabilità, anche organizzative e di vigilanza, per le singole sedi, si deve presumere "in re ipsa", anche in assenza di un atto scritto)".

105 Per una disamina della dottrina e giurisprudenza creatasi sul punto si rimanda a G. Mulè – Tonucci & *Partners*, *La rilevanza della delega di funzioni nell'ambito dei modelli organizzativi. Approfondimenti sull'istituto e spunti operativi*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n. 3, 2020, p. 309 ss..

106 Autorevole Dottrina, con specifico riferimento al settore alimentare argomenta in tal senso, cfr D. Pisanello *La delega di funzioni nell'impresa alimentare. Profili pratici e applicativi", Le monografie in tasca*, EPC, 2011, p.33 laddove si legge che: *"Nel settore della produzione e commercializzazione alimentare, la giurisprudenza della Corte di cassazione ritiene che l'adozione da parte del legale rappresentante o del gestore di una impresa di un modello organizzativo efficace in ordine ai controlli preliminari all'avvio del prodotto alimentare al consumo può esonerarlo da penale responsabilità ove vi sia stata una delega certa ed efficace di tale incombenza a un preposto specificamente incaricato al riguardo. La presenza o la mancanza di una delega valida può essere quindi decisiva per attribuire una condotta a titolo di colpa ai soggetti apicali".*

107 Ddl AC 2427, cit., p. 5

108 In argomento, C. Cupelli, *La riforma dei reati in materia agroalimentare: la responsabilità degli enti e i nuovi meccanismi estintivi*, *Diritto Agroalimentare*, Anno I, Fasc. 1, 2016; A. Natalini, *231 e industria agroalimentare*, *Diritto penale del cibo e responsabilità delle persone giuridiche*, Pacini Giuridica, 2017.

109 A. Natalini, cit., p. 141.

110 A. Natalini, cit., p. 143.

111 Si pensi, ad esempio, all'art. 30 D.Lgs. n. 81/2008 (che fornisce le caratteristiche che deve avere il modello di organizzazione e di gestione idoneo ad avere efficacia esimente della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica di cui al D.Lgs. n. 231/2001) il cui disposto prevede che, "*in sede di prima applicazione, i modelli di organizzazione aziendale definiti conformemente alle Linee guida UNI-Inail per un Sistema di Gestione della Salute e Sicurezza sul lavoro (SGSL) del 28 settembre 2001 o al British Standard OHSAS 18001:2007 si presumono conformi ai requisiti di cui al presente articolo per le parti corrispondenti*" (art. 30, comma 2). Lo stesso pare potersi dire per la certificazione ISO 9001 che è frequentemente richiesta come requisito giuridico dalla nuova normativa comunitaria in materia di *privacy*.

112 In tal senso si veda C. Marinuzzi, *Certificazioni. I Sistemi di qualità come strumento difensivo*, in *Alimenti & Bevande*, *Dossier*, 2019, p. 2 ss..

113 Laddove l'art. 1, paragrafo 2 Reg. (UE) n. 625/2017 prevede che : "*Il presente regolamento si applica ai controlli ufficiali effettuati per verificare la conformità alla normativa, emanata dall'Unione o dagli Stati membri in applicazione della normativa dell'Unione nei seguenti settori relativi a: gli alimenti e la sicurezza alimentare, l'integrità e la salubrità, in tutte le fasi della produzione, della trasformazione e della distribuzione di alimenti, comprese le norme volte a garantire pratiche commerciali leali e a tutelare gli interessi e l'informazione dei consumatori, la fabbricazione e l'uso di materiali e oggetti destinati a venire a contatto con alimenti; l'emissione deliberata nell'ambiente di organismi geneticamente modificati (OGM) a fini di produzione di alimenti e mangimi; i mangimi e la sicurezza dei mangimi in qualsiasi fase della produzione, della trasformazione, della distribuzione e dell'uso di mangimi, comprese le norme volte a garantire pratiche commerciali leali e a tutelare la salute, gli interessi e l'informazione dei consumatori; le prescrizioni in materia di salute animale; la prevenzione e la riduzione al minimo dei rischi sanitari per l'uomo e per gli animali derivanti da sottoprodotti di origine animale e prodotti derivati; le prescrizioni in materia di benessere degli animali; le misure di protezione contro gli organismi nocivi per le piante; le prescrizioni per l'immissione in commercio e l'uso di prodotti fitosanitari e l'utilizzo sostenibile dei pesticidi, ad eccezione dell'attrezzatura per l'applicazione di pesticidi; la produzione biologica e l'etichettatura dei prodotti biologici; l'uso e l'etichettatura delle denominazioni di origine protette, delle indicazioni geografiche protette e delle specialità tradizionali garantite".*

114 Commissione europea, *Le politiche dell'Unione Europea: Sicurezza dei prodotti alimentari*, 2014.

115 Ddl AC 2427, cit., p. 13.

116 L'art. 6 D.Lgs. n. 231/2001 non fornisce specifiche tecniche per la compilazione dei modelli con la conseguenza che, di fatto, per le imprese opera una presunzione di inidoneità dello stesso il cui onere probatorio in giudizio circa l'efficacia preventiva è rimesso in capo all'imprenditore ed alla valutazione insindacabile del giudicante. Così AA.VV., cit, p. 132 ss..

117 C. Cupelli, cit., p. 53 ove si osserva, altresì, che: "*l'obiettivo – neanche troppo celato – della novità è quello di stravolgere la consolidata logica per cui la violazione delle norme e la semplificazione al ribasso delle garanzie interne di legalità paiano alle imprese particolarmente allettanti, se non addirittura indispensabili per restare sul mercato; e il viatico per conseguire un siffatto obiettivo consiste nel rendere i comportamenti virtuosi prima di tutto convenienti".*

118 Laddove il *rating* è un elemento che evidenzia il rispetto di elevati *standard* di legalità da parte dell'impresa che ne fa richiesta e che in virtù di esso può godere di alcuni vantaggi. Il primo effetto deriva dal riconoscimento pubblico dei requisiti

e delle caratteristiche positive dell'impresa, e del valore etico; il secondo è costituito dalle facilitazioni previste in sede di concessioni di finanziamenti da parte delle pubbliche amministrazioni; il terzo è costituito dalla miglior credibilità suscitata nelle banche per le procedure di erogazione dei crediti e concessione di finanziamenti.

119 L'art. 12 L. 9/2013 *Responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato : "1. Gli enti che operano nell'ambito della filiera degli oli vergini di oliva sono responsabili, in conformità al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, per i reati di cui agli articoli 440 , 442 , 444 , 473 , 474 , 515 , 516 , 517 e 517-quater del codice penale, commessi nel loro interesse o a loro vantaggio da persone: a) che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale, ovvero che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso; b) sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a). 2. La responsabilità dell'ente sussiste anche quando l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile".*

27 L'ente come soggetto di diritto metaindividuale: l'archetipo dell'imputazione soggettiva della responsabilità 231 tra dato letterale, esigenze di sistema e prospettive comparatistiche.

di Giovanni Morgese

Abstract
Con il presente lavoro ci si propone di approfondire il tema dell'individuazione dei soggetti destinatari della normativa sulla responsabilità amministrativa degli enti derivante da reato.
Sebbene la giurisprudenza di legittimità abbia più volte ribadito il principio secondo il quale il d.lgs. n. 231/2001 non trova applicazione nei confronti di tutti quegli enti che, ancorché dotati di personalità giuridica, siano, di fatto, riferibili esclusivamente alla persona fisica dell'autore del reato presupposto, l'applicazione concreta di questo principio è tutt'altro che scontata, registrandosi nel panorama giurisprudenziale posizioni talvolta diametralmente opposte tra di loro.
Si passeranno quindi in rassegna le principali posizioni assunte dalla Corte di Cassazione con specifico riferimento alla riconducibilità al novero dei destinatari della 231, ora delle imprese individuali, ora delle s.r.l. unipersonali, ora, infine, delle società tra professionisti.
Seguirà un raffronto in chiave comparatistica con i sistemi di responsabilità degli enti adottati dagli ordinamenti giuridici stranieri, al fine di individuare eventuali punti di contatto o elementi differenziali rispetto al sistema adottato dal legislatore nazionale.
Si tenterà, infine, di offrire una chiave di lettura "sostanzialistica" che, valorizzando i basic principles della responsabilità ex crimine, prescinda dalle rigide categorie civilistiche, nella consapevolezza che all'interno di ogni genus tipizzato dal codice civile si possono rinvenire species completamente differenti. L'adozione di un approccio "sostanziale" condurrà ad una soluzione che non potrà prescindere da un'analisi case-by-case dell'organizzazione dell'ente, con la conseguenza che dovranno essere inclusi nel novero dei destinatari della 231 soltanto i soggetti collettivi metaindividuali.

This work is aimed at examining in depth the issue related to the identification of the recipients of corporate liability legislation.
Although the Supreme Court has repeatedly stated that Legislative Decree no. 231/2001 does not apply to those corporations tightly related to the person who committed the alleged crime, the concrete application of this principle is far from being taken for granted, since there are conflicting case-law on such matter.
Thus, the present work analyses the main judgements issued by the Supreme Court with specific regard to the inclusion of individual enterprise, limited liability companies and companies between professionals within the list of 231 recipients.
Moreover, this work is focused on the comparison between the Italian liability systems and the one adopted by foreign legal systems, in order to identify any contact point or differential element with respect to the system adopted by the national legislator.
Finally, a "substantive" key of interpretation is provided with by enhancing the basic principles of the corporate liability, leaving aside the strict civilistic categories: the adoption of a "substantial" approach leads to a solution based on a case-by-case analysis of the entities' organization. The consequence is that only the collective metaindividual subjects should be included within the list of 231 recipients.

Sommario
1. Premessa – **2.** La nozione di "*ente*" rilevante ai sensi del d.lgs. n. 231/2001 – **2.1.** Il criterio "*formale*": la personalità giuridica in senso lato – **2.2.** Il criterio "*sostanziale*": l'organizzazione pluripersonale – **3.** Le imprese individuali – **4.** Le s.r.l. unipersonali – **5.** Le società tra professionisti – **6.** Una lettura in chiave comparatistica – **7.** Prospettive *de iure condendo*

1. Premessa

"*La valutazione dell'efficacia di uno strumento normativo*– scriveva Francesco Centonze in un saggio di qualche anno fa dedicato ad alcune proposte di riforma del sistema 231 – *non può prescindere dalla realtà che si intende regolare. Essenziale, dunque, per verificare l'effettiva incidenza della disciplina italiana sulla responsabilità degli enti, uno sguardo al tessuto imprenditoriale*"[1].

Per poter affrontare il delicato tema dei soggetti destinatari del d.lgs. n. 231/2001 – ancora oggi al centro di un vivace dibattito interpretativo – si deve partire da una considerazione di carattere socio-economico e cioè dalla constatazione che il nostro Paese si compone in gran parte di piccole e medie imprese, le cui note distintive sono, da un lato, la sovrapposizione tra gestione e proprietà e, dall'altro, l'assenza di una struttura organizzativa particolarmente articolata.

Secondo i risultati del censimento permanente delle imprese per il 2019[2], pubblicato dall'Istat nel febbraio 2020, il 79,5% del tessuto imprenditoriale italiano (cioè circa 821.000 imprese) è rappresentato da microimprese con una media di addetti in organico compresa tra le 3 e le 9 unità; il 18,2% è costituito da imprese di piccole dimensioni (10-49 addetti); le medie e le grandi imprese, cioè le realtà aziendali con un numero di addetti superiore alle 50 unità, rappresentano appena il 2,3% del panorama nazionale.

A prescindere dalla forma giuridica assunta, la stragrande maggioranza delle realtà produttive del nostro Paese è caratterizzata da una struttura aziendale estremamente semplice, in cui la proprietà ed il controllo sono sovente accentrati nelle mani di una ristretta cerchia di soggetti: il tratto differenziale è pertanto costituito dalla sovrapposizione tra l'interesse dell'ente che esercita l'attività di impresa e quello del soggetto cui l'ente è in ultima analisi riferibile.

Le ripercussioni in tema di responsabilità amministrativa derivante da reato sono evidenti: anzitutto, non si può non rilevare come, in uno scenario quale quello descritto, la predisposizione e la definizione di rigide procedure aziendali rischi di cedere il passo alla prassi quotidiana, calibrata sulle pratiche operative imposte dall'organo amministrativo, di talché la predisposizione di modelli organizzativi, da monitorare ed implementare progressivamente, continua ad essere tutt'altro che scontata.

Da un secondo punto vista, appare evidente che assoggettare a responsabilità 231 anche quelle realtà che siano di fatto riferibili esclusivamente alla persona fisica dell'imprenditore/amministratore autore del reato presupposto equivalga a sanzionare due volte, sostanzialmente per i medesimi fatti, lo stesso centro di imputazione di rapporti giuridici, con buona pace del principio del *ne bis in idem* sostanziale.

Anche per questi motivi, in sede di primo commento alle disposizioni del d.lgs. n. 231/2001, autorevole dottrina aveva auspicato l'introduzione di una causa di esclusione della responsabilità in favore di tutte quelle realtà "*contraddistinte dalle ridotte dimensioni dell'azienda e dalla presenza di una base personale ristretta che non permettono di tracciare un discrimine, sul piano dell'interesse, tra la figura del titolare, autore del reato, e l'ente*"[3]: "*il nuovo sistema* – era stato questo il monito che la dottrina aveva rinnovato al legislatore – *si rivela forse eccessivamente gravoso rispetto alle piccole aziende in cui l'ente è espressione di interessi sostanzialmente non distinguibili da quelli dell'autore del reato*"[4].

Come si vedrà, il problema si è posto (e continua a porsi) con specifico riferimento alle imprese individuali, alle s.r.l. unipersonali e alle società tra professionisti, sia pure con i dovuti distinguo.

Dopo essersi soffermati sulla definizione della soggettività giuridica rilevante ai sensi dell'art. 1 del decreto, si passeranno quindi in rassegna i principali arresti giurisprudenziali in materia e le più significative opzioni di politica legislativa adottate in altri ordinamenti, tentando di fornire una chiave di lettura del sistema che possa guidare l'interprete nella risoluzione di alcune delle più frequenti fattispecie di imputazione soggettiva della 231, in attesa dell'intervento del legislatore o, quantomeno, delle Sezioni Unite della Suprema Corte.

2. La nozione di "ente" rilevante ai sensi del d.lgs. n. 231/2001

Il legislatore del 2001 ha incluso nel novero dei destinatari della 231 una platea di soggetti particolarmente ampia: dagli "*enti forniti di personalità giuridica*", alle "*società*", fino alle "*associazioni anche prive di personalità giuridica*".

Ora, se i concetti di "*società*" e "*associazione*" possono ritenersi sufficientemente definiti dal diritto civile e commerciale, la nozione di "*ente*" – evocativa di una categoria di genere di più ampia estensione semantica – impone uno sforzo interpretativo maggiore.

Per evitare di ricorrere ad elencazioni tassative e casistiche che mal si sarebbero adattate al tessuto imprenditoriale del nostro Paese – costellato, come accennato, da una pluralità di realtà diverse e caratterizzato, in larghissima parte, da PMI – il

legislatore delegato ha perimetrato il campo di applicabilità soggettiva del d.lgs. n. 231/2001 ricorrendo a una espressione volutamente elastica e generica.
La *ratio* di questa opzione legislativa è stata espressamente illustrata nella relazione ministeriale al d.lgs. n. 231/2001: per stessa ammissione del legislatore delegato, il ricorso a questa "*formula elastica*" è dipeso sostanzialmente dalla "*impossibilità materiale di indicare nominativamente tutte le singole realtà*" rispetto alle quali avrebbe potuto astrattamente trovare applicazione la nuova disciplina.
Pur consapevole dell'eccesiva potenzialità espansiva dell'espressione "*ente*", astrattamente idonea a ricomprendere "*realtà assai eterogenee*" – alcune delle quali di rilevanza minima –, il legislatore ha tuttavia preferito non intervenire con la previsione di un'esimente *ad hoc*, demandando all'interprete il compito di arginare le inevitabili dilatazioni interpretative di quel sintagma.
L'invito non è certo rimasto disatteso: se la dottrina ha più volte ribadito che il sistema 231 trovi applicazione nei confronti di una "*vasta platea di soggetti individuati per la comune vocazione ad imporsi come centri autonomi di imputazione degli atti compiuti dalla persona fisica che abbia agito nel loro interesse o a loro vantaggio e con la quale, dunque, non possano essere identificati*"[5], la giurisprudenza non ha mancato di rilevare come la responsabilità amministrativa da reato sia riferita "*unicamente agli enti, termine che evoca l'intero spettro dei soggetti di diritto metaindividuali*"[6].
Ciononostante, l'applicazione concreta di quei principî non è rimasta immune da incertezze e dubbi interpretativi, al punto che ancora oggi, a distanza di vent'anni dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 231/2001, nel panorama giurisprudenziale si registrano posizioni anche diametralmente opposte tra di loro.
Per vero, la relazione ministeriale aveva già previsto che quell'opzione legislativa (cioè l'impiego del sintagma "*ente*") si sarebbe rivelata, "*nel confronto con la prassi*" giudiziaria, "*non poco impegnativa*", potendo quell'espressione ben ricomprendere, dal punto di vista astratto, anche "*soggetti in cui è carente il 'diaframma' in termini di autonomia patrimoniale dell'ente*" o, più in generale, realtà aventi dimensioni modeste e struttura organizzativa pressoché inesistente, "*in relazione alle quali* – era stato già allora candidamente ammesso – *non può escludersi che la previsione di forme di responsabilità amministrativa, con tutto il dispendioso apparato anche processuale, si riveli, alla prova dei fatti, addirittura diseconomico*"[7].
È evidente, allora, che la prima operazione da compiere – per poter correttamente inquadrare il tema della assoggettabilità alla responsabilità *ex* d.lgs. n. 231/2001 di tutti quei soggetti che, ancorché dotati di personalità giuridica, siano, di fatto, riferibili esclusivamente alla persona fisica dell'autore del reato presupposto – non possa che essere quella di approfondire significato e portata del sintagma "*ente*" nel contesto del decreto 231, prendendo le mosse dai principali criteri di definizione della soggettività giuridica rilevante ai sensi dell'art. 1 del decreto.

2.1. Il criterio "formale": la personalità giuridica in senso lato

Da una prima lettura della disposizione di cui all'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 231/2001, il criterio fondamentale per l'attribuzione della soggettività rilevante per l'imputazione di una responsabilità amministrativa da reato sembra essere la titolarità della personalità giuridica.
A differenza di quanto richiesto per "*società*" ed "*associazioni*" – le quali possono essere assoggettate a responsabilità 231 indipendentemente dal possesso della personalità giuridica – gli altri "*enti*" dovrebbero invece comunque essere forniti di "*personalità giuridica*" per poter rispondere degli illeciti amministrativi derivanti da reato secondo l'impianto normativo del d.lgs. n. 231/2001.
In relazione alla nozione di personalità giuridica rilevante ai sensi del d.lgs. n. 231/2001 si registrano in dottrina diversi indirizzi interpretativi.
Una prima impostazione propone una nozione ristretta di personalità giuridica, ancorata alle categorie civilistiche della "*autonomia patrimoniale perfetta*" e della "*responsabilità limitata*" (cd. *personalità giuridica in senso stretto*)[8].
Una seconda linea interpretativa[9] sostiene una lettura più ampia, che fa leva sulla possibilità di identificare l'"*ente*" come soggetto giuridico autonomo, del tutto distinto dalle persone fisiche che di esso fanno parte (cd. *personalità giuridica in senso lato*).
Secondo quest'ultimo orientamento, la personalità giuridica rilevante ai sensi del d.lgs. n. 231/2001 caratterizzerebbe gli "*enti*" destinatari della responsabilità 231 come "*soggetti di diritto metaindividuale*", cioè come "*centri autonomi di imputazione degli atti compiuti dalla persona fisica che abbia agito nel loro interesse o a loro vantaggio e con la quale, dunque, non possano essere identificati*"[10].
Che questa sia – ad avviso di chi scrive – l'opzione ermeneutica da preferire sembra peraltro confermato dal fatto che, nella relazione ministeriale, il legislatore delegato – dopo aver chiarito che "*l'introduzione di forme di*

responsabilità degli enti collettivi" è stata dettata dalla presa d'atto che "*le principali e più pericolose manifestazioni di reato sono poste in essere* [...] *da soggetti a struttura organizzata e complessa*"[11] –, aveva espressamente definito l'ente destinatario della 231 "*quale autonomo centro d'interessi e di rapporti giuridici* [...] *e matrice di decisioni ed attività dei soggetti che operano in nome, per conto o comunque nell'interesse dell'ente*"[12].

Come evidenziato dalla dottrina, tuttavia, prescindere dalla personalità giuridica in senso stretto "*non significa abbandonare i limiti normativi di fattispecie per affidarsi ad un incontrollato criterio d'ordine sostanziale*"[13]: perché il presupposto della responsabilità per l'illecito amministrativo da reato possa dirsi integrato, infatti, è pur sempre necessario accertare che l'"*ente*" sia dotato di soggettività giuridica, possa cioè essere qualificato – secondo le circostanze del caso concreto – come centro autonomo di imputazione di atti giuridici e titolare di interessi distinti rispetto a quelli delle persone fisiche che ne fanno parte.

Si tratta, a ben vedere, di una lettura dagli importanti risvolti pratici.

La valorizzazione della soggettività giuridica nel senso da ultimo precisato consente anzitutto di eliminare ogni incertezza circa la riconducibilità nel novero dei destinatari del d.lgs. n. 231/2001 delle società di persone, dei comitati e finanche delle società di fatto.

Il criterio formale della personalità giuridica in senso lato è inoltre seguito da quell'orientamento della giurisprudenza che continua ad annoverare le s.r.l. unipersonali – quale che sia la compagine sociale o la struttura organizzativa – nel catalogo dei soggetti destinatari delle disposizioni in materia di responsabilità amministrativa da reato.

L'impossibilità di estendere la 231 a quei soggetti che, ancorché dotati di personalità giuridica, siano di fatto riferibili esclusivamente alla persona fisica del socio (o del titolare) è stata infatti recentemente ribadita proprio dalla sentenza che, ad una prima lettura, sembrerebbe aver risolto in senso positivo la questione dell'applicabilità delle norme sulla responsabilità da reato degli enti a tutte le s.r.l. unipersonali[14]: "*presupposto indefettibile per l'applicazione del diritto sanzionatorio degli enti* – ha ribadito in quell'occasione la Suprema Corte – è l'esistenza di un soggetto di diritto *metaindividuale*"[15].

Parimenti, fa leva sul criterio formale – nell'accezione da ultimo indicata – l'indirizzo interpretativo (maggioritario in seno alla giurisprudenza di legittimità) che, a prescindere da ogni considerazione in merito alle dimensioni ed alle articolazioni interne, nega la possibilità di estendere la responsabilità 231 alle imprese individuali, non trattandosi di "*soggetti di diritto metaindividuali*" e, pertanto, prive di quella soggettività giuridica che sola potrebbe giustificare l'inserimento nel novero dei soggetti destinatari delle disposizioni del d.lgs. n. 231/2001.

La tesi della "*personalità giuridica in senso lato*" – a cui va riconosciuto il merito di offrire una lettura della nozione di "*ente*" più aderente alle esigenze di sistema – rischia tuttavia di legittimare un'applicazione indiscriminata della responsabilità 231, non consentendo di distinguere, tra le varie tipologie di enti collettivi astrattamente ipotizzabili, tutte quelle realtà che, pur essendo qualificabili come "*soggetti di diritto metaindividuali*", siano di fatto riconducibili esclusivamente alla persona fisica dell'autore del reato presupposto.

2.2. Il criterio "sostanziale": l'organizzazione pluripersonale

Al criterio formale incentrato sul dato della soggettività giuridica se ne affianca un altro, di tipo "*sostanziale*", che valorizza l'organizzazione pluripersonale come vero e proprio "*in sé*" della responsabilità amministrativa da reato.

"*Scopo del d.lgs. n. 231/2001* – si è infatti efficacemente osservato in dottrina – è quello di configurare un modello di responsabilità il cui destinatario naturale è l'organizzazione pluripersonale, a prescindere dallo schermo formale che la qualifica, ma comunque identificabile come entità distinta dalla persona fisica autrice del reato ed in quanto tale autonomamente individuabile come centro di imputazione della scelta criminosa"[16].

Se il criterio formale individua come *discrimen* per l'attribuzione della responsabilità 231 la sola possibilità di qualificare l'ente come "*soggetto di diritto metaindividuale*", il criterio sostanziale fa leva invece sull'organizzazione, quale "*corpo*" e "*strumento*" dell'ente di volta in volta considerato.

Sulla scorta di questo rilievo, si è quindi osservato che perché l'esercizio dell'impresa possa dar luogo alla responsabilità 231 è necessario un "*quid pluris qualificante*": deve ricorrere, cioè, "*un ente collettivo, 'soggetto-gruppo', aggregato organizzato per il perseguimento di un risultato comune, quale autonomo centro di interessi giuridici, altro dalla persona fisica, titolare di un proprio interesse distinto e ulteriore rispetto a quello delle persone che lo compongono, a beneficio del quale il reato-presupposto può essere commesso*"[17].

In effetti, l'ente "*prende corpo*" – nell'esercizio dell'attività d'impresa, come nell'attuazione ed implementazione di modelli organizzativi volti a prevenire la commissione di reati presupposto della

responsabilità 231 – attraverso il comportamento aggregato delle singole persone fisiche che di esso fanno parte: è solo l'interazione tra queste ultime che consente l'operatività *day-to-day* dell'ente collettivo.
Non a caso, gli articoli 5, 6 e 7 d.lgs. n. 231/2001 – che, come noto, pongono l'accento sul rapporto funzionale che deve necessariamente intercorrere tra l'ente collettivo e il soggetto ("*apicale*" o "*subordinato*") autore del reato presupposto – dimostrano come il meccanismo di responsabilizzazione (e punizione) degli enti presupponga un'articolazione ed un'organizzazione interna tali da consentire l'individuazione di un interesse autonomo rispetto a quello proprio di chi agisce in nome e per conto dell'ente stesso.
Che l'organizzazione costituisca una caratteristica essenziale ed imprescindibile dell'"*ente*", ai fini della 231, è dimostrato, altresì, dall'espressa previsione di una causa di esclusione (o comunque di attenuazione) della responsabilità ogni qualvolta si provi che l'organo dirigente abbia adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi (art. 6, comma 1, d.lgs. n. 231/2001).
È evidente, quindi, che l'invito a dotarsi di un cd. "modello organizzativo" può trovare concreta attuazione soltanto qualora risulti indirizzato a soggetti la cui organizzazione interna consenta l'adozione di procedure e processi aziendali finalizzati a ridurre il rischio di commissione di reati.
Anche sotto questo profilo, quindi, dovrebbe concludersi che in tanto un ente può essere destinatario delle prescrizioni e delle sanzioni di cui al d.lgs. n. 231/2001, in quanto risulti dotato di un'apprezzabile organizzazione interna in grado di differenziarlo dalla persona fisica autrice del reato presupposto.
La verifica della titolarità di una soggettività giuridica autonoma e distinta rispetto a quella dell'autore del reato presupposto deve senz'altro rappresentare il punto di partenza dell'analisi circa la riconducibilità di un determinato soggetto al novero dei destinatari della 231, ma non può certo esaurire il compito dell'interprete che, per poter muovere all'ente collettivo un rimprovero ai sensi del d.lgs. n. 231/2001, deve necessariamente verificare l'esistenza di un'articolazione e di una struttura interna tali da poter connotare il "*soggetto di diritto metaindividuale*" come del tutto indipendente rispetto alle determinazioni della persona fisica autrice del reato presupposto.
La nozione "*enti forniti di personalità giuridica*" starebbe quindi ad identificare qualunque forma di manifestazione organizzativamente complessa dell'attività di impresa, a prescindere dall'assunzione o meno di una determinata forma giuridica[18].
In definitiva, se per i fautori del criterio formale, la "*ragion d'essere*" della responsabilità amministrativa da reato risiederebbe nella titolarità di una soggettività giuridica tale da poter qualificare l'ente collettivo come "*soggetto di diritto metaindividuale*", per i sostenitori del criterio sostanziale, essa dovrebbe piuttosto rinvenirsi nella sussistenza di una "*organizzazione interna complessa*", che consenta di prescindere dal sistematico intervento del titolare, socio o beneficiario economico nella gestione dell'attività di impresa.

3. Le imprese individuali

Come anticipato in apertura, l'adesione all'uno piuttosto che all'altro criterio di definizione della soggettività giuridica rilevante ai sensi dell'art. 1 d.lgs. n. 231/2001 non è scevra di conseguenze sul piano pratico.
Il primo terreno di confronto è sicuramente rappresentato dalle imprese individuali, rispetto alle quali, dopo alcune decisioni contrastanti, la giurisprudenza di legittimità sembra ormai consolidata nel senso di escluderne la riconducibilità ai soggetti destinatari della 231.
Il punto di partenza non può che essere una nota sentenza del 2004 con cui la Sesta Sezione della Corte di Cassazione[19] – aderendo di fatto al criterio formale della personalità giuridica in senso lato – aveva escluso che le disposizioni del d.lgs. n. 231/2001 potessero trovare applicazione nei confronti dell'imprenditore individuale.
"*Quale che sia la natura giuridica di questa responsabilità 'da reato'* – avevano chiarito i giudici di legittimità in quell'occasione – è certo che in tutta la normativa (convenzioni internazionali; legge di delegazione; decreto delegato) e, segnatamente, nell'art. 1, comma 1, del decreto legislativo n. 231 del 2001 essa è riferita unicamente agli 'enti', termine che evoca l'intero spettro dei soggetti di diritto *metaindividuali*" […] *Soltanto sugli enti dotati di personalità giuridica che siano strutturati in forma societaria o pluripersonale, possono farsi gravare gli articolati obblighi nascenti dal testo normativo in esame*"[20].
Nel 2011 era poi intervenuta una pronuncia di senso diametralmente opposto: la Terza Sezione Penale aveva infatti affermato che "*le norme sulla responsabilità da reato degli enti si applicano anche alle imprese individuali, che devono ritenersi incluse nella nozione di ente fornito di personalità giuridica*

utilizzata dall'art. 1, comma secondo, D.Lgs. n. 231 del 2001 per identificare i destinatari delle suddette disposizioni"[21].

Si tratta, a quanto consta, dell'unica sentenza della Suprema Corte ad aver affermato la riconducibilità dell'impresa individuale al novero dei soggetti destinatari della responsabilità *ex* d.lgs. n. 231/2001.

A distanza di poco più di un anno dal deposito di quella che autorevole dottrina aveva addirittura definito sentenza "*pietra dello scandalo*"[22], la Suprema Corte era tornata sull'argomento ribadendo il principio, già espresso nel 2004, secondo cui "*la normativa sulla responsabilità da reato degli enti prevista dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 non si applica alle imprese individuali, in quanto si riferisce ai soli soggetti collettivi*"[23].

L'arresto del 2012 aveva quindi indotto molti commentatori ad escludere la necessità di un intervento dirimente delle Sezioni Unite: "*le argomentazioni offerte dalla dottrina e le vibranti critiche alla sentenza del 2011* – era stato autorevolmente evidenziato in dottrina – *consentono di superare definitivamente quei dubbi che tale ultima sentenza aveva sollevato*"[24].

Ad avviso di chi scrive, la questione merita tuttavia un approfondimento ulteriore.

Anche a voler prescindere dalla considerazione che il richiamo al principio affermato nel 2004 è avvenuto in maniera del tutto incidentale, non avendo la sentenza del 2012 confutato in alcun modo le argomentazioni spese dalla Terza Sezione a sostegno della tesi della riconducibilità delle imprese individuali tra i soggetti destinatari della 231, il punto centrale resta comunque un altro.

Le sentenze della Sesta e della Terza Sezione – le uniche, come detto, ad essersi davvero soffermate sulla questione, dando conto delle ragioni per cui hanno ritenuto, rispettivamente, di escludere e di includere le imprese individuali nel novero dei soggetti destinatari della responsabilità 231 – sono accomunate esclusivamente dall'astratta riconducibilità di quella specifica realtà al *genus* impresa individuale.

Differente è anzitutto la tipologia di impresa individuale rispetto alla quale la Suprema Corte è stata chiamata a pronunciarsi: da un lato, una realtà semplice, in tutto e per tutto riferibile alla persona fisica dell'autore del reato presupposto; dall'altro, un ente che – sebbene fosse qualificato giuridicamente come "impresa individuale" – era dotato di un'organizzazione interna tale da rendere necessario il coinvolgimento di soggetti diversi dall'imprenditore.

Differente, soprattutto, il criterio seguito dalla Corte di Cassazione per la risoluzione della *quaestio iuris* sottoposta al suo esame: se nel 2004, i giudici di legittimità avevano fatto leva sul criterio formale della personalità giuridica in senso lato per escludere in radice l'assoggettabilità delle imprese individuali alle disposizioni del d.lgs. n. 231/2001 (non potendo queste essere qualificate come "*soggetti di diritto metaindividuale*"), nel 2011 la Suprema Corte ha invece fatto ricorso al criterio sostanziale incentrato sull'organizzazione pluripersonale, prescindendo, quindi, da ogni considerazione circa l'assunzione di quella determinata forma giuridica per l'esercizio dell'attività di impresa.

"*E' notorio* – aveva riconosciuto la Terza Sezione della Cassazione in quell'occasione – *che molte imprese individuali spesso ricorrono ad una organizzazione interna complessa che prescinde dal sistematico intervento del titolare della impresa per la soluzione di determinate problematiche e che può spesso involgere la responsabilità di soggetti diversi dall'imprenditore ma che operano nell'interesse della stessa impresa individuale*".

Muovendo da questa massima di esperienza, la Suprema Corte aveva quindi preso le distanze dall'assiomatico assunto della generale estraneità di tale categoria di soggetti giuridici al sistema 231, individuando il *discrimen* per l'assoggettabilità delle imprese individuali alle disposizioni del d.lgs. n. 231/2001 non già nella "metaindividualità", bensì nella organizzazione pluripersonale interna, che viene pertanto ad assumere il rango di vero e proprio "in sé" della responsabilità amministrativa da reato.

Lungi dall'aver affermato che ogni impresa individuale possa essere indiscriminatamente ricondotta tra i soggetti destinatari della 231, in quell'occasione la Suprema Corte si era semplicemente limitata a fare corretta applicazione del criterio sostanziale sopra descritto, affermando il principio per cui la valutazione dell'assoggettabilità delle imprese individuali alle disposizioni del decreto 231 non potesse essere effettuata aprioristicamente in ragione della sola forma giuridica assunta per l'esercizio dell'attività di impresa, ma dovesse necessariamente fare i conti con le specifiche del caso concreto, avuto riguardo, cioè, alla dimensione e all'articolazione interna della singola impresa individuale oggetto di indagine.

Se così non fosse, del resto, vi potrebbe essere il rischio di "*ricadute sul piano costituzionale connesse ad una disparità di trattamento tra coloro che ricorrono a forme semplici di impresa e coloro che, per svolgere l'attività, ricorrono a strutture ben più complesse ed articolate*"[25].

Anche per questi motivi, l'arresto del 2011

dovrebbe essere rivalutato, valorizzando non tanto le conclusioni raggiunte (che ad una prima lettura potrebbero sembrare deporre per un'indiscriminata estensione dell'ambito applicativo dell'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 231/2001), quanto il metodo di indagine impiegato, l'unico idoneo ad escludere l'applicabilità della responsabilità amministrativa da reato a tutti quei soggetti di diritto di fatto riferibili esclusivamente alla persona fisica dell'imprenditore autore del reato presupposto, a prescindere dalla specifica forma giuridica assunta per l'esercizio dell'attività di impresa.

4. Le s.r.l. unipersonali

Il tema della responsabilità amministrativa da reato delle società unipersonali è da sempre al centro di un vivace dibattito: se la dottrina riconosce la possibilità di escludere l'assoggettabilità di quegli enti alle disposizioni della 231, di fatto assimilandole alle imprese individuali, la giurisprudenza di legittimità[26] sembra continuare a sposare la tesi opposta, sostenendo che la società unipersonale – in quanto autonomo centro di rapporti giuridici dotato di soggettività giuridica distinta rispetto a quella di chi ne detiene le quote –, debba necessariamente annoverarsi tra gli enti soggetti alle disposizioni di cui al d.lgs. n. 231/2001.
Il principio è stato ribadito, da ultimo, dalla Sesta Sezione della Suprema Corte, con una sentenza che, ad una prima lettura, sembrerebbe aver definitivamente risolto in senso affermativo la questione.
"*La disciplina del D.Lgs. n. 231 del 2001* – si legge in un *obiter* di quella pronuncia – è riferita agli enti, sintagma che evoca l'intero spettro dei soggetti di diritto non riconducibili alla persona fisica, indipendentemente dal conseguimento o meno della personalità giuridica e dallo scopo lucrativo o meno perseguito dagli stessi […] *Se, pertanto, il presupposto indefettibile per l'applicazione del diritto sanzionatorio degli enti è l'esistenza di un 'soggetto di diritto metaindividuale', quale autonomo centro di interessi e di rapporti giuridici, è certamente ascrivibile al novero dei destinatari del D.Lgs. n. 231 del 2001 anche la società unipersonale, in quanto soggetto di diritto distinto dalla persona fisica che ne detiene le quote*"[27].
Per inquadrare correttamente il problema, si deve anzitutto partire dalla considerazione che l'espressione "*s.r.l. unipersonale*" non è evocativa di una categoria omogenea, costituendo piuttosto un *genus* al cui interno si possono rinvenire *species* completamente differenti.
Volendo estremizzare: da un lato, le s.r.l. unipersonali di grandi dimensioni, con struttura e organizzazione societaria particolarmente complesse (si pensi, ad esempio, alla s.r.l. dotata di importanti *asset* aziendali, partecipata al 100% da una società di capitali avente, a sua volta, una propria autonoma struttura organizzativa); dall'altro, le s.r.l. unipersonali partecipate unicamente dal socio persona fisica, prive di dipendenti o comunque di soggetti titolari di specifiche funzioni aziendali, la cui gestione è affidata esclusivamente al socio unico.
È soltanto rispetto alla prima tipologia di s.r.l. unipersonale che sembra possa trovare applicazione il principio ribadito dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 49056 del 2017.
Non a caso, la vicenda sottoposta in quell'occasione all'esame della Suprema Corte vedeva, quale imputata 231, proprio una s.r.l. unipersonale che, lungi dall'essere riferibile esclusivamente al socio persona fisica, era partecipata da una società di capitali (segnatamente, un'altra s.r.l.) avente una propria autonoma struttura organizzativa.
Nulla quaestio, infatti, in caso di s.r.l. unipersonale partecipata da una società di capitali o di s.r.l. unipersonale che evidenzi comunque una complessità e una patrimonializzazione tali da rendere palpabile l'esistenza di un centro di imputazione di interessi giuridici autonomo ed indipendente rispetto a quello facente capo al singolo socio.
Diversamente, nel caso in cui la s.r.l. unipersonale sia partecipata unicamente dal socio persona fisica, ci si troverebbe dinanzi ad un soggetto giuridico in tutto e per tutto assimilabile, ai fini della 231, all'impresa individuale: "*il ricorso allo schermo societario, al fine di limitare la responsabilità patrimoniale del socio, sarebbe di per sé insufficiente a differenziare tali enti dall'impresa individuale*"[28].
Nel caso in cui "*l'unico socio persona fisica rivesta il ruolo di amministratore unico e manchi il collegio sindacale*", la s.r.l. unipersonale finisce, infatti, per assumere una matrice evidentemente socio-centrica "*assimilabile alla condizione dell'imprenditore individuale*" e tale da "*accomuna*[re] *la sostanza economica delle due figure*"[29].
Le ridotte dimensioni dell'azienda e la presenza di una base personale ristretta (qual è, evidentemente, quella delle s.r.l. unipersonali partecipate unicamente dal socio persona fisica) non consentono, in altri termini, di tracciare un discrimine tra la figura dell'autore del reato presupposto e quella dell'ente.
La carenza di alterità soggettiva tra ente e autore del reato presupposto impedisce di ravvisare lo specifico interesse o vantaggio – distinto e ulteriore rispetto a quello dell'amministratore/socio unico – conseguito dalla società in ragione della

commissione del reato, di talché non può esservi spazio, in contesti del genere, per ipotizzare una responsabilità 231 a carico della s.r.l. unipersonale.
A voler ragionare diversamente, a voler ritenere, cioè, che la disciplina della 231 si applichi anche a quegli "*enti la cui soggettività non risulti distinguibile dalla persona fisica autrice del reato presupposto della responsabilità dell'ente*"[30], si correrebbe il "*rischio di una irragionevole duplicazione del trattamento sanzionatorio, in contrasto con il principio di personalità della responsabilità penale e con il principio, immanente al sistema penale e a quello sanzionatorio amministrativo, del* ne bis in idem *sostanziale, atteso che verrebbe a punirsi due volte, per lo stesso fatto, un identico centro di interessi*"[31].
Che questa sia l'unica soluzione percorribile è dimostrato, del resto, dalle implicazioni di carattere pratico che una diversa impostazione determinerebbe. Una considerazione su tutte: a chi dovrebbero applicarsi le prescrizioni del Modello di organizzazione e di gestione adottato da una s.r.l. unipersonale priva di dipendenti, in cui l'organo decisorio è rappresentato dall'amministratore-socio unico e in cui manchi il Collegio sindacale[32]? Interrogativo, evidentemente retorico, che dimostra, ancora una volta, come la disciplina di cui al d.lgs. n. 231/2001 sia ontologicamente incompatibile non soltanto con le imprese individuali, ma finanche con le s.r.l. unipersonali di fatto riferibili esclusivamente al socio unico persona fisica.
A tal proposito, non si può non salutare con favore la significativa apertura che si è recentemente registrata in seno alla giurisprudenza di merito ambrosiana.
Ci si riferisce, in particolare, alla sentenza di non luogo a procedere emessa e depositata lo scorso 16 luglio 2020 dal Giudice dell'Udienza Preliminare di Milano, dott. Aurelio Barazzetta, nell'ambito di un procedimento penale che vedeva imputata ai sensi dell'art. 24 d.lgs. n. 231/2001 (in relazione all'art. 640, comma 2, c.p.) una s.r.l. unipersonale operante nel settore della costruzione e del noleggio di macchine per il sollevamento, in relazione alla quale il giudice di merito non è riuscito a "*scorgere un centro autonomo di imputazione di rapporti giuridici* [...] *che possa distinguersi dagli interessi della persona fisica del già Presidente del CdA ed ora liquidatore*"[33].
La sentenza del GUP di Milano rappresenta senz'altro un importante punto di svolta nel panorama giurisprudenziale in quanto ribadisce – con specifico riferimento alle s.r.l. unipersonali – la centralità del criterio sostanziale ai fini della definizione della soggettività giuridica rilevante ai sensi dell'art. 1 del d.lgs. n. 231/2001, chiarendo che l'assoggettabilità di un "*soggetto di diritto metaindividuale*" (qual è sicuramente la s.r.l. unipersonale) al sistema 231 non possa che dipendere dalla compagine sociale, dalle dimensioni e, soprattutto, dalla struttura organizzativa della società.

5. Le società tra professionisti

All'indomani del riconoscimento a livello normativo delle società tra professionisti ad opera della legge n. 183 del 2011 – che ha espressamente consentito l'associazione di figure professionali, non più soltanto nella forma dello studio associato (come già previsto dalla legge n. 1815 del 1939), ma anche nelle forme societarie regolate dal codice civile – ha assunto sempre maggior rilievo il tema della compatibilità di tali modelli associativi con la disciplina di cui al d.lgs. n. 231/2001.
Come noto, il legislatore del 2011 – nel consentire in via generale "*la costituzione di società per l'esercizio di attività professionali regolamentate nel sistema ordinistico secondo i modelli societari regolati dai titoli V e VI del libro V del codice civile*"[34] – non ha disciplinato, né in positivo né in negativo, la loro assoggettabilità alla responsabilità amministrativa degli enti.
In assenza di una specifica regolamentazione, spetta quindi all'interprete esprimersi sull'inclusione delle società tra professionisti tra i soggetti collettivi destinatari della responsabilità 231.
Una prima pronuncia della Suprema Corte[35] aveva implicitamente ammesso la rilevanza delle società tra professionisti nel sistema 231: pur senza affrontare espressamente il tema, la Corte aveva in quell'occasione confermato la misura cautelare dell'interdizione dell'esercizio dell'attività odontoiatrica per la durata di un anno nei confronti di un ambulatorio odontoiatrico costituito nella forma della società in accomandita semplice.
Le motivazioni dell'arresto del 2011 non consentono tuttavia di individuare le ragioni per cui la Suprema Corte aveva ritenuto immune da censure la decisione del giudice di merito che aveva ricondotto anche le società tra professionisti nel novero dei destinatari della 231.
La Corte di Cassazione è tornata sull'argomento nel 2015[36], fornendo questa volta qualche indicazione in più rispetto alle ragioni dell'assoggettabilità alla disciplina amministrativa delle società professionali.
L'occasione è stata fornita dal ricorso per cassazione avverso una sentenza con cui il GUP di Milano aveva applicato ad un'associazione professionale di dottori commercialisti una sanzione amministrativa pecuniaria in relazione

all'illecito amministrativo di cui all'art. 25, comma 2, d.lgs. n. 231/2001.
Ad essere censurata, in particolare, era l'applicazione dell'art. 1, comma 2, del decreto: la difesa dell'associazione di commercialisti lamentava, infatti, che la stessa non possedeva "*un proprio interesse, un proprio patrimonio, una organizzazione stabile*" diversi rispetto a quelli dei singoli soci, di talché nella vicenda in esame non si sarebbe verificata quella "*effettiva e concreta diversità tra persone fisiche e 'persona astratta sovra individuale'*" che sola avrebbe potuto giustificare la punibilità dell'organizzazione ai sensi della 231.
Ebbene, richiamando l'insegnamento della giurisprudenza civile in materia[37], la Suprema Corte in quell'occasione ha affermato che "*lo studio professionale associato, anche se privo di personalità giuridica, rientra a pieno titolo nel novero di quei fenomeni di aggregazione di interessi* […] *cui la legge attribuisce la capacità di porsi come autonomi centri di imputazione di rapporti giuridici e che sono perciò dotati di capacità di stare in giudizio come tali, in persona dei loro componenti o di chi, comunque, ne abbia la legale rappresentanza*"[38].
La circostanza che l'associazione professionale in discorso – al pari di tutte le altre società tra professionisti – costituisse un "*centro autonomo di imputazione e di interessi*", distinto rispetto a quello proprio delle singole persone fisiche che di essa facciano parte, è stata ritenuta sufficiente, per i giudici di legittimità, per risolvere in senso affermativo la questione della riconducibilità anche di quei soggetti collettivi nel novero degli "*enti*" destinatari della disciplina di cui al d.lgs. n. 231/2001.
Anche in questo caso, quindi, il *discrimen* è stato rappresentato dalla prova della sussistenza di un "*autonomo centro di imputazione di rapporti giuridici*".
Il tema della riconducibilità dell'associazione di professionisti al catalogo degli enti destinatari della responsabilità da reato è stato affrontato, di recente, anche dalla giurisprudenza di merito, che si è limitata a ribadire l'applicabilità della responsabilità 231 alle società tra professionisti, senza, tuttavia, svolgere alcuna concreta verifica circa l'autonomia degli interessi e l'alterità soggettiva rispetto alle persone fisiche dei soci e/o degli associati.
Così ha concluso, ad esempio, il GIP di Milano[39] nel disporre il sequestro preventivo nei confronti di un'associazione professionale di avvocati indagata per l'illecito amministrativo di cui all'art. 25-*octies* d.lgs. n. 231/2001 in relazione al delitto di riciclaggio (art. 648-*bis* c.p.) in ipotesi commesso dal socio maggioritario dello studio associato.
Anche in questo caso, tuttavia, la motivazione fornita dal giudice della cautela non pare soddisfacente: la decisione di assoggettare anche lo studio professionale alle disposizioni "punitive" della 231 è stata assunta esclusivamente in base al rilievo per cui "*per giurisprudenza costante anche le associazioni professionali sono destinatarie della disciplina di cui al D. L.vo 231/2001 già applicata ad esempio più volte nel caso di associazioni di commercialisti*"[40].
Nessuna verifica è stata effettuata in quella sede circa l'organizzazione dello studio professionale e la sussistenza di un centro di interessi del tutto autonomo ed indipendente rispetto alle scelte decisionali del *dominus*.
Per giustificare l'applicabilità delle disposizioni del decreto in parola a quello specifico studio professionale e, di conseguenza, per disporre il sequestro preventivo di una somma pari al "*vantaggio e al profitto ottenuto dall'ente per effetto della commissione del delitto di cui all'art. 648 bis c.p.*" sono stati ritenuti sufficienti alcuni precedenti giurisprudenziali che, rimanendo ancorati al dato formale, hanno affermato l'assoggettabilità alla responsabilità 231 delle associazioni professionali *tout court*, a prescindere da ogni concreta verifica circa la sussistenza, nel caso di specie, dei requisiti indefettibili perché un soggetto possa legittimamente essere qualificato come "*ente*" ai fini della 231.
Ad avviso di chi scrive, anche in questo caso, una soluzione della *quaestio iuris* non potrà prescindere da un'analisi *case-to-case* del singolo "*ente*"/società tra professionisti, onde verificare se la struttura organizzativa dello stesso consenta o meno la riconducibilità alle disposizioni della 231.
Si è visto, infatti, che la legge n. 183/2011 ha espressamente consentito alle associazioni professionali la possibilità di assumere le forme giuridiche più disparate: dalla forma dello studio associato, alle diverse forme societarie (quali società di capitali, società di persone o società cooperative), con la conseguenza che troverà applicazione la singola disciplina civilistica relativa alla *species* societaria prescelta.
Non parrebbe giustificato, in tal senso, escludere le società professionali – in qualunque forma associate – dal catalogo degli enti responsabili *ex* d. lgs. n. 231/2001, sulla base del solo rilievo che esse svolgono un'attività professionale: laddove, infatti, l'esercizio "in comune" dell'attività professionale assuma una forma societaria particolarmente articolata si verrebbe a creare una pericolosa "zona franca" non giustificata, peraltro, da alcun dato normativo[41].

Ciò non significa, tuttavia, riconoscere l'indiscriminata assoggettabilità delle società tra professionisti alle disposizioni della 231: ad avviso di chi scrive, infatti, una soluzione il più possibile aderente al principio di legalità ed alla *ratio* della responsabilità amministrativa degli enti derivante da reato impone di limitare l'applicazione della 231 alle sole società tra professionisti in cui sia possibile individuare un'apprezzabile complessità organizzativa in grado di differenziarle dal professionista autore del reato presupposto.

6. Una lettura in chiave comparatistica

Al fine di definire l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina della responsabilità amministrativa da reato, il legislatore italiano – come visto – ha compiuto una scelta normativa ben precisa: si è adottata una formula quanto più elastica possibile che potesse agilmente adattarsi, per mano della giurisprudenza, alle peculiarità dei singoli casi, senza attribuire carattere dirimente alla titolarità della personalità giuridica in senso stretto.
Non si trattava, però, dell'unica decisione possibile: diverse erano, infatti, le opzioni definitorie dei soggetti collettivi responsabili ai sensi del d.lgs. n. 231/2001.
Il panorama comparato ne è la prova: se è vero che la responsabilità delle persone giuridiche costituisce – ad oggi – uno dei tratti comuni dei sistemi giuridici del vecchio continente e non solo, è altrettanto vero che la definizione dei soggetti collettivi responsabili nei singoli ordinamenti giuridici ha seguito, come si vedrà, strade diverse.
Il quadro internazionale si presenta, ad oggi, assolutamente variegato: come anticipato, per delimitare l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina dei soggetti collettivi i legislatori dei singoli Stati hanno adottato modalità diverse.
In alcuni ordinamenti – così come è avvenuto in quello italiano – si è preferito utilizzare formule del tutto generiche; in altri sistemi giuridici, invece, si è optato per una elencazione delle tipologie di soggetti responsabili; in altri ancora si è scelto il riferimento alle sole "persone giuridiche"[42].
Ha optato per la prima impostazione – la più simile rispetto a quella adottata nel 2001 dal legislatore italiano – ad esempio l'Australia: il *Criminal Code Act 1995* nel limitarsi a stabilire che il codice penale si applica ai "*bodies corporate*"[43] così come alle persone fisiche non contiene alcuna indicazione ulteriore in merito alle tipologie di enti rilevanti.
Al contrario, in altri ordinamenti si rinviene una dettagliata elencazione delle tipologie di soggetti collettivi responsabili: è il caso del sistema canadese, che nella *Section 2* del *Canadian Criminal Code* estende la responsabilità alle persone giuridiche equiparando i termini "*everyone*" e "*person*" al termine "*organization*", definita come "*(a) a public body, body corporate, society, company, firm, partnership, trade union or municipality, or (b) an association of persons that (i) is created for a common purpose, (ii) has an operational structure, and (iii) holds itself out to the public as an association of persons; (organisation)*"[44].
Allo stesso modo, l'ordinamento statunitense, nelle *U.S. Federal Sentencing Guidelines*, elenca le "*organization*" rilevanti come "*corporations, partnerships, associations, joint stock companies, unions, trusts, pension funds, unincorporated organizations, governments and political subdivisions thereof, and nonprofit organizations*"[45].
Peculiare il caso del Regno Unito, che merita un approfondimento a sé.
Una prima definizione di enti responsabili nell'ordinamento inglese si ha già nel 1978 con l'*Interpretation Act* che ha introdotto il principio per cui il termine "*person*" ricomprende tanto le persone fisiche quanto le persone giuridiche[46].
In particolare, l'*Interpretation Act*, nel fornire criteri interpretativi dei termini utilizzati negli "*acts*", ha chiarito che il termine "*person*" include anche "*body of persons corporate or unincorporate*"[47], dando così rilevanza ai soggetti collettivi non soltanto dotati di personalità giuridica.
Se ci si fermasse a questa interpretazione, il sistema inglese potrebbe essere ricondotto a quella categoria di sistemi giuridici che adottano formule generiche.
Il *Bribery Act* del 2010[48] ha invece previsto una tipizzazione delle "*commercial organizations*" che assumono rilevanza ai sensi di tale normativa:
Più precisamente, nella *Section 7* del *Bribery Act* è stata introdotta una specifica responsabilità riguardante l'ipotesi di "*failure of commercial organisations to prevent bribery*" in capo a qualsiasi "*relevant commercial organization*", nozione che ricomprende "*(a) a body which is incorporated under the law of any part of the United Kingdom and which carries on a business (whether there or elsewhere), (b) any other body corporate (wherever incorporated) which carries on a business, or part of a business, in any part of the United Kingdom, (c) a partnership which is formed under the law of any part of the United Kingdom and which carries on a business (whether there or elsewhere), or (d) any other partnership (wherever formed) which carries on a business, or part of a business, in any part of the United Kingdom, and, for the purposes of this section, a trade or profession is a business*"[49].
Altri sistemi giuridici, poi, hanno ritenuto preferibile

ancorare la punibilità dei soggetti collettivi alla nozione di "persona giuridica"[50]: si tratta, ad esempio, dell'ordinamento francese, che all'art. 121-2 c.p. fa riferimento alle "*personnes morales*"[51], termine utilizzato anche dal Lussemburgo (art. 34 c.p.)[52], dalla Spagna – che all'art. 31-*bis* c.p. fa riferimento alle "*personas jurìdicas*"[53] – o, ancora, dalla Finlandia, il cui ordinamento penale richiama il termine "*legal entity*"[54].

Delineato il quadro – seppur sommario – dei criteri utilizzati dagli ordinamenti di diversi Paesi al fine di delimitare il novero dei soggetti collettivi responsabili, l'analisi comparata consente di soffermarsi su di un ulteriore dato: diversamente da quanto previsto dal d.lgs. n. 231/2001, alcuni ordinamenti stranieri prevedono espressamente che anche le imprese individuali possano rispondere penalmente di eventuali illeciti commessi da soggetti che di esse facciano parte.

È quello che accade, ad esempio, in Svizzera: l'art. 102 del codice penale elvetico annovera tra i soggetti destinatari della responsabilità da reato i seguenti "*enti*": "*a. le persone giuridiche di diritto privato; b. le persone giuridiche di diritto pubblico, eccettuati gli enti territoriali; c. le società; d. le ditte individuali*"[55].

Per meglio comprendere l'opzione di politica legislativa del legislatore svizzero – che pure è stata criticata dalla dottrina d'oltralpe – è bene richiamare brevemente alcuni tratti fondamentali del sistema svizzero[56].

Con una riforma del 2003, il legislatore elvetico ha introdotto nell'ordinamento penale due forme di responsabilità in capo alle persone giuridiche: da un lato, una forma di responsabilità cd. "*sussidiaria*"[57], che si configura ogni qual volta non sia possibile identificare – a causa di una mancanza di organizzazione interna all'impresa – l'autore materiale del reato; dall'altro, una forma di responsabilità cd. "*complementare*"[58] o "*originaria*"[59], che sorge in capo alle persone giuridiche, come diretta conseguenza della commissione di gravi fattispecie di reato (quali, ad esempio, organizzazione criminale, riciclaggio di denaro, corruzione di pubblici ufficiali stranieri, finanziamento al terrorismo).

È evidente che la struttura dell'illecito configurata dalla Svizzera è profondamente diversa rispetto a quella delineata dal legislatore italiano nel 2001.

Se è vero che la responsabilità amministrativa degli enti è anch'essa autonoma rispetto a quella della persona fisica (in linea a quanto previsto dall'art. 8 d.lgs. n. 231/2001), è pur vero che la struttura dell'illecito delineata nell'ordinamento svizzero – applicabile, come detto, *ex lege* anche alle ditte individuali – raramente potrà comportare la violazione del principio del *ne bis in idem*[60], quantomeno con riferimento alle ipotesi di responsabilità cd. sussidiaria.

Nel momento in cui il legislatore svizzero ha deciso di subordinare la punizione dell'ente alla mancata individuazione (e, quindi, punizione) della persona fisica è stato eliminato in radice il rischio di un'inevitabile duplicazione sanzionatoria in capo al medesimo soggetto[61].

Una scelta per alcuni versi simile è stata compiuta dai Paesi del nord Europa: anche nel sistema danese la responsabilità delle persone giuridiche si estende alle imprese individuali.

Non si tratta, però, di un'estensione indiscriminata: il legislatore danese – ben consapevole che il termine "*imprese individuali*" ricomprende ipotesi del tutto eterogenee – ha imposto di tener conto, ai fini della punibilità delle imprese individuali, della loro "*dimensione*" e "*organizzazione*".

Il *Capo V*, "*Responsabilità penale delle persone giuridiche*", introdotto nel Codice Penale danese nel 1996, sancisce, infatti, la responsabilità delle imprese individuali a condizione che per "*dimensione*" e "*organizzazione*" siano assimilabili alle persone giuridiche.

A tal fine, si è individuato nel numero di dipendenti (che deve essere ricompreso tra le dieci e le venti unità[62]) il parametro quantitativo in mano all'interprete per assoggettare o meno a responsabilità la singola impresa individuale: anche in questo caso, quindi, si attribuisce valore centrale al criterio sostanziale dell'organizzazione, unico vero *discrimen* per l'identificazione degli enti responsabili.

L'analisi comparata consente di individuare come elemento comune a tutti i sistemi giuridici che prevedono forme di responsabilità anche per le imprese individuali l'esistenza di un'organizzazione interna complessa: "*l'assoggettabilità a sanzione dell'impresa individuale - a prescindere dall'accertata colpevolezza del suo titolare - è ritenuta necessaria lì dove l'impresa sia strutturata in modo tale da non consentire la diretta riferibilità al titolare delle condotte poste in essere dai suoi dipendenti, di modo che l'impresa può beneficiare degli effetti del reato (commesso nel suo interesse od a suo vantaggio) anche se il titolare dell'impresa - e quindi il soggetto il cui patrimonio è assoggettabile alla sanzione - non è stato l'autore dell'illecito*" [63].

Anche a livello europeo, quindi, la *ratio* non è tanto quella di assoggettare a responsabilità penale indiscriminatamente tutti gli enti, quanto piuttosto quella di limitarne l'applicazione soltanto a quei soggetti che – per struttura ed organizzazione interna – non siano riferibili esclusivamente alle persone fisiche che operano al loro interno.

7. Prospettive *de iure condendo*

Se nelle intenzioni del legislatore la decisione di non utilizzare precise categorie al fine di definire i soggetti 231 appariva giustificata in ragione del contesto socio-economico e del tessuto imprenditoriale del nostro Paese, il diritto vivente ha abdicato al compito definitorio che gli era stato demandato, disattendendo le aspettative dichiarate nella relazione ministeriale circa la delimitazione dell'ambito applicativo del d.lgs. n. 231/2001.

L'utilizzo di una formula elastica avrebbe dovuto comportare un'applicazione "*tailor made*" della disciplina sulla responsabilità amministrativa da reato: a vent'anni dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 231/2001, tuttavia, il panorama giurisprudenziale si presenta non soltanto decisamente eterogeno, ma addirittura privo di criteri guida certi, con inevitabili ripercussioni in termini di giustizia sostanziale.

È sempre più avvertito, quindi, il rischio che, a seconda del criterio di definizione della soggettività giuridica rilevante impiegato nel caso concreto, le severe sanzioni della 231 possano essere applicate anche nei confronti di quegli enti che – pur formalmente inquadrabili entro determinate categorie – siano di fatto riferibili esclusivamente alla persona fisica dell'autore del reato presupposto, con buona pace del principio del *ne bis in idem* sostanziale.

In mancanza di un intervento chiarificatore delle Sezioni Unite, quindi, l'unica strada – ad avviso di chi scrive – sembra essere quella della previsione di un'esimente *ad hoc* volta a differenziare le varie realtà che connotato il tessuto imprenditoriale del nostro Paese in ragione non già dell'astratta riconducibilità all'interno di un determinato *genus* (impresa individuale, società semplice, s.r.l. unipersonale), bensì della possibilità di muovere loro un rimprovero a titolo di "colpa di organizzazione", escludendo dal novero dei destinatari della 231 tutti quegli enti che, pur essendo caratterizzati come "*soggetti di diritto metaindividuali*", siano di fatto sprovvisti della benché minima articolazione interna e risultino in tutto e per tutto identificabili con la persona fisica dell'autore del reato presupposto.

In tal senso, andrebbero rivalutati alcuni progetti di riforma della disciplina 231 proposti negli anni scorsi, ma naufragati.

Il riferimento, in particolare, è al cd. "progetto Pisapia" del 2006, che proponendo di escludere dall'ambito applicativo del d.lgs. n. 231/2001 "*gli enti di piccole dimensioni, salvo quelli aventi personalità giuridica*", testimoniava la sempre crescente preoccupazione circa un'indiscriminata applicazione del sistema della responsabilità amministrativa da reato.

A prescindere dalle varie soluzioni cui il legislatore potrebbe ricorrere, un correttivo lungo questa direzione sembra imporsi a maggior ragione oggi, alla luce del continuo ampliamento del novero dei reati presupposto.

L'incremento delle fattispecie di reato che possono generare una responsabilità ai sensi della 231 dovrebbe infatti essere controbilanciato da un sistema sanzionatorio che tenga conto dalla variegata fisionomia delle piccole imprese nel nostro Paese.

---

1 F. Centonze, *La responsabilità degli enti e la piccola e media impresa*, in AAVV, *La responsabilità «penale» degli enti – Dieci proposte di riforma*, a cura di F. Centonze – M. Mantovani, Società editrice il Mulino, 2016, p. 89.

2 https://www.istat.it/it/archivio/238337.

3 C. Piergallini, *La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, 11, p. 1342.

4 *Ibid.*

5 A. Bassi – T. Epidendio, *Enti e responsabilità da reato*, Giuffrè, 2006, p. 82; nello stesso senso, L. Pistorelli, *I destinatari delle norme sulla responsabilità da reato nella giurisprudenza di legittimità*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2011, 4, p. 173.

6 Cass. Pen., Sez. VI, 22 aprile 2004 (ud. 3 marzo 2004), n. 18941, in *Cass. pen.*, 2004, 12, con nota di P. Di Geronimo, *La Cassazione esclude l'applicabilità alle imprese individuali della responsabilità da reato prevista per gli enti collettivi: spunti di diritto comparato*, pp. 4049 sgg.

7 Relazione ministeriale al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, pubblicata, tra l'altro, in AAVV, *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Cedam, 2002, pp. 432 sgg.

8 G. Ferri, *Le società*, UTET, 1971. Per un'analisi approfondita in merito al concetto di personalità giuridica, cfr. A. Bassi – T. Epidendio, cit., p. 65.

9 F. Galgano, *Diritto commerciale. Le società*, Zanichelli, 2004.

10 L. Pistorelli, *Soggetti*, in *La Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, commentario diretto da M. Levis – A.

Perini, Zanichelli, 2014, p. 10.
11 Relazione ministeriale al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, cit., p. 432.
12 *Ibid.*
13 S. Massi, *"Veste formale" e "Corpo organizzativo" nella definizione del soggetto responsabile per l'illecito da reato. Un'analisi della "statica" della responsabilità degli enti nella prospettiva del diritto italiano e comparato*", Jovene Editore, 2012, p. 212.
14 Vedi *infra*, paragrafo 4.
15 Cass. Pen., Sez. VI, 25 ottobre 2017 (ud. 25 luglio 2017), n. 49056.
16 D. Brunelli – M. Riverditi, *La responsabilità degli enti*, a cura di A. Presutti – A. Bernasconi – C. Fiorio, Cedam, 2008, p. 75.
17 S. Bartolomucci, *D.lgs. 231/2001 ed imprenditori individuali: interpretazione dell'art. 1 e presunte esigenze penali-preventive nell'"imprevisto"* revirement *della Cassazione,* in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti,* 2011, p. 164.
18 L. Pistorelli, *I destinatari delle norme sulla responsabilità da reato nella giurisprudenza di legittimità*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2011, 4, p. 178.
19 Cass. Pen., Sez. VI, 22 aprile 2004 (ud. 3 marzo 2004), n. 18941, in *Cass. pen.*, 2004, 12, con nota di P. Di Geronimo, *La Cassazione esclude l'applicabilità alle imprese individuali della responsabilità da reato prevista per gli enti collettivi: spunti di diritto comparato*, pp. 4049 sgg.
20 *Ibid.*
21 Cass. Pen., Sez. III, 20 aprile 2011 (ud. 15 dicembre 2010), n. 15657, in *Cass. pen.*, 2011, 7-8, con nota di L. Pistorelli, *L'insostenibile leggerezza della responsabilità da reato delle imprese individuali.*
22 A. Scarcella, *La Cassazione ribadisce l'inapplicabilità del d.lgs. 231/2001 alle imprese individuali: scongiurata la rimessione alle Sezioni Unite?*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2012, p. 175.
23 Cass. Pen., Sez. VI, 23 luglio 2012 (ud. 16 maggio 2012), n. 30085.
24 A. Scarcella, cit., p. 181.
25 Cass. Pen., Sez. III, 20 aprile 2011 (ud. 15 dicembre 2010), n. 15657, in *Cass. pen.*, 2011, 7-8, con nota di L. Pistorelli, *L'insostenibile leggerezza della responsabilità da reato delle imprese individuali.*
26 *Ex plurimis*, Cass. Pen., Sez. VI, 25 ottobre 2017 (ud. 25 luglio 2017), n. 49056.
27 Cass. Pen., Sez. VI, 25 ottobre 2017 (ud. 25 luglio 2017), n. 49056.
28 L. Pistorelli, *Soggetti*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti,* Commentario diretto da M. Levis – A. Perini, Zanichelli, 2014, p. 13.
29 S. Bartolomucci, cit., p. 166.
30 C. Piergallini, *Responsabilità dell'ente e apparato sanzionatorio*, in *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di G. Lattanzi, Giuffrè, 2010, p. 228.
31 *Ibid.*
32 Per una rassegna dei paradossi applicativi, si veda S. Bartolomucci, cit., p. 168.
33 Trib. Milano, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 16 luglio 2020, n. 971.
34 Art. 10, comma 3, Legge n. 183/2011.
35 Cass. Pen., Sez. II, 7 febbraio 2012 (ud. 24 novembre 2011), n. 4703, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 3, con nota di S. Pizzotti.
36 Cass. Pen., Sez. II, 4 novembre 2015 (ud. 7 luglio 2015), n. 44512.
37 Il riferimento, in particolare, è a Cass. Civ., Sez. I, 24 maggio 2019 (ud. 20 dicembre 2018), n. 1432, in *Dir giust.*, 2019, con nota di G. Tarantino, *Credito dello studio professionale: non è legittimato all'opposizione il singolo professionista (in proprio) ma solo il legale rappresentante*; nello stesso senso, Cass. Civ., Sez. I, 28 luglio 2010 (ud. 10 giugno 2010), n. 17683; Cass. Civ., Sez. I, 23 maggio 1997 (ud. 20 dicembre 1996), n. 4628.
38 Cass. Pen., Sez. II, 4 novembre 2015 (ud. 7 luglio 2015), n. 44512.
39 Trib. Milano, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, decreto 20-23 agosto 2018, in www.rivista231.it.
40 *Ibidem.*
41 Ritiene applicabile la disciplina del d.lgs. 231/2001 alle società tra professionisti C. Santoriello, *Applicabilità del d.lgs. n. 231 alle società fra professionisti*, in www.rivista231.it.
42 C. De Maglie, *Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law*, in *Washington University Global Studies Law Review*, 2005, 4, p. 550.
43 Legislazione disponibile su https://www.legislation.gov.au/.
44 Legislazione disponibile su http://laws-lois.justice.gc.ca.
45 *United States Sentencing Commission, Guidelines Manual*, disponbile su https://www.ussc.gov/.
46 Per una visione complessiva del sistema inglese si vedano, AAVV, *Responsabilità diretta: il sistema inglese*, *La responsabilità amministrativa e penale delle imprese*, a cura di M. Bramieri – D. Bagaglia – A. Firmani – A. Mifsud, Egea, 2008, pp. 523 sgg; F. Gandini, *La responsabilità delle persone giuridiche nel Regno Unito*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2008, pp. 137 sgg.

47 Legislazione disponibile su http://www.statutelaw.gov.uk/.

48 Per un'analisi complessiva del *Bribery Act del 2010* si veda, F. Gandini, *La responsabilità delle "commercial organizations" nel Regno Unito alla luce del Bribery Act 2010*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2010, pp. 95 sgg.

49 "*a) una persona giuridica costituita ai sensi della legge di qualsiasi territorio del Regno Unito e che svolge un'attività economica (indifferentemente lì o altrove), (b) qualsiasi altra persona giuridica (ovunque costituita) che svolge un'attività economica, o parte di essa, in qualsiasi territorio del Regno Unito, (c) una società di persone costituita ai sensi della legge di qualsiasi territorio del Regno Unito e che svolge un'attività economica (indifferentemente lì o altrove), o (d) qualsiasi altra società di persone (ovunque costituita) che svolge un'attività economica, o parte di essa, in qualsiasi territorio del Regno Unito, e, ai fini della presente sezione, l'attività commerciale o professionale è un'attività economica*".

50 In tal senso, S. Massi, cit., p. 190.

51 Legislazione disponibile su https://www.legifrance.gouv.fr/.

52 Legislazione disponibile su http://legilux.public.lu/.

53 Legislazione disponibile su https://www.boe.es/.

54 Legislazione disponibile su https://www.finlex.fi/en/.

55 Legislazione disponibile su https://www.admin.ch/.

56 Per una visione complessiva del sistema svizzero si veda, AAVV, *Responsabilità sussidiaria e complementare: il sistema svizzero*, in *La responsabilità amministrativa e penale delle imprese*, a cura di M. Bramieri – D. Bagaglia – A. Firmani – A. Mifsud, Egea, 2008, pp. 536 sgg; G. Heine, *La responsabilità penale delle persone giuridiche in Svizzera,* in *Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente*, a cura di M. Catenacci – G. Marconi, Giappichelli, 2009, pp. 265 sgg.

57 Ipotesi regolata dal primo comma dell'art. 102 del Codice Penale Svizzero, che punisce l'ente perché a causa della mancanza di organizzazione al suo interno non è stato possibile risalire all'autore-persona fisica responsabile del reato commesso all'interno di "*un'impresa, nell'esercizio di attività commerciali conformi allo scopo imprenditoriale*".

58 Ipotesi prevista dal secondo comma dell'art. 102 del Codice Penale Svizzero come conseguenza soltanto della commissione di alcuni reati tassativamente elencati: in tali casi, "*l'impresa è punita a prescindere dalla punibilità delle persone fisiche qualora le si possa rimproverare di non avere preso tutte le misure organizzative ragionevoli e indispensabili per impedire un simile reato*".

59 G. Heine, cit., p. 266.

60 P. Di Geronimo, *La Cassazione esclude l'applicabilità alle imprese individuali della responsabilità da reato prevista per gli enti collettivi: spunti di diritto comparato*, nota a Cass. Pen., Sez. VI, 22 aprile 2004 (ud. 3 marzo 2004), n. 18941, in *Cass. pen.*, 2004, 12, p. 4049.

61 Parte della dottrina svizzera ha mostrato qualche perplessità rispetto alla legittimità delle ipotesi in cui la ditta individuale sia di fatto riferibile esclusivamente alla persona fisica dell'imprenditore autore del reato presupposto, ragion per cui si è proposto di interpretare il riferimento alle imprese individuale come circoscritto alle sole ipotesi di imprese di grandi dimensioni e dotate di un'apprezzabile organizzazione interna, in modo da scongiurare anche in pratica il rischio di una violazione del divieto di *bis in idem* sostanziale. V. A. Macaluso, *La responsabilité pénale de l'entreprise*, Schulthess, 2004, p. 119.

62 S. Massi, cit., p. 92.

63 P. Di Geronimo, cit., p. 4050.

28 Quali occasioni di ravvedimento per l'ente sotto processo?

di Cesare Trabace

Abstract

Animato dalla volontà di predisporre un microsistema normativo che tendesse, oltre che all'inflizione di una sanzione, anche (e soprattutto) alla prevenzione della criminalità di matrice economica, il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 ha concesso ampio spazio alle condotte riparatorie. Si tratta di attività di ravvedimento post factum – quali il risarcimento del danno, l'eliminazione delle conseguenze del reato nonché l'adozione postuma di un idoneo modello di organizzazione – che, a seconda del momento in cui vengono compiute, permettono all'ente di conseguire diversi vantaggi. Il contributo si propone di analizzare la morfologia e le ricadute processuali delle condotte riparatorie realizzabili in fase vuoi di cognizione (artt. 12, 17 e 49 d.lgs. n. 231 del 2001) vuoi di esecuzione (art. 78 d.lgs. n. 231 del 2001), per poi interrogarsi sulla possibilità che le stesse sortiscano un effetto più allettante, rappresentato dalla fuoriuscita dell'ente dal proprio circuito processuale, sul modello di quanto avviene nel rito ordinario, da qualche anno a questa parte, in forza degli artt. 162 ter e 168 bis ss. c.p.

With the aim of building up a regulatory micro-system that tends, in addition to the infliction of a sanction, also (and above all) to the prevention of economic crimes, Legislative Decree 8th June 2001, no. 231 awards great importance to "compensative actions". These are post factum repentance activities – such as compensation for damages, the elimination of the consequences of the crime and the posterior adoption of a compliance program – which give rise to different benefits for the company, depending on the timescales in which they are carried out. The paper intends to analyze the structure and the procedural consequences of such "compensative actions" that can be performed before (Arts. 12, 17 and 49 Legislative Decree no. 231 of 2001) and after (Art. 78 Legislative Decree no. 231 of 2001) the final judgement. Finally, it will consider the possibilities of making them more attractive, allowing the corporation to escape from the criminal proceeding, similarly to what happens in the proceedings against an individual (Arts. 162 ter and 168 bis ad following of the Criminal Code).

Sommario

1. Premessa: il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231. – **2**. Le condotte riparatorie nel sistema sanzionatorio: l'abbattimento della *pecunia doloris*. – **2.1.** L'inapplicabilità delle sanzioni interdittive e la sospensione del processo. – **2.2.** L'"ultima spiaggia": la conversione in *executivis*. – **3.** Le condotte riparatorie nel sistema cautelare. – **4.** L'(in)applicabilità della causa di estinzione del reato di cui all'art. 162 *ter* c.p. – **5.** La sospensione del procedimento con messa alla prova.

1. Premessa: il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231

L'introduzione, nel nostro ordinamento, della responsabilità da reato degli enti collettivi ha rappresentato uno dei fenomeni più rivoluzionari e gravidi di implicazioni dell'ultimo ventennio[1].

Come è noto, con il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 – recante la «[d]isciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300» –, il legislatore, animato dalla volontà di onorare gli impegni

assunti in ambito sovranazionale[2] nonché di far fronte alla multiforme e dilagante criminalità di impresa[3], ha sancito il tramonto del principio *societas delinquere non potest*, che identificava, quale unico destinatario del precetto penale e della relativa sanzione, l'individuo in "carne e ossa"[4]. Da allora anche i soggetti «metaindividuali»[5] possono essere chiamati a rispondere di un fatto penalmente rilevante, purché sia stato commesso, nell'interesse o a vantaggio degli stessi, da un *intraneus*, rivesta egli una posizione apicale o subordinata. Per l'integrazione della complessa fattispecie in esame, oltre ai predetti requisiti materiali, è altresì necessaria – nel rispetto nel principio di colpevolezza – la sussistenza di un elemento soggettivo, consistente nella rimproverabilità all'ente di non aver approntato i presidi necessari a contenere il rischio di verificazione di reati al proprio interno: si tratta della c.d. colpa in organizzazione, categoria evanescente e dai contorni mobili[6], nella cui valutazione un ruolo primario giocano i modelli di organizzazione e gestione – «vera architrave [...] del sistema»[7] –, i quali, se correttamente adottati e resi operativi, concorrono a sollevare l'ente da ogni addebito.

Quella introdotta dal d.lgs. n. 231 del 2001 si configura come una forma di responsabilità non solo diretta, ma anche autonoma, in grado, cioè, di sopravvivere vuoi alla mancata individuazione o imputabilità dell'autore del reato-presupposto vuoi alla estinzione di quest'ultimo per una causa diversa dall'amnistia (propria)[8]. Pur avendole incredibilmente attribuito una veste «amministrativa»[9], il legislatore ha ritenuto di affidare al giudice penale il suo accertamento, come attesta il discusso tenore dell'art. 35[10], a mente del quale «[p]er il procedimento relativo agli illeciti amministrativi dipendenti da reato, si osservano le norme d[el III] capo nonché, in quanto compatibili, le disposizioni del codice di procedura penale e del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271». È stato quindi istituito un *corpus* di norme *ad hoc* per l'ente sotto processo – bollato ora come «vero e proprio ordinamento "satellitare"»[11] ora come «microcodice»[12] – ove non mancano congegni sconosciuti al rito ordinario, come, ad esempio, l'archiviazione priva di controllo giurisdizionale e la sospensione delle misure cautelari interdittive. Per gli aspetti ivi non disciplinati – similmente a quanto impongono gli artt. 549 c.p.p., 1 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448 e 2 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274[13] –, l'interprete è chiamato ad applicare le regole contenute nell'ordito codicistico, dopo aver verificato la loro compatibilità con il modello *de quo*, onde evitare una "crisi di rigetto": insomma, per dirla con la dottrina, «al procedimento che si sviluppa nei confronti degli enti non manca l'autonomia, ma la compiutezza»[14].

Oltre a quello generale appena richiamato, il decreto contempla anche rinvii più specifici. Particolare attenzione merita in proposito l'art. 35, che, orientato alla tutela del diritto di difesa, estende al soggetto collettivo «le disposizioni processuali relative all'imputato, in quanto compatibili». Redatta, secondo alcuni, sulla falsariga dell'art. 61 c.p.p.[15], tale «norma manifesto»[16] consente di trasferire automaticamente, nel rito *de societate*, il bagaglio di garanzie e di diritti riconosciuto alla persona fisica – indagata o imputata che sia[17] –; bagaglio, questo, da ritenersi comprensivo non solo delle regole del codice di procedura penale ma anche degli irrinunciabili principi costituzionali e sovranazionali che mettono a riparo l'accusato dai possibili arbitri dell'autorità, quali, ad esempio, quello del giudice terzo e imparziale, del contraddittorio, dell'*égalité des armes*, della ragionevole durata del processo e della presunzione di innocenza[18]. A causa della imperfetta coincidenza tra i due termini di comparazione cui allude l'art. 35, nessuna applicazione troveranno, al contrario, le previsioni che «implicano o presuppongon[o] la fisicità dell'atto da compiere»[19], inapplicabili a un soggetto privo di una dimensione corporea.

Il sistema istituito dal d.lgs. n. 231 del 2001 ha attribuito grande peso alle condotte riparatorie, risarcitorie e riorganizzative. In un'ottica spiccatamente specialpreventiva[20], esso offre all'«incolpato»[21] svariate occasioni per porre in essere un contegno virtuoso *post factum*, garantendogli, come contropartita, un sollievo sul piano tanto sanzionatorio quanto cautelare. Detto *favor riparationis* permea pressoché tutte le fasi del rito in parola, che tende palesemente più alla prevenzione che alla repressione, più alla *compliance* che all'irrogazione della pena[22]: in altre parole, qui, «la rielaborazione del conflitto sociale sotteso all'illecito e al reato [passa anche e soprattutto dal]la valorizzazione di modelli compensativi dell'offesa»[23].

La predisposizione di simili strumenti di ravvedimento si è rivelata non solo una delle scelte più qualificanti della epocale riforma di inizio millennio, ma anche una delle più azzeccate, a fronte di istituti che non hanno invece tardato a palesare i propri limiti applicativi e sistematici. Per questo motivo, ha senso interrogarsi non solo sulla portata delle *chances* riparativo-premiali già previste dal decreto, ma altresì sull'opportunità che le stesse sortiscano effetti più allettanti, come la fuoriuscita anzitempo dell'ente dal proprio circuito processuale, sul modello di quanto avviene nel rito ordinario da qualche anno a questa parte

per effetto degli artt. 162 *ter* e 168 *bis* ss. c.p.

2. Le condotte riparatorie nel sistema sanzionatorio: l'abbattimento della *pecunia doloris*

In risposta alle sollecitazioni provenienti dagli accordi sovranazionali[24], il d.lgs. n. 231 del 2001 ha predisposto un arsenale "punitivo" dalla struttura «essenzialmente binari[a]»[25], incentrato sulla sanzione pecuniaria e su quella interdittiva, cui si aggiungono la confisca e la pubblicazione della sentenza di condanna[26].

Avendo accolto il «*carrot and stick approach*» da tempo noto all'ordinamento statunitense[27], alla minaccia di sanzioni che incidono, talvolta anche pesantemente, sul patrimonio e sulla vita dell'ente, il legislatore ha affiancato disposizioni capaci di mitigarne la severità, a favore di quanti abbiano assunto, durante il procedimento, un contegno *lato sensu* riparatorio. Mediante la lusinga di un premio[28], viene quindi stimolata la collaborazione della persona giuridica, consistente nella neutralizzazione degli effetti negativi della propria condotta e nell'opera di (ri)organizzazione interna finalizzata a scongiurare la verificazione di nuovi reati. Il che dimostra, senza timori di smentita, come l'obiettivo principale del processo *de societate* sia quello di riportare il suo protagonista entro i binari della legalità; obiettivo che l'irrogazione di una "pena" non garantisce necessariamente.

Al centro del sistema in esame, è stata collocata la sanzione pecuniaria, la cui applicazione costituisce una reazione automatica all'accertamento della responsabilità "amministrativa" dei soggetti collettivi. Abbandonato il tradizionale paradigma di commisurazione "a somma complessiva", il legislatore ha qui adottato un modello "per quote", che mutua la sua struttura bifasica dal *Tagessatzsystem* tedesco[29]. In particolare, il giudice è chiamato, per prima cosa, a determinare il numero delle quote – variabile, a seconda della cornice edittale del reato-presupposto, tra un minimo (non inferiore a cento) e un massimo (non superiore a mille) –, sulla base di indici fattuali di natura vuoi soggettiva vuoi oggettiva, consistenti nella «gravità del fatto», nel «grado della responsabilità dell'ente» e nell'«attività realizzata per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti»[30]; all'esito di questa operazione, egli dovrà attribuire alla singola quota un valore, oggi compreso tra 258,23 e 1.549,37 Euro, avendo riguardo per le condizioni economico-patrimoniali del suo destinatario: il prodotto dei due risultati ottenuti determina così l'ammontare della *pecunia doloris* da infliggere.

In questo modo, il legislatore ha inteso limitare la discrezionalità giudiziale e onorare i principi di proporzionalità e adeguatezza fissati dalla legge-delega[31]. Ciò nonostante, qualche dubbio sorge sull'effettività della sanzione *de qua*, che ben si presta a essere concepita, soprattutto da parte di realtà imprenditoriali medio-grandi, come un mero costo di gestione preventivabile[32].

In questo contesto si inserisce la prima delle *chances* di resipiscenza che animano il d.lgs. n. 231 del 2001, la cui disciplina è dettata dall'art. 12, comma 2, a mente del quale «[l]a sanzione è ridotta da un terzo alla metà se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado: a) l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso; b) è stato adottato e reso operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della stessa specie di quello verificatosi». La concorrenza di entrambe le condizioni determina invece un abbattimento dalla metà ai due terzi della sanzione pecuniaria, che non può comunque risultare inferiore a 10.329,14 Euro.

L'«ampia e strutturata»[33] condizione prevista dalla lett. a) rappresenta una attività riparatoria in senso stretto che, come tale, guarda al passato, ossia alle conseguenze pregiudizievoli scaturite dall'illecito[34]. Nella formula utilizzata dal legislatore riecheggia il disposto dell'art. 62, n. 6, c.p., ma, a ben vedere, la circostanza attenuante in parola, diversamente da quella di derivazione codicistica, prevede condotte cumulative e non già alternative, come dimostra inequivocabilmente la presenza della congiunzione «e»[35].

La lettura della previsione impone di interrogarsi anzitutto sulla nozione di «danno» risarcibile. Pur in assenza di precise indicazioni nell'architettura del decreto, è indubbio che si tratti del danno c.d. civile, nella sua componente patrimoniale e non patrimoniale, derivante, in maniera diretta e immediata, dal reato-presupposto commesso dall'*intraneus*[36]. Di converso, non assumeranno alcuna valenza le voci di danno meramente indirette, come aveva inizialmente ritenuto la giurisprudenza di merito: in particolare, nell'ambito di un noto caso di corruzione diretta all'aggiudicazione di un appalto per la fornitura di turbine a gas, era stata affermata la risarcibilità anche dei pregiudizi arrecati al mercato e ai *competitors* ingiustamente esclusi dalla gara[37]. La dottrina ha però prontamente ripudiato detta impostazione[38], rilevando, a ragion veduta, come essa finisca per rapportare il risarcimento non a quanto effettivamente sofferto dal danneggiato bensì alla gravità della condotta, quasi fosse una

sanzione[39].
Ulteriori chiarimenti sono, più di recente, pervenuti dalla Suprema Corte che, considerata l'attitudine dell'istituto in questione al recupero della *societas* alla legalità, ha promosso una interpretazione assai rigorosa. A parere dei giudici di legittimità, l'ente intenzionato ad adempiere all'obbligazione risarcitoria deve attivarsi *in primis* per instaurare una qualche forma di dialogo con le persone offese e danneggiate del reato, le quali potranno aderire alla offerta ricevuta oppure rifiutare avanzando motivazioni non pretestuose[40]. In altre parole, la quantificazione delle somme dovute, soprattutto nella impossibilità di ancorarla a rigidi parametri, implica «una collaborazione o comunque [un] contatto tra [le] parti contrapposte»: una determinazione unilaterale, senza nemmeno un tentativo di "incontro", potrebbe infatti essere giudicata inattendibile e quindi inefficace.
Alla medesima "intransigenza" sono ispirate le statuizioni concernenti le modalità operative del risarcimento. In proposito, si esige che l'ente consegni al debitore il *quantum* di spettanza direttamente ovvero in modo tale da garantirne la presa materiale, senza la necessità di una ulteriore collaborazione per la *traditio*[41]. In quest'ottica, inidonea si paleserà, ad esempio, la costituzione di un fondo di accantonamento, anche nella forma di una riserva indisponibile certificata dal collegio sindacale: rimanendo pur sempre nella disponibilità dell'ente, le somme accantonate possono infatti ridursi o venir meno a causa di taluni avvicendamenti societari. Orbene, una simile eventualità frustrerebbe le finalità perseguite dalla norma, che subordina l'abbattimento della sanzione pecuniaria alla «effettiva, attuale e integrale, *hic et nunc*, condotta risarcitoria»[42].
Tra le problematiche nelle quali si può incappare nella prassi, un cenno merita l'ipotesi in cui il risarcimento venga compiuto da un terzo in luogo del soggetto collettivo: basti pensare all'intervento di una società assicurativa o, in un contesto di gruppo, della controllante in favore della controllata; evenienze invero tutt'altro che rare. Come è noto, la stessa questione ha investito, prima, la causa di estinzione del reato di cui all'art. 35 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 e, più di recente, quella di cui 162-*ter* c.p.: in ambedue i casi, si è ritenuto di far ricorso alla elaborazione giurisprudenziale formatasi intorno alla circostanza prevista dall'art. 62, n. 6, c.p.[43], giungendo, alla fine, a riconoscere rilevanza al risarcimento eseguito da soggetti diversi dall'incolpato[44]. Si badi che una diversa impostazione, su questo terreno, finirebbe per sconfessare la *ratio* del congegno in esame, espressione diretta di quel *favor riparationis*, e, secondo alcuni, di quel *favor rei*[45] che innerva l'intero d.lgs. n. 231 del 2001 e che non si esaurisce certo nel risarcimento del danno, ma comporta il compimento di altre azioni. Si palesa insomma razionale e coerente sul piano sistematico la soluzione esegetica che tollera l'avvento del terzo[46].
In forza dell'art. 12, comma 2, lett. a), la persona giuridica che voglia beneficiare di un più mite trattamento sanzionatorio deve procedere altresì alla «elimina[zione] delle conseguenze dannose o pericolose del reato»; locuzione, questa, che rievoca il danno c.d. criminale, cioè quello che inerisce alla lesione del bene giuridico tutelato dalla fattispecie violata[47]. Sulla portata del dettato normativo non si registra invero unanimità di vedute: se, per taluno, la previsione alluderebbe alla soppressione delle fonti di pericolo o di danno[48], per altri, invece, il legislatore avrebbe, in questa sede, imposto all'ente di elidere non le fonti, ma le conseguenze dannose o pericolose della condotta[49], con esclusione, ovviamente, del danno c.d. civile, posto che «quello che viene riparato per una via non può esserlo per altra via»[50]. Ad ogni modo, qualunque sia il significato attribuitole, la seconda parte della disposizione in commento comporta che – attraverso indagini interne o l'avallo della tesi accusatoria – il soggetto collettivo abbia già provveduto a ricostruire quanto accaduto, le relative cause nonché le iniziative da intraprendere per ripristinare, unitamente al risarcimento, lo *status quo ante delictum*[51].
Consapevole dell'esistenza di situazioni nelle quali il danno non può essere (integralmente o *tout court*) risarcito e gli effetti della condotta eliminati, il legislatore ha valorizzato anche il mero impegno della persona giuridica in tal senso, in ossequio alla regola sintetizzata nel brocardo *ad impossibilia nemo tenetur*[52]. Basti pensare al caso in cui l'ente versi in cattive condizioni economiche o all'impossibilità per lo stesso di calcolare, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di prime cure (art. 492 c.p.p.), l'esatta entità del danno cagionato. Ebbene, in simili evenienze, la riduzione della "pena" pecuniaria opererà comunque, ma la *societas* dovrà dimostrare di essersi almeno attivata realizzando quanto era nelle sue possibilità e perciò concretamente esigibile[53]. E la stessa cosa dicasi qualora l'illecito contestato non abbia prodotto danni o conseguenze dannose o pericolose[54]. D'altronde, se il decreto non avesse contemplato detta possibilità, avrebbe legittimato ingiustificati particolarismi, collidendo con il fondamentale principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.
La mitigazione della sanzione pecuniaria ha inoltre luogo laddove venga integrata la condizione prevista

dall'art. 12, comma 2, lett. b), la quale impone al soggetto collettivo di rimediare al *deficit* strutturale che ha reso possibile la perpetrazione, al proprio interno, di una condotta illecita. Questa "inversione di rotta" si manifesta attraverso l'adozione o l'implementazione di modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire reati della stessa specie di quello verificatosi. Viene quindi postulata una attività riparatoria in senso lato, che guarda al futuro[55], manifestando con forza gli obiettivi specialpreventivi della riforma, malgrado non manchino profili di autentico ravvedimento[56].

La predisposizione di nuovi modelli organizzativi ovvero la revisione di quelli già esistenti e rivelatisi fallimentari dovrà essere compiuta alla stregua dei criteri di «efficacia, specialità e adeguatezza» imposti dagli artt. 6 e 7, in considerazione della mancanza – a più riprese rimarcata dalla dottrina e della giurisprudenza – di differenze strutturali tra il modello *pre* e *post delictum*[57]. Quest'ultimo si caratterizza infatti solo per il suo contenuto maggiormente incisivo e specifico[58]: dopotutto, essendo stato già commesso un reato, è più che normale se ne tenga conto e si introducano, di conseguenza, regole *ad hoc* volte ad eliminare i concreti fattori di rischio che hanno cagionato o semplicemente agevolato la condotta vietata[59]. In altre parole, alla tradizionale mappatura relativa alla probabilità di commissione dei reati-presupposto nel singolo contesto di riferimento, i *compliance programs* tardivi devono affiancare una analisi fattuale più mirata, diretta a ricostruire le modalità di verificazione dell'illecito contestato e a creare specifici correttivi[60]. Rispetto ai modelli *ante delictum*, essi hanno insomma «una funzione non diversa, né più limitata, ma ulteriore: [non solo di prevenzione ma] anche di natura riparativa rispetto al fatto avvenuto e al suo possibile ripetersi in quella organizzazione»[61]. Per altro verso, va osservato come il riassestamento della *societas* sia in realtà una operazione assai onerosa e complessa: per godere dei benedici di cui all'art. 12 è dunque necessario un impegno serio da parte della persona giuridica, non bastando, ad esempio, l'assegnazione di un incarico a professionisti esterni[62] o la semplice adozione di un codice etico, di per sé insufficiente a realizzare gli scopi perseguiti dal legislatore[63].

Le considerazioni che precedono si riflettono peraltro sulla fisionomia del giudizio di idoneità che, pur rimanendo di fatto unitario, si snoda attraverso due diversi momenti valutativi: in particolare, il giudice dovrà, dapprima, constatare se l'ente abbia adottato e reso operativo un modello *post factum* e, successivamente, appurare se, per il tramite dello stesso, siano state rimosse le criticità organizzative, onde scongiurare la commissione di reati della stessa specie di quello addebitato; un giudizio, dunque, da formularsi non solo in termini strettamente prognostici e ipotetici, ma anche sulla base degli elementi fattuali oggetto della prospettazione accusatoria[64].

2.1. L'inapplicabilità delle sanzioni interdittive e la sospensione del processo

A differenza di quella pecuniaria, la cui operatività risulta indefettibile, le sanzioni interdittive sono irrogate, congiuntamente alla prima, soltanto in relazione agli illeciti che le prevedono espressamente e qualora ricorra una delle seguenti condizioni, sintomatiche di un maggiore disvalore della condotta: 1) l'ente ha tratto un profitto di rilevante entità dal reato-presupposto e, ove l'autore di quest'ultimo sia un soggetto sottoposto all'altrui direzione, la sua commissione è stata resa possibile da gravi carenze organizzative; 2) la sussistenza della recidiva (*rectius* della reiterazione degli illeciti). L'elenco di tali misure – disposte, di regola, per un lasso di tempo che oscilla tra tre mesi e tre anni[65] e, solo eccezionalmente, in via definitiva[66] – è ricco e variegato, contemplando l'interdizione dall'esercizio dell'attività; la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, delle licenze o delle concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi nonché il divieto di pubblicizzare beni o servizi[67]. Si tratta di sanzioni particolarmente incapacitanti, dotate di una notevole carica afflittiva[68], dirette a colpire, nei limiti del possibile, il ramo di attività nell'ambito del quale si è prodotto il reato, nel rispetto del c.d. principio di frazionabilità[69]. Quanto alla scelta del tipo e della durata delle stesse, il giudicante si avvarrà degli indici fattuali dettati per la commisurazione della "pena" pecuniaria, valorizzando inoltre l'attitudine di ciascuna interdizione a prevenire gli illeciti della specie di quello già commesso.

Anche in questo frangente è stato collocato un meccanismo funzionale ad accordare un premio all'ente che abbia tenuto un comportamento contrario rispetto all'offesa realizzata. Anzi, si può tranquillamente affermare che l'art. 17 rappresenta l'espressione più emblematica dello spirito riparatorio-collaborativo che permea il processo *de societate*. La previsione «trasuda», infatti, come rilevato dalla Relazione governativa, «chiare finalità specialpreventive»[70], nello statuire che, «[f]erma l'applicazione delle sanzioni pecuniarie, le sanzioni interdittive non si applicano quando, prima della

dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, concorrono le seguenti condizioni: a) l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso; b) l'ente ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della stessa specie di quello verificatosi; c) l'ente ha messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca». Specie se si considera come le sanzioni *de quibus* siano in grado di paralizzare l'agire economico della persona giuridica, gli effetti derivanti dall'adesione alla proposta di ravvedimento avanzata dalla norma appaiono ben più vantaggiosi di quelli previsti dall'art. 12: rispetto a quest'ultimo, l'art. 17 postula tuttavia una condotta maggiormente onerosa, contemplando tre distinti segmenti, da realizzare cumulativamente e non già alternativamente.

Le condizioni di cui alle lett. a) e b) replicano grossomodo il contenuto dell'art. 12, comma 2, sicché devono ritenersi valide le considerazioni svolte a proposito dell'abbattimento della sanzione pecuniaria. In ordine a quella della lett. c), è necessario anzitutto rilevarne la *ratio*: conscio che il profitto costituisce, di regola, il movente sotteso alla commissione del reato, il legislatore ha fatto dipendere l'inapplicabilità delle sanzioni interdittive dalla rinuncia ad esso e dalla messa a disposizione dell'autorità procedente[71].

Occorre però intendersi su cosa sia, in realtà, il c.d. profitto confiscabile: importanti chiarimenti sono giunti dalle Sezioni unite della Corte di cassazione, secondo le quali esso «va inteso come il complesso dei vantaggi economici tratti dall'illecito e a questo strettamente pertinenti, dovendosi escludere, per dare concreto significato operativo a tale nozione, l'utilizzazione di parametri valutativi di tipo aziendalistico». Nella stessa sede, sono state altresì superate le oscillazioni interpretative concernenti la sua determinazione, che, per i giudici di legittimità, va compiuta «al netto dell'effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato, nell'ambito del rapporto sinallagmatico con l'ente»[72].

A ben vedere, le modalità di realizzazione della condotta *sub* lett. c) risultano meno gravose di quelle riguardanti il risarcimento del danno e l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose. La previsione qui non richiede una materiale consegna, ma la sola messa a disposizione del *quantum* opportunamente individuato[73]. Ciò che rileva – e, ancora una volta, è la Suprema Corte a imporlo – è che oggetto della messa a disposizione siano le somme di denaro indebitamento percepite e non già i beni dal valore asseritamente equivalente al profitto o quelli che ne costituiscono l'impiego[74].

Al pari di quelli previsti dall'art. 12, anche gli adempimenti di cui all'art. 17 devono essere realizzati prima che il giudice dichiari l'apertura del dibattimento di primo grado: come rilevato dalla Relazione di accompagnamento al decreto, le condotte riparatorie fin qui analizzate vanno poste in essere «entro un lasso di tempo che, seppure non immediatamente prossimo alla commissione del fatto, non risulti troppo diluito nel tempo così da vanificare il valore insito nella tempestiva e riconoscibile attività di operosa resipiscenza»[75]. Detto sbarramento temporale persegue un duplice obiettivo: da un lato, impedisce l'esecuzione di attività probatorie che potrebbero rivelarsi inutili a seguito delle condotte in esame; dall'altro lato, attribuisce alla persona collettiva un adeguato *spatium temporis* per attivarsi, utile soprattutto ove la regiudicanda pervenga alla fase processuale senza essere transitata dall'udienza preliminare[76]. Al contrario, le norme citate non contemplano alcun *dies a quo*, lasciando intendere che le azioni reintegrative, riparatorie e riorganizzative possano avere luogo sin dalle indagini preliminari[77].

La realizzazione delle condotte riparatorie in una fase in cui nessun accertamento sul fatto e sulla responsabilità è stato ancora compiuto pone diversi problemi. Prima della celebrazione del dibattimento, risulterà, per esempio, tutt'altro che agevole quantificare, in modo attendibile, il danno risarcibile e il profitto confiscabile[78]. Per non parlare del fatto che le iniziative della *societas* potrebbero essere intese alla stregua di una ammissione di colpa, con buona pace della presunzione di innocenza, sancita, come noto, dagli artt. 27, comma 2, Cost., 6, § 2, CEDU e 14, § 2, PIDCP[79]. Uno sguardo più attento consente però di fugare ogni dubbio sulla tenuta costituzionale e convenzionale dei meccanismi normativi analizzati, i quali non implicano affatto una coartazione: è pur sempre l'ente che, all'esito di un confronto tra costi e benefici, intraprenderà *sua sponte* la strada della «consapevole e volontaria adesione [...] ad un *new deal* del proprio operare economico»[80], senza rinunciare a difendersi sul fronte della eventuale responsabilità[81].

Il più volte richiamato *favor riparationis* ha spinto il legislatore a introdurre una sorta di proroga del termine imposto dalle norme sin ora esaminate[82]. L'art. 65 consente infatti che le attività processuali possano essere messe in *stand-by* laddove, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, la persona giuridica manifesti la volontà di provvedere agli adempimenti di cui all'art. 17[83].

Tale sospensione va ad aggiungersi così a quelle previste dal codice di rito e dalla legislazione speciale, che trovano peraltro applicazione – stante la compatibilità *ex* art. 34 – anche in questa sede[84].
Al fine di evitare strumentalizzazioni di sorta, il d.lgs. n. 231 del 2001 ha ancorato l'operatività dell'istituto a presupposti piuttosto rigidi. In primo luogo, va rilevato che i legittimati a promuovere la sospensione del processo sono il legale rappresentante dell'ente, il difensore indicato nell'atto di costituzione o, in mancanza di quest'ultima dichiarazione, il difensore di fiducia o di ufficio[85]. Costoro dovranno provare la circostanza irresistibile che ha impedito la tempestiva adozione delle condotte reintegrative, riparatorie e riorganizzative, producendo, se del caso, documenti, come i bilanci attestanti l'assenza di liquidità o i risultati delle investigazioni difensive[86]. Il vaglio sulla richiesta, se positivo, implica, oltre alla temporanea interruzione del processo, l'assegnazione di un termine entro il quale realizzare le attività di cui all'art. 17[87], la fissazione della data della futura udienza nonché la determinazione di una somma di denaro da depositare presso la Cassa delle ammende, il cui importo, in forza del richiamo all'art. 49, sarà fissato in misura «non inferiore alla metà della sanzione pecuniaria minima prevista per l'illecito per cui si procede»; in alternativa, onde evitare l'immobilizzazione del capitale, è ammessa la prestazione di apposita garanzia mediante ipoteca o fideiussione solidale[88].
In ordine alle tempistiche della richiesta, preme rammentare che il momento a partire dal quale essa può essere promossa viene fatto corrispondere, nel silenzio della disposizione, con l'arrivo degli atti presso la cancelleria del dibattimento[89]. Alludendo l'art. 65 al «processo», gli interpreti hanno nondimeno puntualizzato come la richiesta possa essere avanzata già durante l'udienza preliminare, prima della formulazione delle conclusioni ai sensi degli artt. 421 e 422 c.p.p.: in tal caso, il giudice dell'udienza preliminare non esercita alcun controllo sulla stessa, limitandosi a trasmetterla, unitamente al fascicolo, al giudice dibattimentale[90]. Quanto al termine finale, esso non sempre corrisponde con il lasso di tempo precedente alla dichiarazione di apertura del dibattimento, posto che, espletata per la prima volta detta formalità, si potrebbe verificare una regressione del procedimento per la presenza di atti invalidi (art. 185, comma 3, c.p.p.): una simile evenienza attribuirà quindi all'ente il potere di proporre, nuovamente ovvero *ex novo*, la domanda di sospensione[91].
A causa della laconica formulazione dell'art. 65, devono essere inoltre definiti alcuni aspetti problematici della procedura sospensiva ivi regolamentata, a cominciare dalla natura, vincolata o discrezionale, del potere del giudice di pronunciarsi in tal senso. Espressioni quali «può disporre» o «se ritiene di accogliere» lasciano intendere che il momentaneo arresto delle attività rituali è affidato al libero apprezzamento dell'organo giurisdizionale che non investe solo la tempestività della domanda e la bontà del relativo apporto documentale ma si estende a profili oggettivi, soggettivi e processuali[92]. Occorrerà, ad esempio, valutare se e in che modo un provvedimento di sospensione a favore dell'ente influisca sull'accertamento del reato addebitato, nell'ambito del *simultaneus processus*, alla persona fisica[93]. Una chiave di lettura del genere, pur suggestiva, rischia però di ledere le prerogative difensive della *societas*: nel rispetto degli obiettivi e delle logiche del decreto, è dunque preferibile configurare il potere di sospensione in termini di atto dovuto, adottabile ogniqualvolta la richiesta soddisfi i presupposti di legge[94].
Una questione esegetica ulteriore concerne la durata del termine di sospensione e la sua prorogabilità. Sul primo versante, l'assenza di precise coordinate normative depone per la piena autonomia del giudice, il quale opterà per un lasso di tempo più o meno ampio a seconda delle peculiarità del singolo caso concreto[95]. Durante questo periodo, è inibito lo svolgimento di qualsiasi attività processuale, con escussione degli atti urgenti *ex* art. 467 c.p.p.[96], e la decorrenza della prescrizione; del resto, diversamente opinando, si agevolerebbero iniziative meramente dilatorie[97]. Circa il secondo tema, in senso negativo sembra deporre il tenore della Relazione governativa, nella misura in cui afferma che «laddove si verifichi una mancata, incompleta o inefficace esecuzione dell'attività riparatoria nel termine fissato, il processo riprenderà»[98]. La filosofia autenticamente specialpreventiva che anima il d.lgs. n. 231 del 2001 conduce tuttavia ad accogliere l'opposta soluzione, a patto, ovviamente, che la richiesta di proroga non risulti pretestuosa[99]. Per nulla dibattuta è invece la forma dei provvedimenti di sospensione e rigetto, trattandosi, per l'unanimità degli autori, di ordinanze revocabili, non suscettibili di impugnazione, se non unitamente alla sentenza conclusiva del giudizio di primo grado, a mente dell'art. 586 c.p.p.[100].
Venendo agli epiloghi decisori, va segnalato che, qualora l'ente non adempia, entro i termini stabiliti, agli obblighi reintegrativi, riparatori e riorganizzativi, il giudice è tenuto a revocare il provvedimento di sospensione e a riscuotere le somme versate. Viceversa, se l'ente ponga

puntualmente in essere le condotte *post factum*, non saranno applicate, in caso di condanna e fermo restando l'operatività delle sanzioni pecuniarie, le "temute" interdizioni, previa la restituzione della cauzione, la cancellazione dell'ipoteca e l'estinzione della fideiussione eventualmente prestata.
Resta infine da osservare che, laddove il processo *de societate* coinvolga banche e intermediari finanziari (SIM, SGR o SICAV), il giudice che intenda monitorare la realizzazione delle azioni di ravvedimento di cui all'art. 17 potrà avvalersi, a seconda dei casi, del contributo informativo della Banca d'Italia o della Consob[101].

2.2. L'"ultima spiaggia": la conversione *in executivis*

La centralità attribuita dal legislatore agli strumenti di ravvedimento *post factum* e, più in generale, alla finalità di recupero alla legalità emerge anche sul terreno dell'esecuzione, laddove il soggetto collettivo chieda al giudice, a norma dell'art. 78, di convertire la sanzione interdittiva in pecuniaria, avendo realizzato le azioni reintegrative, riparatorie e riorganizzative tardivamente, ossia dopo la dichiarazione di apertura del dibattimento.
La persona giuridica "paga" quindi il ritardo maturato nella adozione degli adempimenti di cui all'art. 17: essa non beneficerà della disapplicazione *tout court* della sanzione interdittiva, accontentandosi invece della sua trasformazione in una somma che va ad aggiungersi a quella irrogata con la decisione; scelta, questa, che la Relazione governativa motiva con l'«ovvia necessità di non incentivare condotte strumentali dell'ente che potrebbe altrimenti monetizzare a costo zero la sanzione maggiormente afflittiva»[102]. Pur determinando conseguenze tendenzialmente meno benevole rispetto agli altri istituti riparativo-premiali noti al d.lgs. n. 231 del 2001, quello di cui all'art. 78 si palesa il più rispettoso della presunzione di innocenza. Esso è infatti l'unico a collocarsi a valle del giudizio, quando, cioè, un accertamento sulla responsabilità è stato operato[103].
Da un punto di vista strettamente procedurale, va anzitutto rammentato che possono proporre la richiesta di conversione il legale rappresentante ovvero il difensore nominato per la fase esecutiva[104], nel termine perentorio di venti giorni, decorrenti dalla notifica dell'estratto della sentenza di condanna. Il decreto ha addossato all'istante l'onere di accludere documenti da cui si evinca l'avvenuta realizzazione del risarcimento del danno, dell'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato nonché dell'adozione e dell'efficace attuazione di idonei *compliance programs*. A dispetto del tenore dell'art. 78, comma 2, parte della dottrina ha rilevato opportunamente come, in mancanza di una previsione *ad hoc*, l'omessa allegazione non integri una causa di inammissibilità della domanda, dovendosi semmai parlare di manifesta infondatezza[105].
Entro dieci giorni dalla recezione della richiesta[106], il giudice fissa l'udienza in camera di consiglio, dandone avviso alle parti e ai difensori, con facoltà per gli stessi di prendere visione degli atti, di estrarre copia nonché di depositare memorie fino a cinque giorni prima, similmente a quanto accade nel procedimento di esecuzione ordinario disciplinato dall'art. 666 c.p.p. Le disposizioni e i relativi approdi giurisprudenziali sul tema si estendono infatti anche al rito *de quo*, con il consueto limite della compatibilità[107]: va da sé, ad esempio, che, anche nel frangente in esame, l'omissione, l'incompletezza o l'irregolare comunicazione all'ente e al suo difensore produrrà una nullità assoluta; i vizi dell'avviso diretto al rappresentante della pubblica accusa determineranno, al contrario, una nullità a regime intermedio[108]. Non solo: dalla norma codicistica sopra richiamata deriva altresì il potere del giudice di acquisire documenti e informazioni dalle competenti autorità ovvero di svolgere, nel rispetto del canone del contraddittorio, le più varie attività istruttorie[109].
D'altro canto, l'art. 78, comma 3, al fine di evitare un pregiudizio all'ente, riconosce al giudice la prerogativa di sospendere – mediante un decreto motivato non impugnabile, ma revocabile nel successivo corso del procedimento[110] – l'esecuzione della sanzione interdittiva, qualora la richiesta di conversione non gli appaia «manifestamente infondata»: a esplicitare il contenuto di tale espressione provvede la più volte rammentata Relazione di accompagnamento, la quale allude a «un semplice *fumus* di accoglimento della richiesta»[111]. E si badi che, malgrado la norma sembri prefigurare una mera facoltà, diversi autori continuano ancora oggi a parlare della sospensione come di un dovere da onorare «tutte le volte che […] la richiesta di conversione abbia il corredo della necessaria e comprovante documentazione e non sia quindi manifestamente infondata»[112].
Se ritiene di accogliere la richiesta, il giudice emette una ordinanza motivata, eventualmente ricorribile per cassazione, al pari di quella di rigetto[113]. In particolare, egli ordina la conversione della sanzione interdittiva, determinando contestualmente una somma da versare né inferiore all'ammontare della sanzione pecuniaria già applicata né superiore al suo doppio. L'individuazione dell'esatto importo non risulta una operazione del tutto discrezionale, considerato che l'art. 78, comma 4, impone all'organo decidente di prendere in considerazione

vuoi la gravità dell'illecito accertato vuoi le circostanze concrete sottese all'attivazione tardiva della persona giuridica: in tal modo, è possibile distinguere le ipotesi in cui la realizzazione delle condotte reintegrative, riparatorie e riorganizzative sia stata effettivamente caratterizzata da obiettive difficoltà rispetto a quelle in cui emerge la volontà dell'ente di procrastinare per quanto possibile la propria resipiscenza[114].

3. La sospensione delle misure cautelari interdittive

Il d.lgs. n. 231 del 2001 ha riservato grande attenzione alla disciplina delle cautele, cui ha dedicato una intera Sezione che, al pari del Libro IV del codice di procedura penale, costituisce un autonomo «sottosistema normativo»[115].
Delle fattispecie reali si occupano appena due disposizioni, avendo il legislatore collocato al centro dell'impianto le misure interdittive[116], coincidenti, nella denominazione quanto nel contenuto, con le omonime sanzioni[117].
Al ricorrere di taluni presupposti[118], potranno quindi essere applicate alla persona giuridica, seppure provvisorissimamente: l'interdizione dall'esercizio dell'attività; la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, delle licenze o delle concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; il divieto di pubblicizzare beni o servizi[119].
Detta allarmante sovrapposizione con l'arsenale sanzionatorio rappresenta, a ben vedere, il precipitato della più volte rammentata vocazione rieducativa del processo *de societate*[120]. In altre parole, le finalità di recupero dell'ente e, ancor prima, di prevenzione del rischio-reato al proprio interno hanno trasfigurato la fisionomia delle cautele che, private della loro naturale strumentalità all'accertamento, sono diventate la strada attraverso la quale prevenire il pericolo di recidiva[121]. Legittimando, in buona sostanza, l'irrogazione di una «"criptopena"» senza che sia intervenuta alcuna condanna[122], tale assetto è stato oggetto delle comprensibili critiche della dottrina che ne ha denunciato l'incompatibilità con la presunzione di innocenza[123]. La questione è invero tutt'altro che teorica: lo dimostra, del resto, la proposizione, all'indomani dell'entrata in vigore della riforma, di una eccezione di costituzionalità con cui si rilevava come il concetto di «revoca» al quale fanno riferimento alcune tra le misure sopra elencate, evocando una situazione di irreversibilità, fosse *ictu oculi* incompatibile con il carattere provvisorio dell'intervento cautelare[124].
Tra le vicende che possono interessare la vita delle cautele interdittive, accanto alla sostituzione e alla revoca già note al rito ordinario, figura una ipotesi di sospensione, la cui operatività dipende dalla richiesta della *societas*, nella persona del legale rappresentante o del difensore, di realizzare gli adempimenti di cui all'art. 17, tra i quali «la stella polare risulta ancora una volta [l'adozione de]l modello»[125]. Chiara la ragion d'essere dell'istituto previsto dall'art. 49: offrire, a chi è disposto a riportare prontamente il proprio agire economico entro i binari della legalità, un *commodus discessus*, permettendogli di evitare la futura (e, in teoria, eventuale) sanzione e, al contempo, di sterilizzare gli effetti della sua "anticipazione"[126]. L'ennesima dimostrazione, insomma, di quell'«accentuato afflato prevenzionistico»[127] che permea il decreto legislativo in esame. Indubbiamente lodevole per l'attitudine a scongiurare le ricadute economiche e occupazionali che le interdizioni, anche se transitorie, inevitabilmente producono, la sospensione *de qua* sembra però rafforzare, mediante il richiamo all'art. 17, la discutibile assimilazione tra gli strumenti cautelari e quelli sanzionatori nonché i sospetti sulla tenuta costituzionale e convenzionale dei primi[128]. Sospetti, questi, destinati ad acuirsi se solo si considera come il meccanismo sospensivo imponga al giudice cautelare una valutazione sull'idoneità del risarcimento, dell'eliminazione degli effetti del reato e del modello organizzativo che spetterebbe, a rigore, al giudice della cognizione[129].
Nel formulare l'art. 49, il legislatore non si è pronunciato circa la struttura e il contenuto della richiesta. La lacuna è stata ben presto colmata dagli interpreti che, valorizzando le aspirazioni del congegno normativo, hanno sostenuto all'unisono la necessità che essa non sia generica, dovendo esplicitare gli obiettivi perseguiti, le singole condotte da compiere in concreto e le modalità di esecuzione, con l'indicazione del piano finanziario predisposto all'uopo e dello *status* economico del proponente. Non si richiedono dunque forme sacramentali, purché emerga chiaramente la volontà della persona giuridica di impegnarsi in un percorso di operosa resipiscenza e non per fini meramente dilatori[130].
La richiamata disposizione tace altresì sulle tempistiche. Ragioni logiche, prima ancora che giuridiche, imporrebbero di concepire il provvedimento sospensivo sempre e comunque come un *posterius* rispetto all'adozione della cautela: se quest'ultima non fosse in corso di

esecuzione, non ci sarebbe infatti alcunché da sospendere. L'assenza di esplicite preclusioni, unitamente agli scopi specialpreventivi dell'istituto, induce tuttavia ad ammettere che la richiesta possa essere esperita anche durante l'udienza in cui le parti discutono della futura applicazione della misura interdittiva[131]; in tale evenienza, la cautela sarà disposta e contestualmente sospesa, con pieno beneficio per soggetto collettivo[132]. Diverso è il caso in cui l'ente, prima della deliberazione che chiude l'udienza camerale fissata *ex* art. 47, dichiari di aver già posto in essere azioni reintegrative, riparatorie e riorganizzative: orbene, qui non si valuterà l'opportunità di una sospensione ma, al più, la permanenza delle esigenze cautelari, cioè del pericolo di reiterazione dell'illecito[133].
Una volta sentito il Pubblico Ministero, il giudice che ritenga, sulla base di una valutazione prognostica, di accogliere la proposta avanzata dalla parte privata adotta una ordinanza adeguatamente motivata con cui sospende gli effetti della cautela e impone all'ente un termine per porre in essere gli obblighi di fare prescritti dall'art. 17[134]. Nel medesimo frangente viene determinata, a carico della *societas*, una somma a titolo di cauzione, non inferiore alla metà della sanzione pecuniaria minima prevista per l'illecito addebitato, da versare alla Cassa delle ammende; in alternativa, il soggetto collettivo potrà prestare una idonea garanzia ipotecaria o una fideiussione solidale.
Due i possibili esiti del procedimento incidentale[135]: in forza dell'art. 49, commi 3 e 4, laddove tutte le condotte di ravvedimento *post factum* siano state tempestivamente e correttamente perfezionate, il giudice provvederà a revocare la cautela imposta nonché, a seconda delle situazioni, a restituire l'importo depositato, a cancellare l'ipoteca ovvero a estinguere la fideiussione; al contrario, nell'ipotesi «di mancata, incompleta o inefficace esecuzione delle attività nel termine fissato», la misura interdittiva riprenderà il suo corso e la somma depositata o per la quale è stata offerta garanzia sarà devoluta alla Cassa delle ammende[136]. Malgrado la contraria opinione di taluno[137], è bene peraltro ribadire che la riviviscenza del vincolo provvisorio non necessita di un nuovo *input* da parte dell'organo della pubblica accusa, trattandosi, in sostanza, di quello disposto in precedenza e poi "congelato"[138].
Quid iuris per l'ente che adempia in maniera parziale, inefficace o tardiva per cause allo stesso non imputabili? Il dato positivo sembrerebbe non lasciare "scampo" al giudice procedente, tenuto, anche in simili occasioni, a ripristinare quanto prima la misura cautelare. Ciò nonostante, la dottrina ha costantemente ritenuto dilazionabile il lasso di tempo stabilito *ab origine*, accrescendo, in tal modo, le occasioni di "redenzione" della persona giuridica[139]. E dello stesso avviso si è mostrata, più di recente, la giurisprudenza di legittimità, che, pur ribadendo l'assenza di un sicuro appiglio testuale, ha sostenuto come «la scelta di prorogare il termine iniziale rientr[i] nella discrezionalità del giudice e p[ossa] essere legata ad una valutazione fattuale sui tempi necessari alla società per realizzare ovvero per completare le condotte riparatorie»[140]. Benché un simile approccio esegetico sia già di per sé capace di conferire all'istituto analizzato maggiore flessibilità applicativa, non può non invocarsi un intervento normativo che operi in tal senso, capace di fugare ogni dubbio sull'estensione temporale del periodo di sospensione, oltre che di rimediare alle denunciate criticità all'insegna dei valori sui quali dovrebbe riposare un processo penale di matrice accusatoria.

4. L'(in)applicabilità della causa di estinzione del reato di cui all'art. 162 *ter* c.p.

Nel tentativo di garantire la ragionevole durata del processo, il legislatore ha introdotto, nel rito ordinario, meccanismi volti a decongestionare il carico giudiziario, da tempo gravato da un diritto penale proverbialmente ipertrofico[141].
Tra questi istituti, già sperimentati nelle giurisdizioni minorile e di pace, particolare rilievo assume l'«estinzione del reato per condotte riparatorie», oggi prevista dall'art. 162 *ter* c.p.[142]. La norma offre, nei casi di procedibilità a querela remissibile, una celere via di fuga dal processo e dalla pena all'imputato che abbia provveduto a risarcire il danno nonché a rimuovere le conseguenze dannose o pericolose derivanti dalla propria attività illecita, a prescindere dal dissenso della persona offesa. Pur caratterizzandosi per un effetto estintivo sconosciuto al d.lgs. n. 231 del 2001, essa palesa una certa affinità con gli artt. 12, 17, 49, 65 e 78 sopra esaminati, stimolando, al pari di queste ultime disposizioni, il perfezionamento di «contro-azioni compensative»[143]. Per tale motivo, vale la pena domandarsi se e in che misura l'epilogo liberatorio riguardante la persona fisica *ex* art. 162 *ter* c.p. possa condizionare le sorti dell'ente protagonista della simultanea vicenda processuale[144].
Va subito rilevato che la *quaestio* presenta attualmente una scarsa incidenza pratica, atteso che la gran parte dei reati-presupposto risultano procedibili d'ufficio, eccezion fattasi per talune sparute fattispecie, richiamate agli artt. 24 *bis* e 25 *ter*[145]. Non potendosi escludere che in futuro venga ampliato vuoi il catalogo delle figure criminose

richiamate dal decreto vuoi la portata applicativa della causa di estinzione *de qua*, una riflessione che investa il rapporto tra la formula codicistica e il sistema di accertamento della responsabilità dei soggetti collettivi può comunque rivelarsi, come è stato giustamente osservato, di una qualche utilità[146].

Sta di fatto che il predetto interrogativo merita una risposta negativa, quantomeno *de iure condito*. L'ostacolo più insormontabile è rappresentato dalla lettera dell'art. 8, il cui tenore non lascia alcuno spazio per una interpretazione conforme allo spirito della riforma del 2001, che non poteva certo prendere in considerazione un meccanismo allora inoperante nel rito ordinario. Detta norma è infatti perentoria nell'affermare che «la responsabilità dell'ente sussiste anche quando [...] il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia»[147]. Nell'attesa di un intervento di "ortopedia normativa", la *societas* non trarrà dunque alcun beneficio dall'atteggiamento virtuoso della persona fisica, anche laddove il risarcimento del danno e l'eliminazione delle conseguenze del reato siano stati di fatto realizzati a sue spese[148]. L'auspicio è comunque quello che il legislatore promuova soluzioni oculate, tenendo a mente le occasioni di ravvedimento *post factum* già espressamente concesse dal decreto e i relativi effetti: sarebbe irrazionale e asistematico, se, ad esempio, adempimenti meno onerosi comportassero vantaggi più remunerativi.

Ma non è tutto. Il trascinamento del congegno estintivo di cui all'art. 162 *ter* c.p. sul terreno *de societate* potrebbe, a decreto legislativo invariato, comportare alcuni cortocircuiti applicativi. Basti pensare al caso in cui l'imputato "in carne e ossa" provveda con solerzia al risarcimento del danno e all'eliminazione degli effetti negativi del reato, così da vedersi prontamente sollevato da ogni addebito. Essendo inammissibile una duplicazione di tali condotte a fronte di un fatto sostanzialmente unitario, all'ente sembrerebbe allora preclusa la strada della operosa resipiscenza che le richiede, in aggiunta all'adozione di un idoneo modello organizzativo, al fine di ottenere tanto un sollievo sanzionatorio quanto una neutralizzazione della cautela interdittiva. Allo stato, l'unica soluzione praticabile per uscire dall'impasse sarebbe quella di valorizzare l'inciso, facente parte del testo degli artt. 12 e 17, «si è comunque efficacemente adoperato in tal senso», in forza del quale non si può pretendere la realizzazione di attività concretamente inesigibili. In accordo con l'opinione della dottrina, il soggetto collettivo potrà quindi incassare quanto gli spetta indipendentemente dalle scelte della persona fisica, sempre a patto che abbia assunto un contegno proattivo[149]. Un diverso approccio finirebbe, del resto, per "legare le mani" all'ente disposto a collaborare, frustrando così le ormai note finalità specialpreventive della riforma di inizio millennio.

5. La sospensione del procedimento con messa alla prova

Menzionando l'art. 8 esclusivamente l'amnistia (propria), altrettanto ininfluente sull'accertamento della responsabilità della *societas* si paleserà la eventuale declaratoria di estinzione del reato-presupposto pronunciata, a vantaggio del suo autore, per esito positivo della messa alla prova. Come è noto, con l'esportazione di quest'ultimo istituto, per mano della l. 28 aprile 2014, n. 67, dalla giurisdizione minorile a quella degli adulti, è stata introdotta una diversione rispetto al rito ordinario, orientata, al pari dei meccanismi disciplinati agli artt. 131 *bis* e 162 *ter* c.p., alla deflazione e al superamento di un assetto ordinamentale principalmente carcerocentrico[150]. In particolare, per fattispecie criminose di medio-bassa gravità, si è attribuito al prevenuto il diritto di chiedere la sospensione del processo al fine di sottoporsi a un programma di reinserimento sociale implicante l'eliminazione delle conseguenze della propria condotta, il risarcimento del danno cagionato, se possibile, nonché l'esecuzione di un lavoro di pubblica utilità, da svolgere a titolo gratuito: laddove tali adempimenti vengano correttamente espletati, il reato si estinguerà; al contrario, la macchina giudiziaria riprenderà il suo corso. Ebbene, per quanto un'altra soluzione non sarebbe poi così illogica, il vigente ordito normativo non impedisce di ritenere, anche questa volta, la formula liberatoria adottata per l'imputato in "carne e ossa" improduttiva di effetti in capo all'ente.

Da qualche tempo avanza in dottrina la condivisibile tesi per cui al c.d. *probation* potrà semmai aderire il soggetto collettivo in prima persona, al quale si offrirebbe un'altra occasione per colmare le proprie carenze organizzative, ma in cambio di un premio ben più allettante vuoi della attenuazione della risposta sanzionatoria vuoi della revoca di una misura cautelare[151]. Si tratta di uno scenario plausibile, considerato che il legislatore ha attribuito una natura anfibia all'istituto *de quo*[152], causa di estinzione del reato, da un lato, e rito speciale, dall'altro. Accanto a una disciplina sostanziale (artt. 168 *bis* ss. c.p.), esso ne vanta dunque pure una processuale (artt. 464 *bis* ss. c.p.p.) che, tramite le clausole di rinvio contenute negli artt. 34 e 35, assicurerebbe il trasferimento

della messa alla prova nella giurisdizione *de societate*.
La giurisprudenza di merito ha inizialmente promosso una interpretazione restrittiva. Il riferimento corre all'ormai nota ordinanza con cui il Tribunale di Milano, da sempre all'avanguardia sulle questioni relative all'operatività del d.lgs. n. 231 del 2001, ha assunto una posizione formalista, impedendo all'ente di ricorrere all'ipotesi di *diversion* in parola. La motivazione prende le mosse dall'assenza – nel codice penale, in quello di procedura penale e nel decreto citato – di una previsione in tal senso. Per il giudicante, detto vuoto dispositivo non potrebbe essere colmato mediante il ricorso all'analogia, inibita, nel rispetto del principio della riserva di legge, con riguardo a un congegno che «si manifesta, dal punto di vista afflittivo, attraverso lo svolgimento del lavoro di pubblica utilità, rientra[nte] a pieno titolo nella categoria delle sanzioni penali»[153]. Pur rammentando la dimensione ibrida dell'istituto, il magistrato investito della questione ha insomma inspiegabilmente esaltato la sola componente penalistica.
Sembra tuttavia opportuno discostarsi da tale presa di posizione. Il Tribunale non mente quando sottolinea l'inesistenza di una previsione che attribuisca alla persona giuridica la facoltà di avvalersi del *probation*, ma mostra di "ignorare" il fenomeno di eterointegrazione normativa grazie al quale si applica, nel processo di cui al d.lgs. n. 231 del 2001, anche quanto ivi non regolamentato, con l'unico limite della compatibilità. Basti pensare, d'altronde, ai giudizi immediato e direttissimo che, pur non menzionati sul piano positivo, risultano pacificamente praticabili in questa sede[154].
Maggiori consensi merita, all'opposto, la decisione del Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Modena che ha recentemente disposto la sospensione del procedimento con messa alla prova nei confronti di una società attiva nel settore della produzione di generi alimentali, indagata per l'ipotesi di cui all'art. 25 *bis*1 del decreto, in relazione al reato previsto dall'art. 515 c.p.[155]. In questa occasione, l'autorità giudiziaria, dopo aver appurato l'insussistenza di cause di proscioglimento immediato e la concreta capacità dell'istante di tornare a operare entro i binari della legalità, ha acconsentito all'esecuzione del programma di trattamento proposto, dal quale emergeva l'intenzione della impresa di provvedere, in maniera seria e tempestiva: a) alla eliminazione delle conseguenze negative dell'illecito; b) al risarcimento degli eventuali danneggiati; c) al *restyling* del modello di organizzazione e gestione, attraverso il potenziamento delle procedure di controllo relative all'area aziendale in cui si è verificata l'azione criminosa; d) allo svolgimento di una attività di volontariato, consistente nella fornitura gratuita di una parte della propria produzione in favore di un organismo religioso che gestisce un punto di ristorazione rivolto a persone bisognose. Verificato il corretto svolgimento di tali adempimenti, il giudice ha successivamente dichiarato l'estinzione del reato.
Come dimostra la vicenda appena richiamata, la trasposizione dell'alternativa di cui agli artt. 464 *bis* ss. c.p.p. nel peculiare contesto in esame non comporta chissà quali forzature ermeneutiche. L'istituto deflativo-premiale palesa infatti una spiccata affinità con le svariate occasioni di ravvedimento che si ripetono, a mo' di *refrain*, lungo la parabola processuale di cui la persona giuridica è protagonista; affinità, questa, destinata a emergere ancor più chiaramente se si considera che il decreto già contempla situazioni che comportano, al pari del *probation*, una momentanea paralisi del rito funzionale al perfezionamento di condotte di operosa resipiscenza (artt. 49 e 65)[156]. Detti strumenti risultano, in buona sostanza, accumunati dalla medesima logica, sicché, come ha giustamente notato taluno, «ove mai si negasse all'ente la facoltà di richiedere la messa alla prova, si finirebbe, in fondo, per rinnegare la stessa natura intimamente rieducativa del processo per gli illeciti *de societate*»[157].
Orbene, in linea con l'audace e lodevole decisione del Tribunale di Modena, le previsioni introdotte dalla l. n. 67 del 2014 troveranno applicazione anche nei confronti del soggetto collettivo dotato di *compliance programs* ritenuti inidonei. La richiesta di adesione al percorso di *diversion* potrà allora essere avanzata entro le conclusioni dell'udienza preliminare o, in assenza di quest'ultima, fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado. Nel caso in cui la volontà di conseguire il beneficio sia manifestata durante le indagini preliminari, è però necessario anche il *placet* del Pubblico Ministero, ferma restando la possibilità di reiterare l'istanza (art. 464 *ter* c.p.p.)[158].
Circa l'ambito oggettivo di applicazione, va osservato come il giudizio speciale sarebbe esperibile solo qualora si procedesse per un illecito dotato di scarso disvalore, alla stregua del dettato codicistico[159], salvo non intervenga il legislatore per conferirgli un'efficacia generalizzata[160], come accade peraltro nel procedimento minorile che, con quello in esame, condivide l'aspirazione rieducativa. A favore di una simile innovazione sembra militare l'odierno assetto del d.lgs. n. 231 del 2001, che non impone alcun limite, basato sul titolo del reato, alla realizzazione degli adempimenti

reintegrativi, riparatori e riorganizzativi *ex* artt. 12, 17, 49 e 78. Nel rispetto della finalità specialpreventiva della riforma di inizio millennio, è invece auspicabile che non vengano in futuro dettate preclusioni soggettive diverse da quelle oggi imposte alla persona fisica: onde evitare che la messa alla prova venga strumentalizzata da parte di coloro che l'esperienza ha mostrato non inclini al ravvedimento, l'art. 168 *bis* c.p. prevede, ai commi 4 e 5, che essa «non può essere concessa più di una volta» né «applica[ta] nei casi previsti dagli articoli 102, 103, 104, 105 e 108 [c.p.]».
Malgrado la diversa opinione di alcuni Autori[161], nessuna significativa differenza dovrebbe a rigore intercorrere tra il programma di trattamento confezionato per la persona fisica e quello confezionato per persona giuridica. In entrambe le situazioni, infatti, il graduale reinserimento del reo passerà dall'eliminazione degli effetti pregiudizievoli dell'illecito, dal risarcimento del danno ove possibile, dall'integrazione del modello organizzativo e dalla esecuzione di un lavoro di pubblica utilità[162]. In quest'ottica, si potranno istituire corsi di formazione gratuita, sostenere l'operato di organizzazioni sociali, sanitarie e di volontariato e promuovere le più svariate iniziative, purché capaci di apportare un qualche beneficio alla collettività. Parimenti sovrapponibili risulteranno, infine, la scansione temporale e la concreta modulazione del rito speciale che, nella migliore delle ipotesi, consentirà all'imputato – soggetto fisico o giuridico che sia – la fuoriuscita anzitempo dal proprio circuito processuale.

1 La letteratura in tema di responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche è a dir poco sterminata: se ne sono occupati, tra gli altri, E. Amodio, *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 321 ss.; P. Balducci, *L'ente imputato. Profili di efficienza e di garanzia nel processo* De societate, Torino, 2013, p. 1 ss.; R. Bartoli, *Alla ricerca di una coerenza perduta… o forse mai esistita. Riflessioni preliminari (a posteriori) sul «sistema 231»*, in R. Borsari (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, Padova, 2016, p. 13 ss.; H. Belluta, *L'ente incolpato. Diritti fondamentali e "processo 231"*, Torino, 2018, p. 1 ss.; A. Bernasconi, (voce) *Responsabilità amministrativa degli enti (profili sostanziali e processuali)*, in *Enc. giur.*, Annali, vol. II, t. II, Milano, 2008, p. 957 ss.; M. Ceresa-Gastaldo, *Il "processo alle società" nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Torino, 2002, p. 1 ss.; C. De Maglie, *L'etica e il mercato*, Milano, 2002, p. 303 ss.; G. De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, 2012, p. 231 ss.; G. De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in C.F. Grosso-T. Padovani-A. Pagliaro (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2008, p. 3 ss.; M.L. Di Bitonto, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Napoli, 2012, p. 44 ss.; P. Ferrua, *Procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1479 ss.; G. Garuti, (voce) *Processo agli enti*, in *Dig. d. pen.*, Agg., Torino, 2014, p. 556 ss.; G. Garuti, *Il processo "penale" alle società*, in G. Garuti (a cura di), *Modelli differenziati di accertamento*, in G. Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. VII, t. II, Torino, 2011, p. 1029 ss.; A. Giarda, *Aspetti problematici del procedimento di accertamento delle sanzioni amministrative, in Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse. Atti del Convegno di Roma 30 novembre-1° dicembre 2001*, in *Cass. pen.*, 2003, suppl. al n. 6, p. 111 ss.; T. Guerini, *Diritto penale ed enti collettivi. L'estensione della soggettività penale tra repressione, prevenzione e governo dell'economia*, Torino, 2018, p. 37 ss.; S. Lorusso, *La responsabilità 'da reato' delle persone giuridiche: profili processuali del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2522 ss.; G. Marinucci, *La responsabilità penale delle persone giuridiche: uno schizzo storico-dogmatico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 445 ss.; E. Musco, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, in *Dir. giust.*, 2001, 23, p. 8 ss.; C.E. Paliero, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi,* societas delinquere (et puniri) potest, in *Corr. giur.*, 2001, p. 845 ss.; G. Paolozzi, Vademecum *per gli enti sotto processo. Addebiti "amministrativi" da reato (dal d.lgs. n. 231 del 2001 alla legge n. 46 del 2006)*, Torino, 2006, p. 5 ss.; D. Pulitanò, (voce) *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. dir.*, Agg., Milano, 2002, p. 953 ss.; M. Riverditi, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione. Circolarità ed innovazione dei modelli sanzionatori*, Napoli, 2009, p. 1 ss.; G. Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano, 2012, p. 1 ss. Pur precedenti al varo del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, meritano senz'altro una lettura anche i lucidi scritti di F. Bricola, *Il costo del principio "*societas delinquere non potest*" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, p. 951 ss. e F. Stella, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di* judo, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, p. 459 ss.

2 Non a caso si è parlato di «scelta europeista coatta»: così G. Paolozzi, Vademecum *per gli enti sotto processo*, cit., p. 17. Per un puntuale elenco delle fonti sovranazionali che hanno giocato un qualche ruolo nel processo di adozione del d.lgs. n. 231 del 2001, A. Bernasconi, *Le fonti*, in A. Presutti-A. Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, 2018, p. 18 ss.

3 G. Garuti, *Il processo "penale" alle società*, cit., p. 1029; G. Paolozzi, Vademecum *per gli enti sotto processo*, cit., p. 22-23. Rileva P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, vol. I, *Struttura e procedimento*, Torino, II ed., 2017, p. 323 come il processo

de societate nasca da una finzione di cui ci si avvale «per colpire persone umane che, altrimenti, si sottrarrebbero alle loro responsabilità, usando come schermo l'ente collettivo». In una più ampia prospettiva, L. Lupária, *Contrasto alla criminalità economica e ruolo del processo penale: orizzonti comparativi e vedute nazionali*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, 5, p. 1 ss.

4 A dispetto del "latinetto" adoperato per sintetizzarlo, il principio non risulta poi così risalente, come attesta l'analisi di G. Marinucci, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 447 ss., il quale dà conto della punizione delle corporazioni, dei comuni e dei municipi a partire dal Medioevo.

5 Tali sono definiti da G. De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, cit., p. 27.

6 Trattasi di una «sfuggente nozione» per P. Severino, *La responsabilità dell'ente* ex *d.lgs. n. 231 del 2001: profili sanzionatori e logiche premiali*, in C.E. Paliero-F. Viganò-F. Basile-G.L. Gatta (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, Milano, 2018, p. 1006.

7 Ancora P. Severino, *La responsabilità dell'ente* ex *d.lgs. n. 231 del 2001*, cit., p. 1005. Sui modelli di organizzazione, gestione e controllo, *ex multis*, A. Bernasconi, *Modelli organizzativi, regole di giudizio e profili probatori*, in A. Bernasconi (a cura di), *Il processo* de societate, Milano, 2005, p. 55 ss.; R. Palmieri, *Modelli organizzativi, diligenza e «colpa» amministrativa dell'impresa*, in *Dir. prat. soc.*, 2001, p. 7 ss. e R. Rordorf, *I criteri di attribuzione della responsabilità. I modelli organizzativi gestionali idonei a prevenire i reati*, in *Le società*, 2001, p. 1297 ss.

8 Il riferimento corre al disposto dell'art. 8, sul quale si tornerà *infra*: in proposito, A. Bernasconi, *L'autonomia della responsabilità dell'ente*, in A. Presutti-A. Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, 2018, p. 87 ss.; A. Orsini, *L'autonomia della responsabilità degli enti tra pragmatismo e garanzie*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 935 ss.

9 In ordine alla mai sopita *querelle* sulla natura penale, amministrativa o ibrida della responsabilità degli enti, si rinvia, oltre agli autori citati nella nota 1, anche a A. Manna, *La responsabilità dell'ente da reato tra sistema penale e sistema amministrativo*, in A. Fiorella-A. Gaito-A.S. Valenzano (a cura di), *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni anche in una comparazione con i sistemi sudamericani. In memoria di Giuliano Vassalli*, Roma, 2018, p. 15 ss.; G. Paolozzi, *Relazione introduttiva*, in L. Lupária-L. Marafioti-G. Paolozzi (a cura di), *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, Torino, 2018, p. 8 ss.

10 Particolarmente critico sulla previsione A. Giarda, sub *art. 34 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, vol. III, Milano, 2017, p. 1767 ss. Cfr. anche le posizioni di H. Belluta, sub *art. 34*, A. Presutti-A. Bernasconi-A. Fiorio, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008, p. 348 ss.; G. Garuti-G. Sola, sub *art. 34*, in A. Cadoppi-G. Garuti-P. Veneziani (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Torino, 2010, p. 515 ss. e G. Paolozzi, Vademecum *per gli enti sotto processo*, cit., p. 97 ss.

11 G. Paolozzi, Vademecum *per gli enti sotto processo*, cit., p. 17.

12 F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 1327.

13 Sottolinea la differenza tra il processo *de societate* e quello minorile in punto di rinvio al codice di rito M. Ceresa-Gastaldo, *Il "processo alle società" nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 10 (nota 29).

14 G. Garuti-G. Sola, sub *art. 34*, cit., p. 516: gli A. sottolineano inoltre come il rinvio operato dall'art. 34 alle norme codicistiche debba essere inteso come «aperto», nel senso che l'interprete non deve prendere in considerazione l'assetto originario del codice di rito, ma anche le modifiche via via intervenute.

15 H. Belluta, sub *art. 35*, A. Presutti-A. Bernasconi-A. Fiorio, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008, p. 353; G. Sola, sub *art. 35*, in A. Cadoppi-G. Garuti-P. Veneziani (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Torino, 2010, p. 524.

16 Tale è definizione di deve a S. Lorusso, *La responsabilità 'da reato' delle persone giuridiche*, cit., p. 2524; di «asse portante del sistema» si tratterebbe per E. Amodio, *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, cit., p. 331.

17 H. Belluta, sub *art. 35*, cit., p. 352; A. Giarda, sub *art. 35 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, vol. III, Milano, 2017, p. 1771; G. Sola, sub *art. 35*, cit., p. 525; G. Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 354 ss.

18 Di recente H. Belluta, *L'ente incolpato*, cit., p. 40 ss.; G. Paolozzi, *Relazione introduttiva*, cit., p. 3 ss. e S. Renzetti, *Il diritto di difesa dell'ente in fase cautelare*, Torino, 2017, p. 51-52.

19 A. Giarda, sub *art. 35 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 1771; l'espressione è adoperata anche da G. Sola, sub *art. 35*, cit., p. 526.

20 Sulla funzione specialpreventiva come tratto caratterizzante del d.lgs. n. 231 del 2001, *ex multis*, E. Amodio, *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, cit., p. 321; P. Balducci, *Misure cautelari interdittive e strumenti riparatorio-premiali nel nuovo sistema di «responsabilità amministrativa»*, in *Ind. pen.*, 2002, p. 583; Bernasconi, (voce) *Responsabilità amministrativa degli enti (profili sostanziali e processuali)*, cit., p. 961; M.L. Di Bitonto, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, cit., p. 46; G. Fidelbo, *La "nuova" responsabilità amministrativa delle persone giuridiche (d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231). Disposizioni processuali*, in *Leg. pen.*, 2002, p. 598; G. Paolozzi, Vademecum *per gli enti sotto processo*, cit., p. 104-105.

21 Rileva E. Amodio, *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, cit., p. 331 che non potendosi propriamente parlare di una piena assunzione dello *status* di imputato in capo all'ente, è preferibile apostrofare quest'ultimo come «incolpato»; di «quasi imputato» parla invece G. Paolozzi, Vademecum *per gli enti sotto processo*, cit., p. 97 ss.

22 M. Donini, Compliance*, negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la* restorative justice, in C.E. Paliero-F. Viganò-F. Basile-G.L. Gatta (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, Milano, 2018, p. 581 ss. rileva, in proposito, come «[l]a pena rappresenterebbe il fallimento della riforma, che vuole diffondere a ogni livello una cultura della prevenzione dei reati dentro le imprese». A quest'ultima considerazione fa da contraltare una metamorfosi del processo che qui sembra colorarsi di una valenza, per così dire, rieducativa: secondo G. Paolozzi, Vademecum *per gli enti sotto processo*, cit., p. 8-9, «[c]ostituendo il d.lgs. null'altro che l'ultimo tassello di una concezione del processo cui si vorrebbero conferire compiti non di mero accertamento e repressione, ma generalpreventivi, [...] [g]li *standards* di garanzia assicurati dall'intervento giurisdizionale penale assecondano qui inedite finalità di recupero individuale e sociale, in ultima analisi, di ritorno alla legalità». Dubbi sull'opportunità di attribuire al processo penale la funzione di rieducare sembrano nutrire H. Belluta, *L'ente incolpato*, cit., p. 117; P. Balducci, *L'ente imputato*, cit., p. 150; M. Riverditi, *La responsabilità degli enti*, cit., p. 335.

23 Seppur con riferimento all'art. 17, così si esprime la *Relazione allo schema definitivo del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, in G. Garuti (a cura di), *Responsabilità per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, p. 469.

24 Con una formula mutuata dalla giurisprudenza comunitaria, gli accordi di diritto internazionale che hanno ispirato il varo del d.lgs. n. 231 del 2001 si limitavano invero a sollecitare l'adozione di sanzioni «effettive, proporzionate e dissuasive». Indicazioni più specifiche venivano fornite dal II Protocollo PIF, il quale delineava un sistema sanzionatorio differenziato, a seconda che la persona fisica coinvolta fosse un soggetto apicale ovvero un sottoposto. L'elenco delle sanzioni ivi contenuto è stato ripreso e arricchito dalla l. n. 300 del 2000, che però ha "ripudiato" ogni differenziazione basata sulla natura del rapporto tra l'ente e l'autore del reato. R. Lottini, *Il sistema sanzionatorio*, in G. Garuti (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, p. 127 ss.

25 Così la *Relazione allo schema definitivo del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 452.

26 Il legislatore ha quindi distinto le sanzioni solo con riguardo al contenuto e ai presupposti di applicazione, senza prevedere alcuna gerarchia. Secondo C. Piergallini, *L'apparato sanzionatorio*, in G. Lattanzi (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001*, n. 231, Milano, 2005, p. 196, «l'assenza di una discriminazione classificatoria non solleva problemi di sorta: anzi, può ritenersi tutto sommato condivisibile, visto il ruolo sinergico-operativo assegnato alle sanzioni interdittive, che rischierebbe di essere svilito se ricostruito in termini di mera accessorietà. Va, quindi, approvata la scelta di distinguere le sanzioni solo sul piano contenutistico: ciò ne emancipa il ruolo e il contenuto all'interno di un sistema in cui la sanzione pecuniaria non riveste funzione assorbente». In generale, sul sistema sanzionatorio, oltre all'A. anzi citato, R. Lottini, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 127 ss.; F. Mucciarelli, *Sanzioni e attività d'impresa: qualche nota*, in C.E. Paliero-F. Viganò-F. Basile-G.L. Gatta (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, Milano, 2018, p. 1173 ss.; M. Riverditi, *La responsabilità degli enti*, cit., p. 271 ss.; A. Rossi, *Le sanzioni dell'ente*, in S. Vinciguerra-M. Ceresa-Gastaldo-A. Rossi, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (D.Lgs. 231/2001)*, Padova, 2004, p. 31 ss. In senso critico, G. Paolozzi, Vademecum *per gli enti sotto processo*, cit., p. 85-86, il quale, «[n]onostante la ricchezza dei meccanismi di calibratura», ritiene «il nuovo sistema sanzionatorio [...] "forte con i deboli e debole con i forti", risultando molto gravoso per imprese piccole e medie e, invece, del tutto inefficace nei confronti delle grandi imprese, che sono il principale obiettivo avuto di mira dal d.lgs. n. 231 del 2001, nonché nei confronti della economia criminale, vale a dire, dell'attività criminale svolta nelle forme di impresa e, a volte, di società».

27 La celebre espressione, inizialmente adoperata da J.C. Coffee, 'Carrot and stick' sentencing: structuring incentives for organizational Defendants, in Federal sentencing reporter, vol. III, 1990, p. 126 ss. e S.M. McNab-K.D. Knox, Crime and punishment for corporate offenders, in International financial law rev., 1991, p. 9, è stata poi ripresa da F. Stella, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di* judo, cit., p. 473. Rammenta come la tecnica del *carrot and stick* sia stata sperimentata in Italia per incentivare la collaborazione con la giustizia R.A. Ruggiero, *Scelte discrezionali del Pubblico Ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, Torino, 2018, p. 44 (nota 3). In argomento, C. De Maglie, *L'etica e il mercato*, p. 71 ss.

28 Nessun dubbio sulla dimensione premiale degli artt. 12, 17, 78 d.lgs. n. 231 del 2001. La «premialità (o incoraggiamento)» è stata autorevolmente definita come «la comminatoria, prevista da una norma, di una sanzione positiva la quale, anziché concretarsi in una conseguenza peggiorativa dello *status* o del patrimonio dell'inadempiente ad un comando o ad un divieto (sanzione negativa), si concreta in un premio ossia in una conseguenza favorevole nella quale si sostanzia l'incoraggiamento a tenere il comportamento desiderabile determinato dalla norma»: così F. Bricola, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *Diritto premiale e sistema penale*, Milano, 1983, p. 122. Di «sanzioni positive» oggi parla P. Severino, *La responsabilità dell'ente* ex *d.lgs. n. 231 del 2001*, cit., p. 1112.

29 Il dato è sottolineato da R. Lottini, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 136 (nota 26) e C. Piergallini, *L'apparato sanzionatorio*,

cit., p. 199-200.

30 Sui criteri previsti dal legislatore all'art. 11 per la commisurazione della sanzione pecuniaria, diffusamente, R. Lottini, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 138 ss.

31 Insistono su questo profilo G. De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 226; D. Pulitanò, (voce) *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, cit., p. 964; M. Riverditi, *La responsabilità degli enti*, cit., p. 290; G. Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 79.

32 P. Severino, *La responsabilità dell'ente* ex *d.lgs. n. 231 del 2001*, cit., p. 1114 e 1117; R. Lottini, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 153; C. Piergallini, *L'apparato sanzionatorio*, cit., p. 199-200; G. Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 81.

33 Così, seppur con riferimento all'art. 17 d.lgs. n. 231 del 2001, S.R. Palumbieri, sub *art. 17*, in A. Cadoppi-G. Garuti-P. Veneziani (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Torino, 2010, p. 232.

34 L.D. Cerqua, sub *art. 12*, in A. Cadoppi-G. Garuti-P. Veneziani (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Torino, 2010, p. 191; S. Sartarelli, sub *art. 12*, A. Presutti-A. Bernasconi-A. Fiorio, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008, p. 192.

35 R. Lottini, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 149.

36 E. Dinacci, *La riparazione delle conseguenze del reato nell'illecito dell'ente*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, p. 998; S. Giavazzi, sub art. 17 *d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, vol. III, Milano, 2017, p. 1674; G. Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 79; M. Vizzardi, sub *art. 17*, A. Presutti-A. Bernasconi-A. Fiorio, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008, p. 220 ss. Alla stessa conclusione perviene S.R. Palumbieri, sub *art. 17*, cit., p. 233, ma prendendo le mosse del requisito dell'integralità cui alludono gli artt. 12 e 17. In giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. IV, 5 ottobre 2010, n. 2251, Fenu e altri, in *CED*, n. 248791, ove si legge che «il danno cui si riferiscono [gli artt. 12 e 17] è quello derivante dal reato [presupposto] e non quello determinato dall'illecito amministrativo commesso dall'ente».

37 Trib. Milano, Sez. riesame, 28 ottobre 2004, Siemens, in *Corr. mer.*, 2005, p. 325, con nota di G. Varraso.

38 M. Vizzardi, sub *art. 17*, cit., p. 221. In senso parzialmente difforme, S.R. Palumbieri, sub *art. 17*, cit., p. 235-235.

39 E. Dinacci, *La riparazione delle conseguenze del reato nell'illecito dell'ente*, cit., p. 999; M. Vizzardi, sub *art. 17*, cit., p. 221, a parere del quale così si «finisce per mutare surrettiziamente in via interpretativa il risarcimento del danno da misura riparatoria a misura schiettamente punitiva».

40 Cfr. Cass., Sez. II, 28 novembre 2013, n. 326, P.M. in proc. Vescovi, in *CED*, n. 258219, secondo cui l'ente deve impegnarsi nell'«individuare le persone offese e danneggiate dal reato, a prescindere dalla costituzione di parte civile del giudizio, se instaurato».

41 In senso contrario rispetto alla citata pronuncia di legittimità, si era espresso Trib. Pordenone, 11 novembre 2004, in *Foro it.*, 2004, II, c. 317: la decisione di merito aveva ritenuto integralmente risarcito il danno arrecato, in un caso in cui la persona giuridica si era limitata a mettere a posposizione un libretto di deposito recante una somma idonea al ristoro dei danni cagionati.

42 Ancora Cass., Sez. II, 28 novembre 2013, n. 326, cit.

43 Cass., Sez. un., 22 gennaio 2009, n. 5941, Pagani e altro, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1483 ss., con nota di G. Civello, *Sulla "comunicabilità" della circostanza attenuante del risarcimento del danno* ex *art. 62, n. 6, c.p. ai concorrenti nel reato*. La questione è stata, in passato, affrontata anche da Corte cost., 20 aprile 1998, n. 138, in *Cass. pen.*, 1999, p. 935 ss., con nota di L. Bisori, *Appunti per un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'attenuante del risarcimento del danno*.

44 A titolo esemplificativo, v. F. Bellagamba, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie*, in G.M. Baccari-C. Bonzano-K. La Regina-E.M. Mancuso (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale. Dai decreti di depenalizzazione (d.lgs. n. 7 e n. 8/2016) alla legge "Orlando" (l. n. 103/2017)*, Milano, 2017, p. 96; G. Garuti, *Il trattamento processuale delle condotte riparatorie*, in *Le definizioni alternative del processo penale davanti al giudice di pace. Conciliazione, irrilevanza del fatto e condotte riparatorie*, Milano, 2003, p. 142; A. Marandola, *Il procedimento penale innanzi al Giudice di Pace*, in G. Garuti (a cura di), *Modelli differenziati di accertamento*, in G. Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. VII, I, Torino, 2011, p. 205; E. Mattevi, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, in A. Scalfati (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, Torino, 2017, p. 39-40; O. Murro, *Primi problemi applicativi della nuova causa di estinzione del reato*, in G. Spangher (a cura di), *La Riforma Orlando. I nuovi decreti*, Pisa, 2018, p. 124-125; G. Spangher, *I procedimenti speciali*, in O. Dominioni-P. Corso-A. Gaito-G. Spangher-N. Galantini-L. Filippi-G. Garuti-O. Mazza-G. Varraso-D. Vigoni, *Procedura penale*, Torino, 2020, p. 587; M. Talani, *Prime riflessioni sull'art. 162* ter *c.p.*, in *Riv. pen.*, 2017, p. 812.

45 R. Lottini, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 149; A. Rossi, *Le sanzioni dell'ente*, cit., p. 73.

46 V. D'Acquarone, *Il ruolo del risarcimento del danno nel sistema della responsabilità degli enti: problematiche relative ai reati colposi*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2016, 4, p. 69 ss., pur favorevole alla soluzione che ammette l'intervento del terzo, pone un problema ulteriore, quello, cioè, di come si possa conciliare l'invito del sistema *de societate* a risarcire il danno con la prassi assicurativa: secondo l'A., il vero problema sarebbe quello di comprendere come l'assicuratore possa inserirsi nella

dinamica risarcitoria a prescindere da una pronuncia sulla responsabilità.

47 Sul punto, S.R. Palumbieri, sub *art. 17*, cit., p. 233 (nota 13), per cui una attenuazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato si verificherebbe, ad esempio, qualora un infortunato venga immediatamente trasportato in ospedale, in seguito a un incidente occorso sul luogo di lavoro (art. 25-*septies* d.lgs. n. 231 del 2001).

48 S. Giavazzi, sub *art. 17*, cit., p. 1673.

49 E. Dinacci, *La riparazione delle conseguenze del reato nell'illecito dell'ente*, cit., p. 997; S. Giavazzi, sub *art. 17*, cit., p. 1673; G. Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 79; M. Vizzardi, sub *art. 17*, cit., p. 221.

50 Così, testualmente, E. Dinacci, *La riparazione delle conseguenze del reato nell'illecito dell'ente*, cit., p. 1002, la quale rileva pure come l'attenuante *de quo* dovrebbe trovare applicazione con riguardo a tutte le fattispecie di reato.

51 In questo senso, S. Giavazzi, sub *art. 17*, cit., p. 1673.

52 Rileva come l'espressione «ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso» mitighi il tenore di una norma, quale l'art. 12 d.lgs. n. 231 del 2001, *prima facie* molto rigorosa S. Sartarelli, sub *art. 12*, cit., p. 193. In argomento anche L.D. Cerqua, sub *art. 12*, cit., 191; E. Dinacci, *La riparazione delle conseguenze del reato nell'illecito dell'ente*, cit., p. 997; R. Lottini, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 149-150; S.R. Palumbieri, sub *art. 17*, cit. p. 235; C. Piergallini, *L'apparato sanzionatorio*, cit., p. 201; M. Vizzardi, sub *art. 17*, cit., p. 221; G. Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 93-94.

53 *Relazione allo schema definitivo del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 460.

54 Per utili esempi S.R. Palumbieri, sub *art. 17*, cit. p. 235.

55 S. Sartarelli, sub *art. 12*, cit., p. 195; allo stesso modo, L.D. Cerqua, sub *art. 12*, cit., 192 e E.M. Giarda-F.M. Giarda, sub *art. 12 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, vol. III, Milano, 2017, p. 1639.

56 S. Sartarelli, sub *art. 12*, cit., p. 195.

57 E. Amodio, *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, cit., p. 333; P. Balducci, *L'ente imputato*, cit., p. 150.

58 G. Garuti, *Profili giuridici del concetto di adeguatezza dei modelli organizzativi*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2007, 3, p. 13-14, a parere del quale la struttura del modello *post factum* «de[ve] essere più specifica [...] e comunque tale da incidere in maniera più approfondita sull'organizzazione dell'ente per il semplice fatto che un reato si è già verificato».

59 Secondo M. Vizzardi, sub *art. 17*, cit., p. 223, tale operazione potrà, ad esempio, essere realizzata «rafforzando i meccanismi di controllo dei flussi finanziari, se il reato è stato commesso mediante l'impiego di "fondi neri" dell'ente –, giacché in questi casi il modello non deve muoversi sul terreno infido delle prognosi di rischio di commissione di illeciti, ma deve viceversa rappresentare una risposta certa e concreta all'episodio criminoso realmente verificatosi».

60 S. Giavazzi, sub *art. 17*, cit., p. 1678.

61 S. Giavazzi, sub *art. 17*, cit., p. 1678.

62 Ancora S. Giavazzi, sub *art. 17*, cit., p. 1676.

63 Cfr. Trib. Milano, Uff. G.I.P., 27 aprile 2004, in *Foro it.*, 2004, II, c. 434.

64 S.R. Palumbieri, sub *art. 17*, cit. p. 243.

65 Una eccezione a tale principio generale è stata recentemente prevista dalla l. 9 gennaio 2019, n. 3 (c.d. legge Spazza-corrotti) che ha modificato l'art. 25, comma 5, d.lgs. n. 231 del 2001.

66 A tali casi, sintomatici di una irrecuperabilità dell'ente, è dedicato l'art. 16 d.lgs. n. 231 del 2001.

67 Come rammenta la *Relazione allo schema definitivo del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 452, la legge-delega prevedeva, oltre a quelle appena richiamate, una sanzione interdittiva ulteriore, rappresentata dalla chiusura anche temporanea dello stabilimento o della sede commerciale.

68 Evidenziano detta circostanza H. Belluta, *L'ente incolpato*, cit., p. 108; E. Dinacci, *La riparazione delle conseguenze del reato nell'illecito dell'ente*, cit., p. 992; F. Mucciarelli, *Sanzioni e attività d'impresa: qualche nota*, cit., p. 1175; S.R. Palumbieri, sub *art. 17*, cit., p. 230; C. Piergallini, *L'apparato sanzionatorio*, cit., p. 204; P. Severino, *La responsabilità dell'ente* ex *d.lgs. n. 231 del 2001*, cit., p. 1113. In proposito, v. anche V. D'Acquarone, *Il ruolo del risarcimento del danno nel sistema della responsabilità degli enti*, cit., p. 68, il quale parla di «effetti devastanti in termini economici e reputazionali prodotti dalle interdizioni».

69 E. Dinacci, *La riparazione delle conseguenze del reato nell'illecito dell'ente*, cit., p. 992; C. Piergallini, *L'apparato sanzionatorio*, cit., p. 207; G. Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 83.

70 In questi termini, la *Relazione allo schema definitivo del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 468.

71 *Relazione allo schema definitivo del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 468-469. Di «funzione riequilibratrice della confisca, più che [...] schiettamente punitiva» parla S. Giavazzi, sub *art. 17*, cit., p. 1679. Per utili precisazioni in tema di confisca nel rito *de societate*, G. Garuti, *I risvolti processuali della confisca nel processo agli enti*, in M. Donini-L. Foffani (a cura di), *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018, p. 389 ss.

72 Così, seppur a proposito della confisca-sanzione di cui all'art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001, Cass., Sez. un., 27 marzo

2008, n. 26654, Fisia Italimpianti S.p.a. e altri, in *CED*, n. 239926; tra i commenti alla pronuncia, si segnalano A. Cisterna, *La conclusione raggiunta sembra avallare un'altra qualificazione giuridica dei fatti*, in *Guida dir.*, 2008, 30, p. 89 ss.; T.E. Epidendio-A. Rossetti, *La nozione di profitto oggetto di confisca a carico degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1263 ss.; V. Mongillo, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca d'identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1738 ss.; R. Lottini, *Il calcolo del profitto del reato* ex *art. 19 D.Lgs. n. 231/2001*, in *Le società*, 2009, p. 351 ss.; F. Mucciarelli-C.E. Paliero, *Le sezioni unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, in *Dir. pen. cont.-Riv. Trim.*, 4/2015, p. 246 ss.; L. Pistorelli, *Confisca del profitto del reato e responsabilità degli enti nell'interpretazione delle sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4544 ss.

73 Per tale rilievo S. Giavazzi, sub *art. 17*, cit., p. 1676, che si pronuncia sulla scorta della già richiamata Cass., Sez. II, 28 novembre 2013, n. 326, cit.

74 Cass., Sez. VI, 2 febbraio 2012, n. 6248, Castelli, in *CED*, n. 252426, ove si legge che «[n]on può giovare alla società l'aver messo a disposizione i beni strumentali della azienda, il cui valore, in concorrenza con il denaro contante sequestrato sui conti sociali raggiungerebbe l'ammontare di quanto percepito illecitamente, poiché il profitto è costituito dal complessivo ammontare dei contributi indebiti, e solo mettendo a disposizione il denaro poteva ritenersi realizzata la prima delle condizioni anzidette, e non già offrendo un bene che rappresenta secondo una valutazione non documenta e proveniente dallo stesso debitore-indagato un equivalente del profitto stesso. Correttamente il Tribunale ha affermato che non è consentita la messa a disposizione dell'equivalente del profitto, e tale affermazione trova il suo referente nel principio risultante dall'art. 19 del citato decreto legislativo secondo cui la confisca del prezzo o del profitto del reato (nel caso, il denaro) ha un carattere prioritario e indispensabile, tanto che può essere disposta la confisca per equivalente solo se non sia possibile eseguire la misura patrimoniale sul prezzo o sul profitto».

75 *Relazione allo schema definitivo del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 440.

76 *Relazione allo schema definitivo del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 498. In dottrina, H. Belluta, *L'ente incolpato*, cit., p. 118 e G. Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 360.

77 Rileva H. Belluta, *L'ente incolpato*, cit., p. 118 che, «se di resipiscenza deve trattarsi, meglio collocare simili attività in fase investigativa o, comunque, preliminare, così da presentarsi – se del caso – davanti al giudice del dibattimento con la consapevolezza che le sanzioni interdittive saranno comunque escluse dall'orizzonte delle misure applicabili».

78 S. Giavazzi, sub *art. 17*, cit., p. 1679.

79 Tale delicato versante è stato preso in considerazione da P. Balducci, *L'ente imputato*, cit., p. 142 e 150; H. Belluta, *L'ente incolpato*, cit., p. 112 ss.; H. Belluta, *Presunzione di innocenza e collaborazione nel processo agli enti*, in L. Lupária-L. Marafioti-G. Paolozzi (a cura di), *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, Torino, 2018, p. 55 ss. In una prospettiva più generale, M.L. Di Bitonto, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, cit., p. 61 ss. e S. Renzetti, *Il diritto di difesa dell'ente in fase cautelare*, cit., p. 51 ss.

80 In questi termini H. Belluta, *L'ente incolpato*, cit., p. 112, il quale puntualizza che «la valutazione dell'imputato si esaurisce in un confronto costi-benefici che lo porterà a scegliere se rendersi disponibile, o no, a porre in essere le condotte indicate all'art. 17 d.lgs. n. 231 del 2001».

81 A. Scalfati, *Le norme in materia di prova e giudizio*, in G. Garuti (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, p. 360. Del medesimo avviso, P. Balducci, *L'ente imputato*, cit., p. 142; M. Bontempelli, *Tutela delle libertà e decorso del tempo nel processo penale agli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 130; E. Guido, sub *art. 65*, A. Presutti-A. Bernasconi-A. Fiorio, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008, p. 553.

82 La dimensione premiale di tale fattispecie sospensiva è sottolineata da M. Bontempelli, *Tutela delle libertà e decorso del tempo nel processo penale agli enti*, cit., p. 130-131.

83 Per ulteriori precisazioni sul tenore lessicale dell'art. 65 d.lgs. n. 231 del 2000, H. Belluta, *L'ente incolpato*, cit., p. 117 (nota 149).

84 Non ostando il limite di compatibilità di cui all'art. 34 d.lgs. n. 231 del 2001, anche nel processo *de societate* potrà verificarsi una stasi del dibattimento, determinata, per esempio, dalla presenza di una questione di particolare complessità già oggetto di un procedimento in corso presso il giudice civile o amministrativo (art. 479 c.p.p.), da esigenze istruttorie (art. 509 c.p.p.) nonché da necessità difensive insorte a seguito di nuove contestazioni (artt. 519 e 520, comma 2, c.p.p.): per un elenco delle possibili evenienze, E. Guido, sub *art. 65*, cit., p. 553-554. Sul punto, anche L. Lupária, sub *art. 65*, in A. Cadoppi-G. Garuti-P. Veneziani (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Torino, 2010, p. 723; D. Manzione, *I procedimenti speciali e il giudizio*, in G. Lattanzi (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001*, n. 231, Milano, 2005, p. 599 e G. Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 359-360.

85 E. Guido, sub *art. 65*, cit., p. 553.

86 L. Lupária, sub *art. 65*, cit., p. 724; A. Scalfati, *Le norme in materia di prova e giudizio*, cit., p. 362. Il concetto di «impossibilità» cui allude l'art. 65 d.lgs. n. 231 del 2001 ha dato subito luogo a un contrasto interpretativo: una prima impostazione (L. Lupária, sub *art. 65*, cit., p. 724; D. Manzione, *I procedimenti speciali e il giudizio*, cit., p. 600), facendo

leva sul tenore della Relazione governativa al decreto, ha ritenuto che la formula non si prestasse a essere concepita in maniera estensiva *in bonam partem*; altri, invece, hanno proposto una interpretazione più elastica, volta a considerare anche difficoltà incorse nell'esecuzione delle opere ripristinatorie della situazione di fatto intaccata dalla condotta illecita, come, ad esempio, il ritardo nella adozione delle delibere da parte dell'organo decisionale (in questa direzione, ad esempio, A. Scalfati, *Le norme in materia di prova e giudizio*, cit., p. 363, per cui il termine «va intes[o] con una certa indulgenza [...] in rapporto all'obiettivo sociale da perseguire, consistente, appunto, nel ripristino di una "normale" gestione in campo economico»).

87 Per A. Scalfati, *Le norme in materia di prova e giudizio*, cit., p. 360, «[s]ul piano concreto, sembra opportuno concedere un termine breve».

88 L'art. 65 d.lgs. n. 231 del 2001 rinvia al precedente art. 49 che, come si dirà *infra*, prevede un inedito caso di sospensione delle misure cautelari finalizzato alla realizzazione delle condizioni di cui all'art. 17.

89 A. Scalfati, *Le norme in materia di prova e giudizio*, cit., p. 360-361 (v. anche nota 31).

90 P. Balducci, *L'ente imputato*, cit., p. 143; E. Guido, sub *art. 65*, cit., p. 553; L. Lupária, sub *art. 65*, cit., p. 723, che desume tale circostanza dalla collocazione sistematica della previsione in commento, posta in esordio alla sezione del decreto relativa al giudizio.

91 P. Balducci, *L'ente imputato*, cit., p. 143; L. Lupária, sub *art. 65*, cit., p. 723; D. Manzione, *I procedimenti speciali e il giudizio*, cit., p. 600; A. Scalfati, *Le norme in materia di prova e giudizio*, cit., p. 361. E. Guido, sub *art. 65*, cit., p. 553 osserva che tale interpretazione risulta sostenibile in quanto il legislatore non ha indicato, quale termine ultimo per la proposizione della istanza di sospensione, l'apertura, per la prima volta, del dibattimento di prime cure: se così fosse stato, sarebbe stata preclusa la possibilità di reiterare l'offerta di riparazione delle conseguenze del reato, successivamente alla regressione del procedimento.

92 Potrà essere, ad esempio, valutata la concreta eseguibilità delle attività di ripristino ovvero l'eventuale recidiva: P. Balducci, *L'ente imputato*, cit., p. 143; E. Guido, sub *art. 65*, cit., p. 556; D. Manzione, *I procedimenti speciali e il giudizio*, cit., p. 601.

93 Alludono alla possibilità per il giudice di separare la *res iudicanda ex* art. 38, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 231 del 2001 D. Manzione, *I procedimenti speciali e il giudizio*, cit., p. 601; G. Garuti, *Il processo "penale" alle società*, cit., p. 1112; E. Guido, sub *art. 65*, cit., p. 556; L. Lupária, sub *art. 65*, cit., p. 723; A. Scalfati, *Le norme in materia di prova e giudizio*, cit., p. 362; G. Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 362.

94 P. Balducci, *L'ente imputato*, cit., p. 143; E. Guido, sub *art. 65*, cit., p. 556.

95 E. Guido, sub *art. 65*, cit., p. 556; D. Manzione, *I procedimenti speciali e il giudizio*, cit., p. 601.

96 L'art. 65 d.lgs. n. 231 del 2001 non prende in esame questa eventualità, desumibile comunque dal sistema: A. Scalfati, *Le norme in materia di prova e giudizio*, cit., p. 361 (nota 32). Analogamente, G. Garuti, *Il processo "penale" alle società*, cit., p. 1110.

97 P. Balducci, *L'ente imputato*, cit., p. 144; E. Guido, sub *art. 65*, cit., p. 557; G. Paolozzi, Vademecum *per gli enti sotto processo*, cit., p. 243; G. Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 361-362. *Contra* A. Bassi, *Il giudizio ordinario*, in A. Bassi-T.E. Epidendio, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006, p. 618; L. Lupária, sub *art. 65*, cit., p. 724 e A. Scalfati, *Le norme in materia di prova e giudizio*, cit., p. 361-362.

98 *Relazione allo schema definitivo del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 499. In dottrina, netto sull'improrogabilità G. Paolozzi, Vademecum *per gli enti sotto processo*, cit., p. 244; meno *tranchant* G. Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 361, secondo cui «tale termine ultimo non sembra prorogabile, salvo cause di inadempienza non imputabili all'ente medesimo».

99 Con diversità di accenti, P. Balducci, *L'ente imputato*, cit., p. 145; M. Ceresa-Gastaldo, *Il "processo alle società" nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 85; E. Guido, sub *art. 65*, cit., p. 557; D. Manzione, *I procedimenti speciali e il giudizio*, cit., p. 601; A. Scalfati, *Le norme in materia di prova e giudizio*, cit., p. 361.

100 E. Guido, sub *art. 65*, cit., p. 558; L. Lupária, sub *art. 65*, cit., p. 724; G. Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 362; A. Scalfati, *Le norme in materia di prova e giudizio*, cit., p. 361.

101 In argomento, E. Guido, sub *art. 65*, cit., p. 558 e G. Paolozzi, Vademecum *per gli enti sotto processo*, cit., p. 304.

102 *Relazione allo schema definitivo del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 505.

103 H. Belluta, *L'ente incolpato*, cit., p. 114.

104 Deve ritenersi applicabile in questa sede il generale principio per cui, in fase esecutiva, non spiega effetti la nomina del difensore di fiducia effettuata durante la fase di cognizione. Cfr., tra le altre, Cass., Sez. I, 22 maggio 2003, n. 30366, Carraro, in *CED*, n. 225499.

105 T.E. Epidendio, *Le sanzioni*, A. Bassi-T.E. Epidendio, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006, p. 365, alla cui opinione aderisce E. Guido, sub *art. 78*, in A. Presutti-A. Bernasconi-A. Fiorio, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008, p. 593.

106 T.E. Epidendio, *Le sanzioni*, cit., p. 365-366 osserva che il termine di dieci giorni previsto dalla disposizione, non essendo assistito da una sanzione processuale, deve ritenersi meramente ordinatorio.

107 Per la fase esecutiva, il legislatore ha ribadito, all'art. 74, comma 3, d.lgs. n. 231 del 2001, che le previsioni del codice

di rito troveranno applicazione «in quanto applicabili».

108 E. Guido, sub *art. 78*, cit., p. 594.

109 Ancora E. Guido, sub *art. 78*, cit., p. 595.

110 G. Dean, *Le norme sull'esecuzione*, in G. Garuti (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, p. 398.

111 *Relazione allo schema definitivo del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 505.

112 Secondo V. Santoro, *Fase esecutiva alla ricerca di efficienza e rapidità*, in *Guida dir.*, 2001, 26, p. 110, «non sembrano esservi dubbi sul fatto la sospensione costituisca un atto dovuto tutte le volte che il giudice si convinca che la richiesta di conversione abbia il corredo della necessaria e comprovante documentazione e non sia quindi manifestamente infondata»; G. Dean, *Le norme sull'esecuzione*, cit., p. 398-399.

113 E. Guido, sub *art. 78*, cit., p. 596-597.

114 Così la *Relazione allo schema definitivo del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 506.

115 In questi termini si era espresso, a proposito del libro IV del codice di rito penale, V. Grevi, *Il sistema delle misure cautelari personali nel nuovo codice di procedura penale*, in V. Grevi (a cura di), *La libertà personale dell'imputato verso il nuovo processo penale*, Padova, 1989, p. 270. Di «codice all'interno del codice» ha successivamente parlato E. Amodio, *Le misure coercitive nella procedura penale vivente*, in *Quest. giust.*, 1995, p. 16, sulla falsariga di Corte cost., 17 febbraio 1994, n. 48, in *Giur. cost.*, 1994, p. 271, che aveva definito l'incidente cautelare «processo nel processo». Rileva l'autonomia della compagine normativa del d.lgs. n. 231 del 2001 relativa alle misure cautelari F. Peroni, *Il sistema delle cautele*, in G. Garuti (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, p. 243. Quanto alla *ratio*, nella *Relazione allo schema definitivo del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 485, si osserva che «[l]'esigenza di apprestare un sistema di cautele con riferimento all'illecito imputabile alla persona giuridica ubbidisce a un duplice scopo: evitare la dispersione delle garanzie delle obbligazioni civili derivanti dal reato; "paralizzare" o ridurre l'attività dell'ente quando la prosecuzione dell'attività stessa possa aggravare o protrarre le conseguenze del reato ovvero agevolare la commissione di altri reati».

116 F. Peroni, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 246: «si prefigura un sistema cautelare tendenzialmente asimmetrico: dove, a un corredo pluriarticolato di norme devoluto allo strumentario interdittivo, fa da contraltare l'esigua disciplina dei mezzi reali, all'uopo eterointegrata dal codice».

117 In senso critico, tra gli altri, P. Balducci, *L'ente imputato*, cit., p. 141; R. Del Coco, *Misure cautelari interdittive e diritti fondamentali dell'ente*, in L. Lupária-L. Marafioti-G. Paolozzi (a cura di), *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, Torino, 2018, p. 175 ss.; F. Peroni, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 244-245; S. Renzetti, *Il diritto di difesa dell'ente in fase cautelare*, cit., p. 95 ss.

118 Ai sensi dell'art. 45, le cautele interdittive sono applicabili unicamente in presenza di «gravi indizi per ritenere la sussistenza della responsabilità dell'ente» e «fondati e specifici elementi che fanno ritenere concreto il pericolo che vengano commessi illeciti della stessa indole di quello per cui si procede».

119 Sottolinea G. Fidelbo, *Le misure cautelari*, in G. Lattanzi (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001*, n. 231, Milano, 2005, p. 456 che «[l]e misure cautelari del decreto sono, in sostanza, più protese ad anticipare la decisione che a svolgere una funzione strumentale al processo, in una trasfigurazione che, almeno per i contenuti, le avvicina alla categoria delle misure di sicurezza».

120 G. Fidelbo, *Le misure cautelari*, cit., p. 136 e 456; S. Renzetti, *Il diritto di difesa dell'ente in fase cautelare*, cit., p. 86 e 114; G. Paolozzi, Vademecum *per gli enti sotto processo*, cit., p. 145-146.

121 S. Renzetti, *Il diritto di difesa dell'ente in fase cautelare*, cit., p. 98.

122 G. Fidelbo, *Le misure cautelari*, cit., p. 456; di «criptocondanna» parla, invece, R. Del Coco, *Misure cautelari interdittive e diritti fondamentali dell'ente*, cit., p. 185.

123 Tra gli altri, P. Moscarini, sub *art. 49*, in A. Cadoppi-G. Garuti-P. Veneziani (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Torino, 2010, p. 607-608.

124 Cfr. Trib. Salerno, 28 maggio 2003, Sc. Ivam e Monteverde, in *Cass. pen.*, 2004, p. 266 ss., che, nel rigettare la questione di legittimità proposta, ha declinato il concetto di «revoca» alla stregua di una «parentesi che determina, per il periodo individuato dal giudice nell'ambito temporale indicato dal legislatore, la sospensione dell'efficacia del finanziamento in vista della revoca da adottarsi esclusivamente con la sentenza di condanna». Interpretazioni "correttive" sono state parimenti proposte da Trib. Ivrea, 12 maggio 2005, Soc. coop Forum, in *Foro it.*, 2005, II, c. 725; Trib. Vibo Valentia, 20 aprile 2004, Soc. O., *ivi*, II, c. 23. In dottrina, R. Del Coco, *Misure cautelari interdittive e diritti fondamentali dell'ente*, cit., p. 177-178.

125 S. Renzetti, *Il diritto di difesa dell'ente in fase cautelare*, cit., p. 191.

126 P. Moscarini, sub *art. 49*, cit., p. 607.

127 A. Bernasconi, Societas delinquere (et puniri) potest, in A. Presutti-A. Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, 2018, p. 12.

128 A. Presutti, sub *art. 49*, A. Presutti -A. Bernasconi.A. Fiorio, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo*

al d.legisl. 8 giugno 2001, n. 231, Padova, 2008, p. 435.

129 P. Balducci, *L'ente imputato*, cit., p. 141; M. Bontempelli, *Tutela delle libertà e decorso del tempo nel processo penale agli enti*, cit., p. 132; L. Marafioti, Relazione di sintesi. *Ambiguità concettuali e divenire applicativo nel processo agli enti*, in L. Lupária-L. Marafioti-G. Paolozzi (a cura di), *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, Torino, 2018, p. 296 -297; G. Paolozzi, Vademecum *per gli enti sotto processo*, cit., p. 162; A. Presutti, sub *art. 49*, cit., p. 439; G. Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 220.

130 P. Balducci, *L'ente imputato*, cit., p. 141; P. Moscarini, sub *art. 49*, cit., p. 608-609; G. Paolozzi, Vademecum *per gli enti sotto processo*, cit., p. 161; A. Presutti, sub *art. 49*, cit., p. 438; R.A. Ruggiero, *Scelte discrezionali del Pubblico Ministero e ruolo dei modelli organizzativi*, cit., p. 167-168; G. Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 218.

131 R. Del Coco, *Misure cautelari interdittive e diritti fondamentali dell'ente*, cit., p. 185-186 rileva tuttavia come, così operando, l'udienza diviene lo «strumento di pressione per indurre l'ente alla collaborazione».

132 Favorevoli a questa ricostruzione, G. Fidelbo, *Le misure cautelari*, cit., p. 504; P. Moscarini, sub *art. 49*, cit., p. 608; A. Presutti, sub *art. 49*, cit., p. 436 ss.; S. Renzetti, *Il diritto di difesa dell'ente in fase cautelare*, cit., p. 142; G. Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 219; in senso opposto, si è pronunciato G. Paolozzi, Vademecum *per gli enti sotto processo*, cit., p. 160-161, a parere del quale «sarebbe mal riposta [...] la speranza di inibire l'adozione della misura cautelare, giocando d'anticipo, presentando, cioè, la richiesta di cui si discute prima della celebrazione dell'udienza disciplinata dall'art. 47, comma 3. Il giudice, infatti, dovrebbe comunque decidere sulla richiesta formulata dalla parte pubblica e, poi, disporre, ove ne sussistano i presupposti, la sospensione della misura cautelare, non essendovi, altrimenti, alcunché da differire». Aderendo alla tesi espressa dalla dottrina maggioritaria, ci si dovrebbe domandare se il giudice possa adottare un'unica ordinanza: una risposta affermativa è offerta da S. Renzetti, *Il diritto di difesa dell'ente in fase cautelare*, cit., p. 143; *contra* T. Epidendio, *Le misure cautelari*, in A. Bassi-T.E. Epidendio, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006, p. 449, per il quale non si deve «negare l'autonomia dei provvedimenti in parola, un conto essendo l'ordinanza applicativa della misura cautelare e un altro l'ordinanza di sospensione della medesima. Ciò vale soprattutto in sede di impugnazione ove le doglianze in merito all'ordinanza sospensiva non potranno avere riflessi sulla legittimità genetica del provvedimento applicativo della misura, salva ovviamente la possibilità di impugnare anche contestualmente l'ordinanza di sospensione per onere una riforma della medesima in senso più favorevole (ad esempio in punto di determinazione della cauzione) e non del provvedimento cautelare applicativo».

133 Su tale eventualità, diffusamente, S. Renzetti, *Il diritto di difesa dell'ente in fase cautelare*, cit., p. 191 e 136 ss. e R.A. Ruggiero, *Scelte discrezionali del Pubblico Ministero e ruolo dei modelli organizzativi*, cit., p. 166.

134 P. Moscarini, sub *art. 49*, cit., p. 609.

135 Entrambe le ordinanze saranno passibili di impugnazione, come rammentano A. Presutti, sub *art. 49*, cit., p. 440 e G. Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 220.

136 Per l'individuazione dell'esatto significato dei tre lemmi utilizzati dalla disposizione, G. Fidelbo, *Le misure cautelari*, cit., p. 505. Reputano eccessiva la misura della devoluzione alla Cassa delle ammende, senza distinzioni di sorta, M. Ceresa-Gastaldo, *Il "processo alle società" nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 53; P. Moscarini, sub *art. 49*, cit., p. 611 e R.A. Ruggiero, *Scelte discrezionali del Pubblico Ministero e ruolo dei modelli organizzativi*, cit., p. 169.

137 R. Bricchetti, *Le misure cautelari*, in *La responsabilità amministrativa degli enti D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2002, p. 283.

138 F. Peroni, *Il sistema delle cautele*, cit., p. 261, alla cui opinione aderiscono, tra gli altri, A. Presutti, sub *art. 49*, cit., p. 440 e G. Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 220.

139 Favorevoli al riconoscimento della proroga G. Fidelbo, *Le misure cautelari*, cit., p. 505-506; A. Presutti, sub *art. 49*, cit., p. 440 e G. Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 220.

140 Così Cass., Sez. VI, 9 febbraio 2017, n. 25761, Nocerino e altri, in *CED*, n. 270737.

141 L'idea di un diritto penale ipertrofico rimanda immediatamente alla ormai classica monografia di C.E. Paliero, «Minima non curat pretor». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, p. 3 ss. Sul fenomeno, più di recente, A. Marandola, *Il nuovo obiettivo della giustizia penale: la decongestione endoprocessuale*, in A. Marandola-K. La Regina-R. Aprati (a cura di), *Verso un processo penale accelerato. Riflessioni intorno alla l. 67/2014, al d.lgs. 28/2015 e al d.l. 2798/2014*, Jovene, 2015, p. XV ss. Cfr. anche A. Ciavola, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino, 2010, p. 42, la quale denuncia l'«endemica lentezza» del processo penale.

142 All'indomani della c.d. Riforma Orlando, si sono occupati della causa di estinzione del reato di cui all'art. 162 *ter* c.p. G. Amarelli, *La nuova causa estintiva per condotte riparatorie* ex *art. 162*-ter *c.p.*, in Studium iuris, 2017, p. 1419 ss.; F. Bellagamba, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., p. 83 ss.; F. Caporotundo, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie: luci ed ombre dell'art. 162*-ter *c.p.*, in *Arch. pen. web*, 2018, 1, p. 1 ss.; D. Carcano, *Giustizia riparativa con uno*

sguardo alla nuova disciplina delle "condotte riparatorie", in *Cass. pen.*, 2018, p. 4038 ss.; D.N. Cascini, *Il nuovo art. 162*-ter *c.p.: esempio di "*restorative justice*" o istituto orientato ad una semplice funzione deflattiva?*, in *Arch. pen. web*, 2017, 2, p. 1 ss.; S.M. Corso, *Le ricadute processuali dell'estinzione del reato per condotte riparatorie*, in *Arch. pen. web*, 2017, 3, p. 1 ss.; G. De Falco, *La nuova causa di estinzione del reato per effetto di condotte riparatorie di cui all'art. 162*-ter *c.p.: efficacia deflattiva reale o presunta?*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 4626 ss.; G.P. Demuro, *L'estinzione del reato mediante riparazione*, in Criminalia, 2018, p. 373 ss.; C. Grandi, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie. Profili di diritto sostanziale*, in www.lalegislazionepenale.eu, 13 novembre 2017, p. 1 ss.; A. Lorenzetti, *Giustizia riparativa e dinamiche costituzionali. Alla ricerca di una soluzione costituzionalmente preferibile*, Milano, 2018, p. 51 ss.; G. Manca, *La riparazione del danno tra diritto penale e diritto punitivo*, Padova, 2019, p. 55-56 e 88 ss.; R.G. Maruotti, *La nuova causa di estinzione del reato per condotte riparatorie di cui all'art. 162* ter *c.p. tra (presunta)* restorative justice *ed effettive finalità deflative: prime riflessioni* de iure condito, in www.questionegiustizia.it, 20 giugno 2017; E. Mattevi, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., p. 21 ss.; O. Murro, *La riparazione del danno come causa di estinzione del reato*, in G. Spangher (a cura di), *La riforma Orlando. Modifiche al codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, Pisa, 2017, p. 47 ss.; R. Muzzica, *Sull'art. 162*-ter *c.p.: una norma dannosa per la Giustizia riparativa, inutile a fini deflattivi*, in *Arch. pen. web*, 2018, 1, p. 1 ss.; C. Perini, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato* ex *art. 162* ter *c.p.: deflazione senza* Restorative Justice, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1274 ss.; D. Potetti, *Estinzione del reato per condotte riparatorie (art. 162*-ter *c.p.): profili procedurali*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 4276 ss.; S. Riccio, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie*, in A. Marandola e T. Bene (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario (L. 103/2017)*, Milano, 2017, p. 4 ss.; M. Riverditi, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato (art. 162* ter *c.p.): un primo sguardo d'insieme*, in *Giur. it.*, 2017, p. 2227 ss.; A. Romeo, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie. Prime riflessioni (critiche) sulla nuova causa estintiva del reato introdotta dalla c.d. Riforma Orlando*, in www.magistraturaindipendente.it, 14 settembre 2017; C. Santoriello, *Il nuovo art. 162*-ter *c.p.: un primo argine contro la strumentalizzazione del processo penale da parte della vittima*, in *Arch. pen.*, 2018, suppl. n. 1, p. 171 ss.; A.M. Siagura, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie nel bilanciamento tra mediazione e deflazione*, *ibidem*, p. 189 ss.; M. Talani, *Prime riflessioni sull'art. 162* ter *c.p.*, cit,, p. 811 ss.

143 C. Piergallini, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 544.

144 La medesima questione è stata posta in dottrina con riguardo all'art. 131 *bis* c.p.: in argomento, A. Bernasconi, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto e autonomia delle responsabilità dell'ente*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, p. 761 ss.; C. Santoriello, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto nei confronti dell'autore del reato presupposto e responsabilità amministrativa della persona giuridica: quali i parametri da tenere in considerazione?*, in *Giur. pen. web*, 2019, 3, p. 1 ss.; A. Scalfati, *Punire o reintegrare? Prospettive sul regime sanzionatorio contro l'ente*, in A. Fiorella-A. Gaito-A.S. Valenzano (a cura di), *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni anche in una comparazione con i sistemi sudamericani. In memoria di Giuliano Vassalli*, Roma, 2018, p. 442-443; E. Turco, *«Tenuità del fatto» e processo penale*, Bari, 2020, p. 171 ss.; D. Vispo, *Il procedimento a carico degli enti: quali alternative alla punizione?*, in www.lalegislazionepenale.eu, 25 novembre 2019, p. 5 ss.

145 Rilevano la scarsa rilevanza pratica della questione, R.A. Ruggiero, *Scelte discrezionali del Pubblico Ministero e ruolo dei modelli organizzativi*, cit., p. 144; A. Scalfati, *Punire o reintegrare? Prospettive sul regime sanzionatorio contro l'ente*, cit., p. 438 e D. Vispo, *Il procedimento a carico degli enti*, cit., p. 12.

146 R.A. Ruggiero, *Scelte discrezionali del Pubblico Ministero e ruolo dei modelli organizzativi*, cit., p. 148.

147 S.M. Corso, *Le ricadute processuali dell'estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., p. 16 ss.; G.S. Farro, *Estinzione del reato per condotte riparatorie: il Tribunale di Milano ne esclude l'applicazione per mancanza di integralità della riparazione del danno*, in *Riv. pen.*, 2018, p. 405; C. Piergallini, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, cit., p. 545 ss.; R.A. Ruggiero, *Scelte discrezionali del Pubblico Ministero e ruolo dei modelli organizzativi*, cit., p. 144-145; A. Scalfati, *Punire o reintegrare? Prospettive sul regime sanzionatorio contro l'ente*, cit., p. 438-439; D. Vispo, *Il procedimento a carico degli enti*, cit., p. 9 e 12-13.

148 Scettico C. Piergallini, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, cit., p. 545 ss.: «ancora una volta l'art. 8 pregiudica un prolungamento della non punibilità verso l'ente. Una soluzione, questa, che desta più di una *perplessità*, se solo si tiene conto che si è al cospetto di condotte risarcitorie di regola espletate dalla *societas*, nel cui interesse il reato è stato commesso» [corsivi dell'A.].

149 R.A. Ruggiero, *Scelte discrezionali del Pubblico Ministero e ruolo dei modelli organizzativi*, cit., p. 146 ss.; A. Scalfati, *Punire o reintegrare? Prospettive sul regime sanzionatorio contro l'ente*, cit., p. 439-440.

150 Sull'istituto, *ex multis*, L. Bartoli, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, Milano, 2020, p. 43 ss.; R. Bartoli, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 661 ss.; V. Bonini, *La progressiva sagomatura della messa alla prova processuale*, in www.lalegislazionepenale.eu, 28 novembre 2018, p. 1 ss.; V. Bove, *La messa alla prova*, Pisa, 2018, p. 9 ss.; F. Caprioli, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 7 ss.; C. Cesari, *La sospensione del processo con messa alla prova: sulla*

falsariga dell'esperienza minorile, nasce il probation *processuale per gli imputati adulti*, in *Leg. pen.*, 2014, p. 510 ss.; C. Conti, (voce) *Sospensione del processo con messa alla prova del maggiorenne*, in *Dig. d. pen.*, Agg., Torino, 2016, p. 691 ss.; V. Maffeo, *Profili processuali della sospensione del procedimento con messa alla prova*, Napoli, 2017, p. 13 ss.; A. Marandola, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 674 ss.; M. Miraglia, *La messa alla prova dell'imputato adulto. Analisi e prospettive di un modello processuale diverso*, Torino, 2020, p. 1 ss.; O. Murro, *Riparazione del danno ed estinzione del reato*, Milano, 2016, p. 129 ss.; A. Nappi, *La sospensione del procedimento con messa alla prova. Un rito affidato all'impegno degli interpreti*, in www.lalegislazionepenale.eu, 13 novembre 2015, p. 1 ss.; A. Sanna, *L'istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1262 ss.; G. Tabasco, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, *in Arch. pen. web*, 2015, 1, p. 1 ss.; F. Viganò, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1300 ss. Per ulteriori approfondimenti, si rinvia ai contributi raccolti in C. Conti-A. Marandola-G. Varraso (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale. Liberazione anticipata, stupefacenti, traduzione degli atti, irripetibili, messa alla prova, deleghe in tema di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio*, Milano, 2014; M. Daniele-P.P. Paulesu (a cura di), *Strategie di deflazione penale e rimodulazione del giudizio* in absentia, Torino, 2015 e N. Triggiani (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Torino, 2014.

151 Si sono, per primi, interrogati su questa eventualità G. Fidelbo-R.A. Ruggiero, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2016, 4, p. 3 ss., cui sono seguite le riflessioni di L. Bartoli, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., p. 77 ss.;
H. Belluta, *L'ente incolpato*, cit., p. 121 ss.; F. Centorame, *Enti sotto processo e nuovi orizzonti difensivi. Il diritto al* probation *dell'imputato-persona giuridica*, in L. Lupária-L. Marafioti-G. Paolozzi (a cura di), *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, Torino, 2018, p. 199 ss.; G. Garuti, *La responsabilità degli enti e le prospettive di sviluppo del sistema sanzionatorio nell'ottica del diritto processuale penale*, in A. Fiorella-A. Gaito-A.S. Valenzano (a cura di), *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni anche in una comparazione con i sistemi sudamericani. In memoria di Giuliano Vassalli*, Roma, 2018, p. 432 ss.; M. Miraglia, *La messa alla prova dell'imputato adulto*, cit., p. 316 ss.; M. Riccardi-M. Chilosi, *La messa alla Prova nel processo "231": quali prospettive per la* diersion *dell'ente*, in www.penalecontemporaneo.it, in *Dir. pen. cont.*, 10/2017, p. 47 ss.; R.A. Ruggiero, *Scelte discrezionali del Pubblico Ministero e ruolo dei modelli organizzativi*, cit., p. 171 ss.; A. Scalfati, *Punire o reintegrare? Prospettive sul regime sanzionatorio contro l'ente*, cit., p. 441 ss.; E. Scaroina, *Prospettive di razionalizzazione della disciplina dell'oblazione nel sistema della responsabilità da reato degli enti tra premialità e non punibilità*, in *Dir. pen. cont.-Riv. Trim.*, 2/2020, p. 27 ss.; D. Vispo, *Il procedimento a carico degli enti*, cit., p. 1 ss.

152 Sulla ambivalenza della disciplina della sospensione del procedimento con messa alla prova, Cass., Sez. un., 31 marzo 2016, n. 36272, Sorcinelli, in *CED*, n. 267238, ove si legge che «[q]uesta nuova figura, di ispirazione anglosassone, realizza una rinuncia statuale alla potestà punitiva condizionata al buon esito di un periodo di prova controllata e assistita e si connota per una accentuata dimensione processuale, che la colloca nell'ambito dei procedimenti speciali alternativi al giudizio (Corte cost., n. 240 del 2015). Ma di essa va riconosciuta, soprattutto, la natura sostanziale. Da un lato, nuovo rito speciale, in cui l'imputato che rinuncia al processo ordinario trova il vantaggio di un trattamento sanzionatorio non detentivo; dall'altro, istituto che persegue scopi specialpreventivi in una fase anticipata, in cui viene "infranta" la sequenza cognizione-esecuzione della pena, in funzione del raggiungimento della risocializzazione del soggetto».

153 Trib. Milano, Sez. XI, 27 marzo 2017, in www.penalecontemporaneo.it. Di segno negativo anche la più recente Trib. Bologna, Uff. G.I.P., 10 dicembre 2020, in www.giurisprudenzapenale.it.

154 Cfr., tra gli altri, A. Bassi, *Il procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni nei confronti degli enti*, in A. Bassi-T.E. Epidendio, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006, p. 684; M. Ceresa-Gastaldo, *Il "processo alle società" nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 81-82; G. Garuti, *Il processo "penale" alle società*, cit., p. 1100; G. Paolozzi, Vademecum *per gli enti sotto processo*, cit., p. 165; M. Tirelli, *I procedimenti speciali*, in G. Garuti (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, p. 346; G. Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, cit., p. 354 ss.

155 Trib. Modena, Uff. G.I.P., 11 dicembre 2019, in www.giurisprudenzapenale.it, 25 ottobre 2020, con nota di G. Garuti-C. Trabace, *Qualche nota a margine della esemplare decisione con cui il Tribunale di Modena ha ammesso la persona giuridica al* probation. Non sembra condividere il richiamato approdo giurisprudenziale A. Marandola, *Responsabilità* ex *231/2001: l'ente può accedere alla messa alla prova*, in www.quotidianogiuridico.it, 9 novembre 2020.

156 Sottolineano il vistoso *feeling* tra l'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova e "l'universo 231" F. Centorame, *Enti sotto processo e nuovi orizzonti difensivi*, cit., p. 201 e 206; G. Fidelbo-R.A. Ruggiero, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova*, cit., p. 47; G. Garuti, *La responsabilità degli enti e le prospettive di sviluppo del sistema sanzionatorio*, cit., p. 433; M. Riccardi-M. Chilosi, *La messa alla Prova nel processo "231"*, cit., p. 65; R.A. Ruggiero, *Scelte discrezionali del Pubblico Ministero e ruolo dei modelli organizzativi*, cit., p. 175-176; E. Scaroina, *Prospettive di razionalizzazione della*

disciplina dell'oblazione, cit., p. 27-28. Ciò nonostante, negano che l'ente possa optare, quantomeno *de iure condito*, per il rito di cui agli artt. 464 *bis* ss. c.p.p. L. Bartoli, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., p. 80 ss.; A. Marandola, *Responsabilità* ex *231/2001: l'ente può accedere alla messa alla prova*, cit.; M. Miraglia, *La messa alla prova dell'imputato adulto*, cit., p. 318.

157 Così, testualmente, F. Centorame, *Enti sotto processo e nuovi orizzonti difensivi*, cit., p. 200.

158 Reputano più vantaggioso per l'ente chiedere la messa alla prova nella fase genetica del procedimento R.A. Ruggiero, *Scelte discrezionali del Pubblico Ministero e ruolo dei modelli organizzativi*, cit., p. 177 ss.; E. Scaroina, *Prospettive di razionalizzazione della disciplina dell'oblazione*, cit., p. 29 e D. Vispo, *Il procedimento a carico degli enti*, cit., p. 15 ss.

159 Secondo la già richiamata Cass., Sez. un., 31 marzo 2016, n. 36272, Sorcinelli, cit., «[a]i fini dell'individuazione dei reati ai quali è astrattamente applicabile la disciplina dell'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova, il richiamo contenuto all'art. 168-*bis* cod. pen. alla pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni va riferito alla pena massima prevista per la fattispecie-base, non assumendo a tal fine alcun rilievo le circostanze aggravanti, comprese quelle ad effetto speciale e quelle per cui la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato».

160 Per A. Scalfati, *Punire o reintegrare? Prospettive sul regime sanzionatorio contro l'ente*, cit., p. 441, la trasposizione della disciplina codicistica nella vicenda giudiziaria dell'ente sarebbe una «soluzione-ponte nell'ottica di stimolare un intervento legislativo sul tema» (nota 12).

161 Discutendo del *probation* dell'ente, non fanno riferimento al lavoro di pubblica utilità G. Fidelbo-R.A. Ruggiero, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova*, cit., p. 19, a parere dei quali «la persona giuridica sottoposta ad accertamento è già chiamata a realizzare delle condotte proattive se vuole vedersi aprire percorsi alternativi: quelle stesse condotte potrebbero pertanto diventare componenti di un programma di messa alla prova che offrirebbe all'ente la *chance* dell'estinzione dell'illecito amministrativo» (nota 54). Dello stesso avviso poi R.A. Ruggiero, *Scelte discrezionali del Pubblico Ministero e ruolo dei modelli organizzativi*, cit., p. 181; A. Scalfati, *Punire o reintegrare? Prospettive sul regime sanzionatorio contro l'ente*, cit., p. 441 e D. Vispo, *Il procedimento a carico degli enti*, cit., p. 16.

162 Ritengono che il programma debba prevedere a carico dell'ente non solo le condotte riparatorie di cui all'art. 17, ma anche l'imposizione del lavoro di pubblica utilità, in una prospettiva rieducativa, F. Centorame, *Enti sotto processo e nuovi orizzonti difensivi*, cit., p. 210; G. Garuti, *La responsabilità degli enti e le prospettive di sviluppo del sistema sanzionatorio*, cit., p. 434 e M. Riccardi-M. Chilosi, *La messa alla Prova nel processo "231"*, cit., p. 67.

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

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 Comunicazione 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 toArt. 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 ritorcesi 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, oltreché 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 Comunicazione 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 sanzionartoria 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 lavoro"[3].

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 preventiva[4]".

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 obbietti 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 parchè 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 soluzione 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 metodologiche 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. Farmindustria 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 cosi 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 Farmindustria 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 anticorruttive 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,[7]"

L'unica previsione del Legislatore del Decreto, in relazione agli enti di piccole dimensione, 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-reato[8]".

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 materialmente[9]". 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 rutinarie, 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 lacciuoli[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 dottrina[11], 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 delle 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 organizzativi[12]."
"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'illecito[13]".

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 Vigilanza[14]".

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 Lefebreve, 2020 p. 175.

6 B. Assumma, *Il ruolo delle linee guida e della best pratice 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 Dl.gs 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, P*resunzioni 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.

---

30 L'illecito dell'ente tra combinazione di moduli punitivi e affievolimento di garanzie: deroghe e scostamenti disciplinari al vaglio di legittimità costituzionale e convenzionale.

di Alice Savarino

Abstract
Ricondotto dal legislatore nella nebulosa del diritto punitivo, il paradigma di responsabilità da reato degli enti rappresenta un modello repressivo *complesso,* frutto di ibridazioni: a seconda del profilo di disciplina preso in considerazione, l'illecito collettivo rivela connotazioni fortemente derogatorie, soprattutto in termini di garanzie, rispetto ai modelli sanzionatori di riferimento (penale, amministrativo, civile).
Lo scritto si propone di esaminare il sistema "231" alla luce dei principi della *materia penale*, nella duplice accezione convenzionale e costituzionale, al fine di individuare l'essere e il dover essere dello standard di tutele sostanziali e processuali riferibile all'ente. Tra i molteplici profili di "degradazione" delle garanzie che costellano la normativa, l'attenzione sarà, soprattutto, rivolta alla disciplina del modello di organizzazione e gestione, di cui all'art. 6 del decreto. L'espediente imputativo dei *compliance programs*, inidonei fino a prova contraria, sembra porsi in forte tensione con i principi cardine della *materia penale*, prestando il fianco a significative obiezioni in punto di legalità, presunzione di innocenza e personalità della responsabilità penale.
Alla luce di tali rilievi, si valuteranno le linee di approdo del dibattito dottrinale e giurisprudenziale, nonché gli itinerari di riforma prospettati al fine di superare le criticità dogmatiche e le difficoltà applicative di cui risente la disciplina a distanza di vent'anni dalla sua introduzione.

Falling within the sphere of punitive law, the criminal liability of corporate entities represents a complex repressive model. It outlines the result of several hybridizations: depending on the discipline profile taken into consideration, the Italian legislation on "criminal" liability of legal person discloses derogatory rules – especially in terms of guarantees – compared to the standard sanction regimes (criminal, administrative, civil).
The analysis aims at assessing the Italian system of corporate liability for criminal offence in the light of the fundamental principles of "criminal matter". This concept is considered both in its conventional and constitutional meaning, in order to identify the standard of substantive and procedural rights referable to corporations. The main focus will be on the discipline of the model of organization and management able to prevent crimes (i.e. a compliance program), pursuant to art. 6 of the legislative decree no. 231/2001. The organizational model constitutes the core of the imputation system of offence committed by the corporation's employees. However, with reference to the above-mentioned principles, the provisions governing compliance programs raise several critical issues in terms of legality, presumption of innocence and personal liability.
Against this background, the doctrinal and jurisprudential debate developed in this field will be analysed, as well as the proposals for reform drawn up in order to overcome dogmatic conflicts and enforcement difficulties affecting the discipline in question, twenty years after its introduction.

Sommario
1. Premessa. Il regime di responsabilità da reato della *societas* a vent'anni dalla sua "storica" introduzione: tempo di bilanci (*ma i conti non tornano*). – **2.** *Dalla natura dei principi ai principi della natura*: la centralità del tema delle garanzie e le coordinate metodologiche di sviluppo. – **2.1.** La controversa collocazione del sistema di responsabilità dell'ente nel quadro delle garanzie sostanziali e processuali proprie della "materia penale": l'orizzonte convenzionale. – **2.2.** L'orizzonte costituzionale e gli approdi dottrinali e giurisprudenziali. – **3.** Il modello di organizzazione e gestione al vaglio delle garanzie: criticità in punto di determinatezza, accessibilità e prevedibilità della norma penale. – **3.1.** *(segue)* Criticità in punto di presunzione di innocenza. – **3.2.** *(segue)* Criticità in punto di personalità del rimprovero "punitivo": l'illecito dell'ente tra (in)capacità di agire e (in)capacità di pena. – **4.** Osservazioni conclusive a margine dell'indagine svolta.

1. Premessa. Il regime di responsabilità da reato della societas a vent'anni dalla sua "storica" introduzione: tempo di bilanci (ma i conti non tornano)[1].

È (di nuovo) tempo di fare bilanci. Sono trascorsi venti anni, ormai, da quando ha fatto ingresso nell'ordinamento italiano il regime di responsabilità da reato degli enti collettivi, disciplinato dal d.lgs. n. 231/2001. Si è trattato, senz'altro, di un tempo bastevole a stimolare intorno al tema una riflessione dottrinale talmente ampia, da divenire quasi ingovernabile[2]. Non pare, tuttavia, che sia stato un periodo altrettanto adeguato a consentire – dopo una fisiologica fase di adattamento – la piena operatività della disciplina sul piano applicativo; né, tantomeno, può dirsi che i tempi siano maturi per la messa a punto di iniziative legislative di riforma della normativa di carattere strutturale, che trascendano il mero ampliamento del catalogo dei reati presupposto. Ciò, malgrado non sia mancata l'elaborazione di suggestivi progetti riformatori volti a ricalibrare, secondo istanze e prospettive differenti, i nodi critici che costellano il sistema, minandone la tenuta su più fronti[3].

Lungi dal costituire una coraggiosa rivoluzione, l'introduzione della disciplina rappresentò, piuttosto, una scelta inizialmente "timida"[4] e in qualche modo "necessitata": essa, infatti, costituiva parte integrante di una legge di recepimento di obblighi internazionali volti a uniformare le strategie di tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea, anche attraverso forme di responsabilizzazione delle persone morali[5].

Nondimeno, la portata innovativa della riforma apparve sin da subito evidente: invero, se da un lato, l'antico e granitico brocardo *societas delinquere non potest* veniva sostanzialmente sconfessato, dall'altro si introduceva un inedito paradigma ascrittivo, quello della *prevenzione mediante organizzazione*[6], destinato in seguito ad affermarsi capillarmente sul piano politico-criminale.

In sostanza, nel fronteggiare le moderne fenomenologie delittuose, di stampo marcatamente collettivo, l'ordinamento ha preso atto del ruolo dominante rivestito sul piano empirico-criminologico dai complessi sistemi organizzati, i quali rappresentano i principali protagonisti dei processi economici, nonché i più temuti propulsori di potenzialità lesive, anche in virtù della iper-tecnologicizzazione delle attività umane ivi esercitate.

Di conseguenza, si è ritenuto di convogliare il processo di responsabilizzazione dell'ente collettivo per i reati commessi nel suo *interesse* o *vantaggio* da organi apicali o subordinati all'interno di un circuito general-preventivo che si snoda lungo due direzioni convergenti, ma di fatto, fortemente dissonanti. Come è stato efficacemente osservato, l'ente, da un lato viene investito del dovere – tipicamente istituzionale – di approntare, secondo indicazioni etero-dirette, regole di carattere organizzativo volte a tutelare interessi socialmente rilevanti; dall'altro, viene gravato di responsabilità correlate all'inadeguatezza o inosservanza di tali regole[7]. In altri termini, l'ente diventa responsabile (anche) dell'inadeguata gestione organizzativa del rischio-reato che gli è stata delegata dall'ordinamento: evidente l'intento di «moralizzazione dell'attività economica» sotteso ad un simile approccio politico-criminale, nell'ambito del quale il diritto punitivo viene a rappresentare uno strumento "rozzo", esibito per indurre l'ente alla predisposizione di programmi organizzativi virtuosi[8], a fronte di potenziali benefici sul piano sanzionatorio[9].

Secondo altre chiavi di lettura, il meccanismo di prevenzione mediante auto-organizzazione, espressione del più ampio fenomeno di decentralizzazione normativa in materia penale[10], rappresenterebbe nient'altro che la rinuncia (nonché la dimostrazione dell'incapacità) da parte dell'ordinamento di assolvere ai propri compiti istituzionali[11], cui possono riconnettersi, tuttavia, implicazioni pregiudizievoli soprattutto in termini di garanzie[12].

In buona sostanza, è proprio sull'altare della prevenzione che simili strategie politico criminali sembrano sacrificare i principi di garanzia e le istanze di razionalità teleologica, coerenza sistematica e certezza normativa. Sicché, la sperimentazione di meccanismi ascrittivi di dubbio fondamento e di flessibile definizione rappresenterebbe il costo che il diritto penale postmoderno parrebbe disposto a pagare nel tentativo di governare la complessità del reale[13].

In questo senso, il "sistema 231" costituisce un esempio paradigmatico di sanzione postmoderna[14]: sorge spontaneo chiedersi, pertanto, se si tratti del «primo banco di prova per il superamento dei tradizionali schemi punitivi»[15] ovvero della prima, lampante, dimostrazione del fallimento di un simile approccio.

In effetti, nel modellare il paradigma di responsabilità da reato degli enti, il legislatore italiano si è avvalso di moduli sanzionatori eterogenei, confezionando un modello punitivo di carattere fortemente combinatorio[16].

L'ibridazione di strumenti e tecniche di tutela di varia natura nel crogiuolo del medesimo regime

di responsabilità ha proiettato l'ermeneutica dottrinale e giurisprudenziale in una sorta di "gioco degli specchi": in effetti, in sede di qualificazione dogmatica e di ricostruzione sistematica della trama della disciplina l'interprete ricava dal testo normativo dati discordanti in ordine ai modelli sanzionatori e ai nessi di imputazione impiegati, con aspetti di contraddittorietà emergenti dalla stessa Relazione ministeriale al decreto[17].

L'ampia riflessione dottrinale sul tema si è sviluppata lungo variegati percorsi concettuali, il più delle volte divergenti e quasi sempre condizionati dal tipo di soluzione adottato rispetto all'amletico dilemma concernente la natura giuridica della responsabilità prevista dal d.lgs. n. 231.

Così alcuni autori, svelando la "truffa" sottesa al *nomen juris* utilizzato dal legislatore, hanno tentato di ricostruire in ottica autenticamente *penale* la struttura dell'illecito collettivo e i relativi criteri di imputazione, prendendo in prestito e riadattando categorie dogmatiche proprie del diritto penale individuale[18], nel tentativo di rendere il sistema costituzionalmente compatibile; sul versante opposto, invece, altre ricostruzioni, muovendo dal presupposto secondo cui non sia possibile concepire un illecito proprio dell'ente (penale o amministrativo che sia) in assenza di un fatto proprio o di una sua colpa[19], hanno riservato forti critiche all'adozione di prospettive *antropomorficamente* o *organicisticamente orientate.*

Da questa parziale ricognizione, ciò che sembra emergere con una certa nitidezza è la sensazione che le contraddizioni di cui è intessuto il sistema normativo abbiano anche disorientato l'elaborazione dogmatica nel dibattito in tema di responsabilità da reato dell'ente, così da far apparire il sistema nel complesso (alla soglia dei suoi venti anni!) una disciplina senza identità, senza dommatica, senza principi[20].

Pertanto, al di là delle prese di posizione circa l'opportunità e il merito delle differenti scelte legislative adottate, ciò su cui preme ritornare a riflettere è la prospettiva di principio entro cui merita di essere inquadrato il sistema di responsabilità dell'ente[21].

L'indagine prende le mosse dalla ricerca del nucleo minimo di garanzie riferibile all'ente nell'ambito del sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali. Invero, si assumeranno quale punto privilegiato di osservazione i principi propri della "*materia penale*", nella duplice ottica convenzionale e costituzionale, evitando schemi di qualificazione preconcetti. L'obbiettivo è quello di un'analisi trasversale che focalizzi l'attenzione sui molteplici profili di specialità/eccezionalità sottesi alla disciplina e i cui effetti derogatori possono apprezzarsi sul versante sostanziale e processuale. Nel prisma delle garanzie, l'illecito ascrivibile all'ente appare come un oggetto *vagante* e *cangiante*: si muove, infatti, lungo orbite sanzionatorie disallineate, ma interferenti, assumendo connotazioni proprie di modelli differenti, a seconda del profilo di disciplina preso in considerazione.

All'analisi di tali aspetti farà da sfondo un interrogativo "scomodo", ma cui non è possibile sottrarsi: si tratta di chiedersi se e in che termini sia dogmaticamente sostenibile un illecito proprio della persona giuridica, in assenza di un fatto collettivo materialmente accertabile. È proprio su questo aspetto che, infatti, poggia l'eccentricità del modello punitivo introdotto con il d.lgs. n. 231/2001. Sebbene, infatti, il fattore genetico della responsabilità collettiva consista in un reato e gli strumenti sanzionatori presentino finalità preventiva, contenuto afflittivo ed effetto stigmatizzante, il paradigma ascrittivo non si fonda sulla commissione di un fatto o l'assunzione di una condotta *propri* dell'ente.

Peraltro, il meccanismo che lega fatto individuale e sanzione collettiva produce effetti afflittivi che si ripercuotono anche su soggetti estranei all'illecito, potendo persino trasmigrare sull'ente subentrante, in caso di vicende modificative. In questi termini, la garanzia della personalità della sanzione si affievolisce, richiedendo la predisposizione di adeguate misure di salvaguardia in grado di contenere le conseguenze economiche e sociali derivanti dalla condanna dell'ente.

Ulteriori regimi derogatori di matrice amministrativa e civilistica, quali l'amputazione dell'onere probatorio dell'accusa e la sospensione della prescrizione, permeano il giudizio di accertamento dell'illecito attribuito all'ente, nonostante la cornice penale entro cui si celebra il processo sia improntata alla presunzione di innocenza. Al vaglio della garanzia di legalità, poi, l'espediente imputativo dei *compliance programs,* inidonei fino a prova contraria, si pone in forte tensione anche con il requisito di *prevedibilità* e di *accessibilità* della norma "penale".

2. Dalla natura dei principi ai principi della natura: la centralità del tema delle garanzie e le coordinate metodologiche di sviluppo.

Nell'affrontare l'annosa questione della qualificazione del regime di responsabilità *ex* d.lgs. n. 231/2001, il dibattito dottrinale sembra essersi progressivamente affrancato da approcci meramente teorici e autoreferenziali, che avevano

finito per sminuire l'importanza pratica della tematica, fino a relegarla «nella volta celeste delle discussioni giuridiche sterili ed astratte»[22].
L'attenzione si è spostata, infatti, sulle implicazioni delle diverse qualificazioni possibili, sia sul piano dei risvolti prasseologici sottesi alla scelta definitoria, determinanti in ordine alla possibilità di estendere o escludere l'applicazione di determinati istituti o discipline penalistiche anche al "sistema 231"[23], sia nell'ottica di individuare i referenti di principio interni e sovranazionali rispetto ai quali valutare la *ratio*, i contenuti e l'applicazione[24].
Nondimeno, nella logica delle garanzie, appare necessario compiere un passo ulteriore, che si sostanzia nell'adozione di un duplice ordine di accorgimenti. Il primo aspetto è stato efficacemente segnalato da un recente e stimolante contributo in materia, nell'ambito del quale si suggerisce un rovesciamento dell'approccio metodologico tradizionalmente adottato, erroneamente fondato sull'anteposizione della «*quaestio* sulla *natura astratta della disciplina* all'analisi dei *diritti* da questa *concretamente incisi*»[25]. Così argomentando, in effetti, si è giunti a ritenere i profili di incompatibilità tra il modello di illecito collettivo e i principi propri del sistema penale altrettanti *argumenta* a sostegno della natura non penale della responsabilità degli enti[26]. A fronte del rischio di incorrere in una simile *petitio principii*, si ritiene che il fulcro della riflessione debba piuttosto concertarsi «sulla ricognizione degli interessi in gioco, per poi comprendere quali garanzie siano disponibili a livello costituzionale e convenzionale»[27].
Lo spunto metodologico è utile anche in riferimento ad un secondo rilevante aspetto, attinente alla sfera giuridica entro cui sviluppare la ricerca di principi e garanzie riferibili all'ente: essa trascende, inevitabilmente, il contesto domestico e si proietta in uno spazio ben più ampio[28], delineato dalla nozione sostanziale di "materia penale"[29], *volano* del processo di armonizzazione delle garanzie promosso – in chiave antiformalistica – dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo[30].
L'adozione di un simile approccio, improntato al riconoscimento dello statuto penalistico e della relativa corona di garanzie anche a fronte di misure punitive formalmente definite extra-penali dal legislatore domestico, ben si adatta al regime oggetto della nostra riflessione.
Sennonché, l'allargamento di prospettiva in ottica sovranazionale -ancorché condotto nella prospettiva di estendere la copertura di garanzie da destinare alla disciplina interna- pone ulteriori implicazioni problematiche, attinenti al livello di coordinamento tra i due piani ordinamentali. Entro i rispettivi ambiti di rilevanza, infatti, ciascun principio assume connotazioni e declinazioni proprie: ciò ha indotto la dottrina all'elaborazione di un'autonoma nozione *sostanziale* di "materia penale costituzionale"[31].
D'altra parte, la stessa Consulta ha avuto modo di chiarire come «ciò che per la giurisprudenza europea ha natura "penale" deve essere assistito dalle garanzie che la stessa ha elaborato per la "materia penale"; mentre solo ciò che è "penale" per l'ordinamento nazionale beneficia degli ulteriori presidi rinvenibili nella legislazione interna»[32].
Sicché, una volta ricondotto lo statuto di responsabilità dell'ente collettivo nella nebulosa del diritto punitivo, per scongiurare il rischio di incorrere nel controproducente e paradossale esito di smarrire (nuovamente) le coordinate di principio nel labirinto dei diritti[33], occorre valorizzare i punti di convergenza di entrambi gli ordinamenti in punto di garanzie, senza perdere di vista i rispettivi tratti qualificanti[34].
Pur nella consapevolezza del rischio che le fonti sovranazionali contribuiscano ad una decostruzione dei principi costituzionali[35] piuttosto che al loro arricchimento (profilo che svela l'altra faccia della medaglia del processo di europeizzazione e omogeneizzazione dei diritti, sul quale non possiamo soffermarci in questa sede)[36], vale la pena valorizzare, ai nostri fini, la prospettiva di modulazione dei principi in funzione della *ratio* su cui si fondano, suggerita da chi ha proposto l'adozione di una nozione mobile e geometrica di materia penale[37], elaborata in riferimento ad entrambi gli statuti di garanzia[38].
Ci si chiede, dunque, se e in che termini sia possibile ricostruire lo standard di garanzie tipico dell'ente e rintracciare una sorta di "nozione sociale di materia penale", graduandone i contenuti non soltanto in funzione del tipo di tutela, ma anche e soprattutto in considerazione della peculiare connotazione giuridica del suo destinatario[39].

2.1. La controversa collocazione del sistema di responsabilità dell'ente nel quadro delle garanzie sostanziali e processuali proprie della "materia penale": l'orizzonte convenzionale.

La logica sostanziale sottesa alla nozione sovranazionale di materia penale si rivela particolarmente funzionale ad arricchire e concretizzare lo spettro di garanzie suscettibili di essere applicate alla disciplina della responsabilità dell'ente.
Occorre, preliminarmente, chiarire due profili attinenti all'*an* di estensibilità delle garanzie sostanziali e procedurali sancite dalla Convenzione.

La prima concerne la *riferibilità delle garanzie all'ente*, nella misura in cui si tratti di destinare ad un soggetto metaindividuale un sistema di tutele di stampo marcatamente umanistico, concepito e sviluppato in relazione a persone fisiche[40]. A venire in soccorso sul punto è l'adozione di una interpretazione sistematica che consenta di rintracciare un preciso riferimento normativo a sostegno della soluzione estensiva. L'art. 34 della Convenzione, infatti, assegna il diritto di ricorso, oltre che agli individui, anche alle organizzazioni non governative, nozione che ricomprende secondo l'interpretazione della Corte di Strasburgo anche le società commerciali[41], le quali possono assumere, pertanto, lo *status* di vittime in proprio di violazioni di diritti tutelati dalla CEDU[42] ed azionare così i relativi meccanismi di protezione (ai sensi dell'art. 41).

Un ulteriore dato a favore dell'opzione estensiva può ricavarsi da un argomento di carattere prettamente teleologico che, come si vedrà nel proseguo, costituisce un importante punto di raccordo tra la prospettiva sovranazionale e quella costituzionale. Com'è stato efficacemente osservato, il sistema di tutele convenzionali, infatti, non trascura i risvolti economici e sociali dei diritti salvaguardati, destinando (anche) alla persona giuridica un'adeguata protezione della proprietà privata, *ex* art. 1, Prot. n. 1 Cedu[43]. Nell'ottica convenzionale, dunque, gli enti collettivi sono titolari di interessi di carattere economico, i quali non tollerano limitazioni o compressioni punitive sguarnite del compendio di presidi sostanziali e processuali di cui agli artt. 6, § 2, e 7 Cedu[44] (oltre che del principio stabilito all'art. 4 del settimo protocollo addizionale alla CEDU).

L'*iter* argomentativo in questione è stato avvalorato dalla nota giurisprudenza in materia di confisca urbanistica[45], laddove, in estrema sintesi, i giudici di Strasburgo hanno rilevato la violazione dell'art. 7 Cedu e del divieto di responsabilità per fatto altrui proprio a discapito di enti collettivi, in considerazione del fatto che la misura ablatoria di carattere sostanzialmente penale fosse stata disposta nei loro confronti nell'ambito di un giudizio penale di cui le persone giuridiche non erano state parti[46].

La seconda questione riguarda, invece, *la riferibilità delle garanzie convenzionali alla disciplina* delineata dal d.lgs. n. 231: si tratta di verificare la riconducibilità del *corpus* normativo alla nozione convenzionale autonoma di "materia penale".

La dottrina mostrò sensibilità al problema già all'indomani dell'introduzione del sistema sanzionatorio[47] - nonostante all'intuizione non seguirono particolari approfondimenti[48] - ritenendo concordemente che, sottoposto al vaglio di qualificazione secondo i criteri sostanziali di delimitazione della materia penale[49], il regime di responsabilità dell'ente collettivo assumesse inconfondibili sembianze penalistiche.

Si tratta, come è noto, di criteri di qualificazione tendenziali e alternativi, da apprezzare congiuntamente ai fini di una valutazione complessiva della natura penale di una sanzione in rapporto alla Convenzione. Nell'elaborazione della Corte Europea, se il criterio che fa riferimento alla qualificazione formale dell'illecito nell'ordinamento di appartenenza ha sempre rivestito valore relativo, anche i canoni attinenti alla natura e alla struttura del fatto e alla severità della sanzione sono passati progressivamente in secondo piano, rilevando in via sussidiaria, in direzione della crescente valorizzazione della sanzione nella sua dimensione teleologica[50].

In breve, deve affermarsi la natura sostanzialmente punitiva di una sanzione che, a prescindere dal *nomen iuris* usato nell'ordinamento domestico, sia destinata a perseguire uno scopo (prevalentemente) deterrente-repressivo, anche in considerazione del legame di pertinenzialità rispetto ad un fatto di reato e della procedura finalizzata al suo accertamento e alla sua applicazione, nonché della generalità del precetto e dei suoi destinatari e della significatività della trasgressione, anche alla luce di un confronto comparatistico.

Nel caso del d.lgs. n. 231, nella sanzione applicata all'ente in funzione del reato commesso da un suo organo o da un suo dipendente coesistono teleologicamente componenti repressive e preventive – queste ultime non di mero controllo ma di intimidazione – le quali non si pongono in una relazione dicotomica, ma complementare: la valutazione complessiva della dimensione sanzionatoria depone a favore di una connotazione *punitiva* del sistema[51]. Invero, le sanzioni sono applicabili nell'ambito di un procedimento di cognizione del giudice penale e, pur nella loro varietà tipologica[52], possono attingere in concreto la sfera di interessi propria del soggetto giuridico con un elevato grado di incisività, secondo una *escalation* di afflittività che può culminare, nei casi più gravi, nella soppressione dell'ente mediante l'interdizione dall'esercizio delle attività (*ex* art. 9, c. 2, lett. a).

Va segnalato, a tal riguardo, come in una sentenza di merito del giudice italiano, nota per l'esito assolutorio della pronuncia nei confronti dell'ente[53], la natura penale del regime di responsabilità sia stata desunta proprio dall'adozione della criteriologia convenzionale; sulla scorta di tale premessa, poi, è stato interpretato il requisito

dell'interesse o vantaggio previsto dall'art. 5, ponendo al centro del ragionamento ermeneutico il principio di colpevolezza che caratterizza il rimprovero penalistico.
D'altra parte, l'art. 3 d.lgs. n. 231/2001, nel disciplinare il principio di irretroattività della responsabilità da reato dell'ente sancito nella disposizione precedente, recepisce lo statuto penale della successione di leggi nel tempo, nonché il principio della retroattività della legge più favorevole[54]. Attraverso questa scelta, motivata dall'esigenza di destinare all'ente la stessa disciplina di favore prevista nei confronti dell'imputato persona fisica, anche in considerazione dell'incisività delle nuove sanzioni[55], il legislatore delegato collega l'illecito *amministrativo* al canone costituzionale dell'art. 117, c.1 Cost., che vincola l'ordinamento interno al rispetto dei principi sovranazionali. Enunciando il principio di retroattività dei trattamenti penali più favorevoli, l'art. 3 richiama, infatti, uno dei postulati di garanzia riconosciuti dalla Corte di Strasburgo nell'ambito dell'art. 7 CEDU e ritenuti applicabili agli illeciti punitivi, anche amministrativi, rientranti nel concetto di "materia penale"[56].
All'esito delle osservazioni che precedono, può, dunque, affermarsi la sicura estensibilità al sistema di responsabilità da reato dell'ente delle garanzie convenzionali di legalità, equo processo, diritto di ricorso e *ne bis in idem*.

2.2. L'orizzonte costituzionale e gli approdi dottrinali e giurisprudenziali.
Oltre al richiamo ai principi costituzionali per l'operatività del parametro di legittimità interposto di cui all'art. 117 Cost., è possibile rinvenire *ulteriori* garanzie di ordine costituzionale? La persona giuridica può ritenersi diretta destinataria delle tutele ricomprese nella nozione *costituzionale* di materia penale?
Come è noto, la riflessione sui limiti di compatibilità tra responsabilizzazione della *societas* e principi costituzionali anima il dibattito penalistico da lungo tempo e, a seguito della scelta legislativa compiuta nel 2001, si è cimentata nel problematico adattamento delle strutture imputative, soprattutto alla luce dell'art. 27 Cost[57].
In questa sede, tuttavia, mantenendo l'approccio metodologico che abbiamo scelto di adottare, si ritiene preferibile traslare il punto di osservazione della disciplina in termini di garanzie sul piano assiologico, in riferimento alla sfera degli interessi in gioco. Nel tessuto costituzionale non si rinvengono precetti espressamente orientati alla responsabilità amministrativa degli enti collettivi[58], tanto da far ritenere che la previsione dell'art. 27, c.1 Cost., pensata essenzialmente per le persone fisiche, piuttosto che escluderla, lasci sostanzialmente impregiudicata l'ammissibilità o meno di una responsabilità punitiva riferibile agli enti collettivi[59]. Ciò nonostante, è indubbio che il ruolo sociale ed economico rivestito (anche) dalle organizzazioni collettive riceva un pregnante ed elevato riconoscimento costituzionale. L'attuazione di tali interessi, tuttavia, richiede un delicato e ragionevole contemperamento «tra libertà di autoorganizzazione dell'ente ed esigenze penal-preventive, alla stregua dell'art. 41 Cost., il quale sancisce il principio della libertà di iniziativa economica, ma con i limiti assiologici/teleologici della sicurezza, libertà e dignità umana, al fine di realizzare l'utilità sociale. Essendo l'attività di impresa un'attività socialmente utile e, al contempo, rischiosa, va individuato il limite del "rischio consentito"; siccome, però, l'impresa non nasce per prevenire delitti, tale limite va fissato in modo *ragionevole* e *proporzionato*, compatibile con gli obiettivi primari leciti degli enti»[60]. In altri termini, nel *responsabilizzare* le attività economiche al rispetto di interessi sovraordinati, l'art. 41 Cost. funge al contempo da «parametro di ragionevolezza nei confronti di norme sanzionatorie il cui effetto consista in una compressione eccessiva della libertà dell'imprenditore di organizzare e dirigere la propria impresa»[61].
Sennonchè, il diverso grado di importanza evidentemente assunto dal bene individuale della libertà personale – fondamento stesso delle esigenze di garanzia che la Costituzione cristallizza in materia penale – rispetto all'interesse collettivo di stampo economico, dovrebbe, secondo alcuni, deporre a sfavore di quella che abbiamo definito l'opzione estensiva delle tutele o quanto meno a favore di un'opzione estensiva di carattere parziale o ridotto.
Ciò a meno che non si accetti di prendere in considerazione gli interessi menzionati per il peso specifico che ciascuno di essi assume in relazione al rispettivo titolare: in altri termini, la compressione autoritativa degli interessi economici e della libertà di impresa rappresenta *sostanzialmente* per l'ente ciò che la limitazione coercitiva della libertà personale implica per l'individuo. Se, all'esito di un processo penale, entrambe le misure sanzionatorie incidono sui rispettivi destinatari in funzione repressiva e con effetti afflittivi, perché non destinarvi il medesimo *livello* (si badi bene non il medesimo contenuto) di garanzie, pur nel riconoscimento delle specificità e peculiarità dei destinatari stessi?[62]
Allo stesso modo, nell'ottica processual-penalistica, si è ritenuto che poiché «non può darsi processo

penale senza un'applicazione incondizionata dei principi che lo governano» e considerato che «i *procedural rights* di origine costituzionale non sono stati pensati e non attengono alla persona come tale, ma alla persona come imputato», «si impone senza riserve la necessità di trattare la responsabilità degli enti *ex delicto* nel rispetto di tutti i principi di garanzia previsti dalla Costituzione e dalle Carte europee dei diritti»[63]. L'istanza di garanzia che vincola l'esercizio della potestà punitiva e la compressione di interessi costituzionali non può, dunque, essere sacrificata in dipendenza del tipo di destinatario.

A ben vedere, peraltro, l'esigenza di estendere lo statuto di principi all'apparato sanzionatorio previsto nel "sistema 231" si rende ancora più stringente in considerazione del nesso funzionale che lega il piano individuale e quello collettivo nella dimensione organizzativa, nella misura in cui i riflessi della sanzione collettiva si ripercuotono pur sempre su destinatari individuali.

Alle complesse questioni in esame è sottesa una rilevante incongruenza di fondo, su cui insiste parte della dottrina.

Nonostante le sfere di responsabilità individuale e collettiva gravitino intorno al medesimo fatto di reato, la loro connotazione in termini di garanzie sostanziali e processuali appare fortemente divergente. L'addebito di responsabilità transita, tramite una complessa e tutt'ora controversa struttura imputativa[64] dal fatto illecito commesso dall'individuo all'ente, approdando alla dimensione collettiva, al di fuori delle richiamate garanzie penalistiche: sicché, l'asimmetria tra i due piani merita di essere posta in evidenza e, laddove possibile, corretta e riequilibrata.

Secondo questa opinione, invero, alla confusione interpretativa ingenerata dall'ambigua etichettatura normativa del d.lgs. 231/2001 sembra essere conseguito, quale effetto surrettizio sul piano applicativo, il ridimensionamento delle esigenze di garanzia e l'allargamento delle strette maglie di cui è intessuto il sistema di principi e diritti che costituiscono prerogativa esclusiva del diritto penale[65].

La qualifica formale attribuita dal nostro legislatore alla responsabilità da reato delle *societas*, unitamente alla sfuggente formulazione dei presupposti di accertamento della responsabilità, fa si che i giudici di merito e la stessa Corte di Cassazione si sentano autorizzati a distaccare la disciplina dalla sfera di competenza dei principi garantistici più forti e più pregnanti che la Costituzione riserva alla materia penale[66].

In quest'ottica, la scelta precettiva parrebbe essere stata compiuta nel senso di privilegiare nettamente l'efficientismo politico criminale a scapito delle istanze di garanzia sottese alla tutela dei diritti di cui è titolare l'ente collettivo, ingenerando un palese discostamento da quel parametro di ragionevolezza fondato dall'art. 41 Cost. e creando gangli di illegittimità nel tessuto normativo[67].

Altra parte della dottrina, nel sottoporre il sistema di responsabilità penale ad un *vaglio di compatibilità* generale con i principi propri della "materia penale" ha assunto posizioni del tutto differenti, ritenendo che, nell'elaborare la disciplina, la *mens* del legislatore sia stata animata da uno spirito garantistico[68]: alla "minimizzazione" nominalistica dell'istituto si sarebbe accompagnata una "massimizzazione" contenutistica delle garanzie, tale da collocare il sistema predisposto dal decreto legislativo n. 231/2001 nell'area dell'illecito punitivo[69].

Sulla stessa lunghezza d'onda convergono le posizioni della giurisprudenza inclini alla riconduzione del regime di responsabilità da reato dell'ente nell'alveo del c.d. *tertium genus,* inteso come un sottosistema distinto, autonomo, ma strettamente connesso al diritto penale: una sorta di "terzo binario" del diritto criminale che si colloca entro il più ampio quadro del sistema punitivo comprendente sia l'illecito penale che quello amministrativo[70].

Sul punto si è osservato che «se è vero che l'idea del *tertium genus* sembra essere sorta per evitare l'applicazione dei principi di garanzia o comunque per affermarne una loro valenza comunque "debole", tuttavia, in seguito, essa è stata utilizzata per scindere le problematiche concernenti i principi da quelle relative alla disciplina, nel senso che se rispetto alle prime non si esita ad affermare la natura penale e quindi la piena operatività dei principi di garanzia, rispetto alla disciplina si lascia invece una sorta di zona franca in cui natura penale e natura amministrativa possono venire in gioco a seconda dell'istituto e della problematica che si prende in considerazione»[71].

Non è difficile scorgere, in effetti, l'utilitaristico pragmatismo che si cela dietro simile orientamento, coniato per "far quadrare i conti" nel bilancio delle garanzie e, al contempo, per consentire un alleggerimento del rigore insito nell'applicazione di principi "forti" e una mobilità del sistema tra l'uno e l'altro livello sanzionatorio a seconda del profilo di disciplina di volta in volta preso in considerazione[72].

Così è avvenuto, per esempio, quando la giurisprudenza è stata chiamata a pronunciarsi in merito al regime della prescrizione di cui all'art. 22, congegnato in termini marcatamente civilistici. Sul punto, i giudici di legittimità hanno

ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale in relazione alla presunta irragionevolezza della disciplina della prescrizione prevista per gli illeciti commessi dall'ente-imputato rispetto a quella prevista per gli imputati-persone fisiche, «atteso che la diversa natura dell'illecito che determina la responsabilità dell'ente, e l'impossibilità di ricondurre integralmente il sistema di responsabilità "*ex delicto*" di cui al d.lgs. n. 231 del 2001 nell'ambito e nella categoria dell'illecito penale, giustificano il regime derogatorio della disciplina della prescrizione»[73].

Secondo parte della dottrina, peraltro, il trattamento riservato alla prescrizione sarebbe un indice delle scelte legislative di costruire un modello di responsabilità dell'ente collettivo del tutto autonomo da quello della persona fisica[74].

In definitiva, rimane da chiedersi se questo nuovo modello epistemologico "para-penale", strutturato secondo il fluido concetto di rischio, in cui si recepiscono istanze preventive imperniate sull'autocontrollo penale e sull'affievolimento dei principi, non si traduca in un'ulteriore forma di general-prevenzionismo «ispirata all'idea di una giurisdizione che si piega a riconoscere capillarmente in modo diretto le esigenze di scopo che percorrono variamente il corpo sociale»[75].

Al di là delle prese di posizione sulla opportunità politico criminale di ricorrere a forme di ibridazione sanzionatoria, il rischio reale è quello di esporre il sistema alle ambiguità applicative sottese ai confini mobili dell'illecito para-penale, soprattutto in punto di definizione del corredo di garanzie applicabili[76].

3. Il modello di organizzazione e gestione al vaglio delle garanzie: criticità in punto di determinatezza, accessibilità e prevedibilità della norma penale.

In sede di analisi della tenuta della disciplina rispetto ai principi cardine della "materia penale", pare preferibile adottare un criterio di massimizzazione delle garanzie e dei diritti fondamentali, che consideri gli statuti di fonte convenzionale e costituzionale in rapporto di complementarità (e non di antinomia) e che consenta un complessivo innalzamento del livello di tutela[77].

Così, a proposito del principio di legalità, si è osservato un progressivo allineamento delle posizioni delle "due Corti" - quella Costituzionale e quella di Strasburgo - in ordine all'adozione di un criterio sostanziale di definizione della "materia penale", focalizzato sulla natura punitivo-afflittiva delle misure limitative di diritti.

In questa prospettiva, l'ordinamento interno sembrerebbe disposto a rinunciare alla rigidità e al formalismo, anche a costo di creare incertezze nell'individuazione dei limiti della "materia penale", pur di estendere principi e garanzie penalistici al di là dei confini della responsabilità formalmente qualificata dal legislatore come "penale"[78].

Nondimeno, all'adozione di un orizzonte ermeneutico a vocazione europea è associato, in realtà, un costo ben più elevato, consistente nella progressiva erosione della legalità *legicentrica*, cui fa da contraltare la corrispondente affermazione del ruolo normativo della giurisprudenza[79].

Non potendo in questa sede approfondire tale aspetto[80], pare sufficiente, ai nostri fini, riprendere le autorevoli suggestioni di chi, valorizzando «un'idea non deteriore della *relatività* della legalità», è riuscito a cogliere il confine tra le sue plausibili trasformazioni e i suoi pericolosi tradimenti[81].

In quest'ottica, dunque, non pare possa ricondursi ad un tradimento della legalità la prospettiva finalizzata alla sperimentazione di più elevati standard di tutela mediante l'accostamento di istanze *legalitarie* di matrice differenti.

Sicché, nel misurare il livello di compatibilità delle tecniche normative di tipizzazione degli illeciti punitivi rispetto al canone di legalità, sembra preferibile accostare al parametro interno della *determinatezza* del precetto, corollario dell'art. 25 Cost., il parametro convenzionale della ragionevole *prevedibilità-accessibilità*, ricompreso secondo l'interpretazione dei giudici di Strasburgo nell'art. 7 CEDU[82].

Nel tentativo di armonizzare i contenuti dei due ambiti di tutela[83], è opportuno riferirsi alla prevedibilità (non tanto e non solo come idoneità della norma a consentire ai suoi destinatari di prevederne le conseguenze applicative, ma) quale esigenza che alla precisione della norma penale si accompagni la stabile interpretazione sul piano del "diritto vivente"[84].

Adottando questa prospettiva e volgendo nuovamente lo sguardo alla disciplina oggetto della nostra analisi, è interessante osservare in via preliminare come, riconducendo il regime di responsabilità dell'ente entro la cornice di garanzia della "materia penale", il principio di legalità sancito nell'art. 2 d.lgs. n. 231/2001 riceva un importante rafforzamento sul piano gerarchico[85].

Ragionando in questi termini, infatti, è possibile superare le criticità evidenziate dall'idea - emersa in dottrina - che «l'affermazione del principio di legalità contenuta in una legge ordinaria (come l'art. 1 l. n. 689/1981 o l'art. 2 d.lgs. n. 231/2001) abbia un valore indicativo per il legislatore futuro ed anche per l'interprete, ma sia vincolante solo

per quest'ultimo e non per il primo»[86].
Nel prisma della legalità convenzionale e costituzionale, uno dei profili disciplinari che, a nostro avviso, sembra prestare maggiormente il fianco ad obiezioni in punto di tipizzazione e prevedibilità è rappresentato dal modello di organizzazione e gestione, di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001.
Come è noto, l'istituto in questione è ritenuto l'asse portante del paradigma di responsabilità da reato degli enti: nel tentativo di formulare un rimprovero in termini di colpevolezza nei confronti dell'ente, il legislatore ha inserito nel sistema un criterio di imputazione funzionalmente ispirato a logiche di prevenzione e strutturalmente ancorato al concetto di *colpa di organizzazione*[87].
Al riguardo, i profili controversi sono ancora molteplici: sul piano teorico-ricostruttivo, il nucleo concettuale e contenutistico della colpa di organizzazione appare tutt'altro che definito, tanto che alcuni autori mettono in discussione non solo la funzione imputativa del modello, ma anche la stessa possibilità dogmatica di ricondurre il paradigma di responsabilità corporativa nell'alveo dell'illecito (penale) a struttura colposa.
Attenendoci alla *voluntas legis* e ammettendo che si tratti di un autentico, quanto inedito, *criterio di imputazione soggettiva,* può rilevarsi come la tecnica di tipizzazione normativa presenti evidenti *deficit* in punto di determinatezza e prevedibilità.
Nel delegare all'ente il compito di auto-dotarsi di misure organizzative adeguate a prevenire il rischio di verificazione di reati, il legislatore ha, infatti, rinunciato a predeterminare lo standard cautelare richiesto affinché un modello possa ritenersi *idoneo* allo scopo e neppure si è incaricato di fissare i criteri valutativi di adeguatezza. L'intento sotteso a tale scelta è quello di privilegiare esigenze di flessibilizzazione dei contenuti "cautelari", in modo da rendere il modello di organizzazione e gestione un meccanismo preventivo *aperto* verso variegate tipologie di reato[88].
Ciò comporta imprevedibili scenari ascrittivi per l'ente, oltre che censurabili frizioni con il principio di legalità penale[89]: un forte disincentivo alla diligente organizzazione, con la conseguente frustrazione degli obiettivi di prevenzione generale. In altre parole, come è stato puntualmente osservato in dottrina, nel caso del modello di organizzazione e gestione, da un lato «manca in misura significativa la riconoscibilità della regola cautelare concernente lo specifico rischio-reato da contenere» - riconoscibilità che rappresenta il criterio più adeguato a soddisfare le esigenze di determinatezza imposte dal tipo colposo[90] - dall'altro lato, «risulta seriamente inficiata la stessa predeterminabilità delle decisioni giudiziali, i cui margini di apprezzamento discrezionale sono così ampi da prefigurare una sostanziale "supplenza giudiziaria"»[91].
Sul versante applicativo, una parte della giurisprudenza interna sembra confutare la presenza del richiamato deficit di determinatezza. A tal proposito, va segnalato come in una sentenza di merito sia stata ritenuta manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6 d.lgs. 231/01 che era stata sollevata adducendo proprio l'indeterminatezza del dettato normativo. La motivazione del rigetto si fonda, da un lato, sulla considerazione secondo cui l'adozione e la effettiva implementazione dei modelli organizzativi rappresenterebbero, «non già elementi costitutivi della regola di responsabilità da reato degli enti», assumendo esclusivamente valenza esimente; dall'altro, il giudice ha rilevato come «il legislatore ha disegnato un sistema di corporate *compliance* incentrato sul dovere di autocontrollo dell'ente, in cui la previsione di modelli organizzativi si inserisce in realtà in un quadro sistematico *coerente*, già presente nel 2001 e successivamente precisatosi in modo ancor più nitido per effetto della recente riforma del diritto societario»[92].
Di converso, in altre pronunce di legittimità si segnala l'esigenza che l'accertamento della responsabilità dell'ente sia svolto senza incorrere in indebiti automatismi in base ai quali se il reato è commesso dalla persona fisica significa che il modello organizzativo dell'ente sia *in re ipsa* inadeguato. Così, in una recente sentenza è stato puntualizzato il principio di diritto secondo cui «in tema di responsabilità degli enti derivante da reati colposi di evento in violazione della normativa antinfortunistica compete al giudice di merito, investito da specifica deduzione, accertare preliminarmente l'esistenza di un modello organizzativo e di gestione del D.Lgs. n. 231 del 2001, *ex* art. 6; poi, nell'evenienza che il modello esista, che lo stesso sia conforme alle norme; infine, che esso sia stato efficacemente attuato o meno nell'ottica prevenzionale, prima della commissione del fatto»[93].
A fronte di tale altalenante atteggiamento ermeneutico, *de jure condendo,* occorre senz'altro riflettere sull'opportunità di arricchire di contenuti le scarne indicazioni rinvenibili nel co. 2 dell'art. 6 e di predeterminare i criteri di adeguatezza per i quali il modello possa ritenersi idoneo.
Sul punto, le proposte di riforma sono molteplici. C'è chi ha proposto di rafforzare la cooperazione pubblica nell'autonormazione privata, anche mediante la previsione di meccanismi di validazione e procedure di accreditamento dei modelli[94].

In breve, in relazione alla possibilità di sperimentare paradigmi di certificazione del modello cui conseguano presunzioni legali idoneità sono emerse diverse notazioni critiche in dottrina, incentrate sul rischio che, mediante simili strategie, si finisca per passare da una problematica privatizzazione della fonte cautelare ad una rischiosa "privatizzazione" del giudizio colposo[95].

Altri autori[96], poi, hanno suggerito l'implementazione in via legislativa di prescrizioni organizzative diversificate a seconda della macro-tipologia di rischio-reato oggetto di prevenzione, ovvero in relazione al settore di attività esercitata dall'ente collettivo[97].

Una "terza via" viene da tempo percorsa, come è noto, nel settore della sicurezza del lavoro, laddove i contenuti del modello di organizzazione e gestione rivolto alla prevenzione dei reati presupposto di cui all'art. 25 *septies* d.lgs. n. 231/01 sono stati ampliati dall'art. 30 d.lgs. 81/08, che ha introdotto, al contempo, una sorta di presunzione di conformità ai requisiti di idoneità delineati per i «Modelli di Organizzazione aziendale definiti conformemente alle Linee Guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL) del 28 settembre 2001 o al British Standard OHSAS 18001:2007» (art. 30, c. 5)[98].

Sennonché, diversamente da quanto osservato a proposito della disciplina generale del modello di cui all'art. 6 d.lgs. 231, in questo settore il legislatore, nell'elencazione degli obblighi giuridici il cui adempimento deve essere garantito dal modello organizzativo idoneo, sembra aver "peccato per eccesso", adottando un approccio burocratizzante, *aziendale* più che *normativo*[99]: l'ennesima dimostrazione di quanto sia opportuno privilegiare non la quantità delle indicazioni normative, ma la qualità delle tecniche di formulazione del precetto.

Se il vizio si presenta in termini di determinatezza/prevedibilità, l'antidoto migliore non può che consistere nel ripristino della stretta legalità[100]. Dunque, per recuperare l'istanza di determinatezza della componente cautelare e circoscrivere gli spazi di discrezionalità in sede di valutazione giudiziale di adeguatezza del modello, snodo cruciale del giudizio di rimproverabilità dell'ente secondo il vigente congegno normativo, la prospettiva preferibile tra quelle prospettate parrebbe quella di tentare un recupero della dimensione propria della "colpa" organizzativa - quella specifica - mediante il rafforzamento e la puntualizzazione delle regole positivizzate[101].

3.1. *(segue)* Criticità in punto di presunzione di innocenza.

L'art. 6, c.1 d.lgs. 231/01 è sovente indiziato di prestare il fianco ad un ulteriore vizio di legittimità: nel declinare il criterio di imputazione "soggettivo" qualora il reato presupposto sia commesso da soggetti in posizione apicale, il legislatore si è servito di un'infelice formula normativa **– "***l'ente non risponde se prova che***"**[102]**– c**he si traduce nella problematica inversione della regola di giudizio secondo cui l'onere probatorio di un'accusa penale debba ricadere esclusivamente sull'organo inquirente.

Il criterio di imputazione del reato all'ente, tale da fondare secondo l'*intentio legis* un autentico rimprovero di colpevolezza, viene dunque formulato in termini presuntivi, rimanendo a carico dell'ente l'onere di fornire una prova a sua discolpa. Tra gli elementi indicati dalla norma, tuttavia, quello relativo al modello di organizzazione e gestione assume una portata preponderante: a nulla vale il rispetto delle altre condizioni se, in seguito all'accertamento di un reato presupposto, non si riesce a superare la presunzione di deficit organizzativo.

La logica premiale sottesa al sistema di cogestione del rischio e la possibilità per l'ente di andare esente da responsabilità viene fatta dipendere, in sostanza, dalla valutazione giudiziale di adeguatezza del modello, che, stando alla *littera legis*, si presume inidoneo fino a prova contraria.

Sicché, nel delineare la struttura della responsabilità dell'ente per il fatto degli apicali, il legislatore sembra essersi servito di un modulo – l'inversione dell'onere della prova – estraneo ai principi del diritto penale e tipico di altri sistemi sanzionatori[103].

Occorre chiedersi, pertanto, se un regime derogatorio di questo tipo possa giustificarsi alla luce dello statuto di garanzie della "materia penale".

Per rispondere a tale quesito è necessario affrontare due questioni di carattere preliminare. In prima battuta, occorre comprendere il modo in cui si atteggia il principio di presunzione di innocenza a cavallo tra i due sistemi di garanzie, quello costituzionale e quello convenzionale.

In secondo luogo, è necessario chiarire, alla luce delle diverse opinioni in dottrina e in giurisprudenza, se la regola di giudizio in questione configuri *sostanzialmente* un regime derogatorio di dubbia compatibilità, ovvero se sia opportuno ritenere che la clausola di cui all'art. 6 non contenga un'inversione dell'onere della prova, ma fondi una norma di favore per l'ente pienamente in linea con i principi di garanzia.

Con riguardo al principio di presunzione di innocenza, un punto di raccordo tra le due prospettive di garanzia è stato rinvenuto nella

tendenza ermeneutica fatta propria dalla giurisprudenza di Strasburgo volta ad arricchire di contenuti sostanziali il principio di cui all'art. 6, c. 2 CEDU (diritto ad un processo equo), accostandolo alla dimensione interna costituita dal principio di colpevolezza, *ex* art. 27 c. 2 Cost.[104]

In ottica convenzionale, si è osservato come il principio sancito dall'art. 6 c. 2 CEDU esprima, in prima istanza, un significato "minimo-processuale" esigendo l'onere della prova in capo all'accusa, nonché il principio che il dubbio giovi all'accusato. Sennonché, l'interpretazione teleologica della Corte europea, chiamata a esprimersi in ordine all'utilizzo da parte degli ordinamenti nazionali di forme di presunzione di colpevolezza, ha posto la valutazione di compatibilità di tali clausole in correlazione con il problema sostanziale della definizione dei presupposti della responsabilità penale[105]. In estrema sintesi, la Corte si è espressa nel senso di ritenere ammissibili presunzioni di fatto o di diritto in materia penale purché le stesse siano formulate in termini relativi e ragionevoli, anche in considerazione della gravità del fatto sanzionato, preservando in ogni caso il diritto della difesa di fornire la prova dell'esclusione della propria responsabilità[106]. A questa esigenza fa da contraltare, tuttavia, l'istanza secondo cui, in ogni caso, la dichiarazione di una responsabilità *penale* richieda non solo l'accertamento di una condotta materiale, ma anche di un legame di carattere psicologico-intellettuale[107]. Ciò comporta «il riconoscimento in concreto della categoria della colpevolezza, non contemplata necessariamente in astratto», nonché il ripristino dell'onere probatorio in capo all'accusa circa l'elemento soggettivo del fatto criminoso quando si tratti di addebitare ipotesi di responsabilità formulate in termini presuntivi[108].

In altri termini, come la stessa Corte afferma nella nota sentenza *G.I.E.M vs Italia*, adottando una visione sistematica della Convenzione è possibile ricondurre i principi espressi agli artt. 7 e 6 § 2, nei loro rispettivi ambiti, alla «tutela del diritto di una persona di non essere sottoposta ad una pena senza che la sua responsabilità personale, compreso un nesso di natura intellettuale con il reato, sia stata debitamente accertata»[109].

Avuto riguardo al profilo processuale della presunzione di innocenza e, in particolare, alla seconda delle questioni poc'anzi sollevate a proposito della ammissibilità del regime derogatorio di cui all'art. 6 d.lgs. 231, è possibile osservare come, nell'ambito del dibattito interno, il problema dell'inversione probatoria ivi sancita venga in alcuni casi ridimensionato, in altri sdrammatizzato, in altri ancora segnalato come un'aporia del sistema tale da richiedere di essere riformata o quantomeno interpretata in senso costituzionalmente conforme.

Sul primo versante, possono collocarsi le opinioni di quegli autori che hanno considerato la previsione dell'art. 6 una fattispecie esimente, da ricondurre nell'ambito delle cause di giustificazione, ovvero sul piano della non punibilità e ritenendo che, in questi termini, la norma vada esente da censure in punto di garanzie[110].

Secondo un altro autore, alla luce della prassi applicativa, incline ad uno spontaneo riequilibrio degli oneri probatori, la questione andrebbe sdrammatizzata «tenuto conto, in particolare, del fatto che, nel gioco processuale delle parti, sarà l'ente stesso, il più delle volte, a preoccuparsi di portare all'attenzione del giudice la documentazione relativa al modello organizzativo adottato, mentre sarà poi lo stesso giudice a verificarne l'efficienza e l'idoneità», affidando la sua valutazione agli esiti di una perizia[111].

In questo senso, la giurisprudenza sostiene l'idea, avanzata anche in dottrina[112], secondo la quale l'art. 6 vada interpretato nei termini di un mero onere di allegazione. Non sarebbe ravvisabile nella disciplina un'ipotesi di inversione dell'onere della prova, gravando comunque sull'accusa «la dimostrazione della commissione del reato da parte di persona che rivesta una delle qualità di cui al D.Lgs. n. 231, art. 5, e la carente regolamentazione interna dell'ente, che ha ampia facoltà di offrire prova liberatoria», provando di aver adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del reato, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi[113].

Al di là dell'apprezzabile tentativo di fornire una lettura costituzionalmente conforme, la formulazione normativa in questione non può, in realtà, essere interpretata se non, come è stato condivisibilmente rilevato, nei termini di un'autentica presunzione legale di colpevolezza fondata sul principio di identificazione ed immedesimazione della società con i suoi organi di vertice: «l'annichilimento delle prerogative dell'imputato appare innegabile, dal momento che la previsione normativa addossa alla società incolpata il rischio della mancata prova dell'assenza di "colpa" per il fatto del suo vertice[114]».

La norma finisce evidentemente per confliggere con la presunzione di innocenza, sia in ottica costituzionale, sia in rapporto all'accezione più ristretta del principio elaborata dalla Corte Edu (e poc'anzi richiamata): la prova delle condizioni di cui all'art. 6 appare pressoché diabolica – solo considerando che la mera circostanza che

il reato sia stato commesso deponga a sfavore dell'ente – e finisce così per vanificare le possibilità difensive dell'ente, rendendo l'ipotesi presuntiva non riconducibile entro i limiti di ragionevolezza affermati dalla Corte di Strasburgo[115].
In senso difforme si è espressa la giurisprudenza: merita di essere richiamata sul punto una pronuncia di merito che, in ordine alle questioni di legittimità costituzionale degli artt. 5, 6, 25 d.lgs. 231/2001 in relazione agli artt. 27, 77 comma 1, 117 Cost., ha ritenuto l'inversione dell'onere della prova in relazione alla responsabilità ascritta agli enti compatibile con la Convenzione europea e con la Costituzione, in ragione del fatto che il legislatore avrebbe «creato una responsabilità *ibrida* (da accertare in sede penale ma con regole speciali che esulano dai principi processuali penali) in cui l'allegazione dell'esimente è rimessa al soggetto che la conosce e intende prospettarla al giudice»[116].
Questo atteggiamento interpretativo è emblematico dell'anomalia di fondo di cui, a nostro avviso, è viziata l'intera disciplina, anomalia che si è cercato di mettere in luce a più riprese nel corso delle riflessioni sin qui condotte: ovvero l'idea secondo cui al carattere eclettico, ibrido, *sui generis* del paradigma ascrittivo introdotto nell'ambito del d.lgs. 231/01 corrisponda, sul fronte applicativo, un'ermeneutica flessibile, casistica, foriera dell'affievolimento delle garanzie riferibili all'ente.

3.2. *(segue)* riticità in punto di personalità del rimprovero "punitivo": l'illecito dell'ente tra (in)capacità di agire e (in)capacità di pena.
A ben vedere, l'ampio margine di apprezzamento da parte del giudice in ordine alla valutazione di adeguatezza e di idoneità preventiva dei modelli di organizzazione, unitamente alla presenza di un espediente probatorio che accolla alla società il rischio della mancata prova liberatoria finisce non solo per viziare il rimprovero punitivo mosso alla persona giuridica in punto di *determinatezza, prevedibilità* e *presunzione di innocenza*, ma anche per rivelare il carattere sostanzialmente oggettivo della responsabilità dell'ente, in caso di reati-presupposto commessi dai vertici.
Nel sottoporre la disciplina al vaglio del principio personalistico, occorre preliminarmente sottolineare come il tentativo di rintracciare significati e contenuti convergenti tra gli statuti di garanzia in esame si riveli - in questo caso - particolarmente problematico. In ottica costituzionale, quello di personalità della responsabilità penale, saldamente ancorato all'art. 27 Cost., è un principio fondamentale di garanzia: nella misura in cui fonda lo scopo e i limiti della materia penale, esso esclude senza riserve che possano ammettersi forme di rimprovero penale per un fatto *altrui* o *incolpevole*[117].
Nel contesto sovranazionale, invece, il principio di colpevolezza non viene espressamente richiamato dalla Convenzione ma, come poc'anzi segnalato, è stato solo di recente enucleato dalla Corte di Strasburgo quale corollario dei principi espressi agli artt. 7 e 6 § 2. L'elaborazione sovranazionale del principio comprende essenzialmente l'istanza di riconoscibilità del significato della norma punitiva e ammette forme di responsabilità presuntiva, purché entro *limiti ragionevoli,* assumendo dunque una portata sensibilmente riduttiva rispetto alla pregnanza del principio in chiave costituzionale[118].
I recenti approdi della giurisprudenza e della dottrina maggioritaria, pur nella varietà delle soluzioni adottate, tendono a escludere l'inconciliabilità tra il sistema di responsabilità "penale" collettiva e il principio di personalità costituzionale, ritenendo il paradigma imputativo di cui all'art. 6 un criterio idoneo a fondare un'autentica colpevolezza dell'ente. Lo spettro della responsabilità oggettiva viene allontanato dal sistema mediante il ricorso a meccanismi di personalizzazione del rimprovero che ricostruiscono l'illecito collettivo ora mediante il paradigma concorsuale, ora configurando un'ipotesi omesso impedimento colposo, ora ritenendo che il deficit organizzativo costituisca il fatto proprio dell'ente, la cui punibilità è obiettivamente condizionata al reato della persona fisica.
Nondimeno, sul versante giurisprudenziale si è escluso perentoriamente che il meccanismo di imputazione previsto per il fatto dei vertici si ponga in violazione del principio di personalità della responsabilità penale. Le Sezioni Unite *Thyssenkrupp* hanno affermato che l'ente risponda per un fatto *proprio* e *colpevole,* da un lato, ritenendo che «il reato commesso dal soggetto inserito nella compagine dell'ente, in vista del perseguimento dell'interesse o del vantaggio di questo, è sicuramente qualificabile come "*proprio*" anche della persona giuridica, e ciò in forza del *rapporto di immedesimazione organica* che lega il primo alla seconda»; dall'altro lato, hanno sostenuto che la disciplina sia compatibile anche con il principio di colpevolezza. Tuttavia, sottolinea la Corte, a fronte di un'indagine avente ad oggetto una condotta diversa da quella umana, occorre considerare il principio alla stregua delle peculiarità della fattispecie e declinare la colpa dell'ente in chiave squisitamente normativa. In altre parole, «si deve considerare che il legislatore, orientato dalla consapevolezza delle connotazioni criminologiche degli illeciti ispirati da organizzazioni complesse, ha inteso imporre a tali organismi l'obbligo di adottare

le cautele necessarie a prevenire la commissione di alcuni reati, adottando iniziative di carattere organizzativo e gestionale. Tali accorgimenti vanno consacrati in un documento, un modello che individua i rischi e delinea le misure atte a contrastarli. Non aver ottemperato a tale obbligo fonda il rimprovero, la colpa d'organizzazione»[119].

Tale lettura è stata accolta con favore da parte della dottrina che, prendendo atto della diversa consistenza strutturale e soggettiva che intercorre tra uomo ed ente, suggerisce l'elaborazione di un peculiare diritto punitivo dell'ente, in cui il personalismo della responsabilità si riferisce alla sua consistenza organizzativa. In altri termini, si sostiene che «se l'uomo ha una consistenza psico-fisica e una personalità psico-motivazionale, diversamente l'ente ha una consistenza normo-sociale, e quindi una personalità coincidente con la capacità di organizzarsi per prevenire i reati». Secondo tale impostazione, sarebbe pertanto necessario superare l'ispirazione antropocentrica basata sull'immedesimazione che trapela dalla formulazione letterale dell'art. 6, prospettando una interpretazione alternativa, ispirata alla colpa di organizzazione[120].

Si tratta di percorsi interpretativi accomunati dalla tendenza ad approcciarsi alla disciplina in ottica marcatamente conservativa, nella ricerca di soluzioni dogmatiche in grado di superare «o, perlomeno, di aggirare»[121] l'ostacolo rappresentato dal principio personalistico nella sua massima estensione. In questi termini, l'ambizioso intento legislativo di adattare la responsabilità personale all'ente viene fatto salvo e, allo stesso tempo, vengono preservate le esigenze politico-criminali poste a fondamento dei meccanismi di punizione collettiva.

Del resto, autorevole dottrina ha osservato da tempo come il fatto di rinunciare alla costruzione di un diritto punitivo rivolto alle persone giuridiche in nome del principio di colpevolezza e della loro asserita incapacità di agire significherebbe ammettere pretese di ingiustificato privilegio: «la "capacità di colpevolezza" della persona giuridica, ideologicamente negata da un filone della dottrina, è implicita nella configurazione fattuale e giuridica di un soggetto capace di agire»[122].

A ben vedere, la portata euristica di simili prospettive di indagine si risolve nella sperimentazione di tecniche dogmatiche di adattamento costituzionale delle categorie penalistiche individuali alla realtà normativa della corporazione[123], ovvero nel riconoscimento all'ente di uno statuto 'minore' di garanzie, in cui i principi costituzionali assumono una portata ora minima, ora relativa, in ogni caso meno incisiva, in funzione del fatto che, in questo contesto, non sono in gioco forme di restrizione della libertà individuale, ma il sacrificio di libertà economiche[124].

In ultima analisi, all'utilizzo di espedienti linguistici di normativizzazione della realtà, i quali consentono alla persona giuridica di assumere quella consistenza ontologica di cui è empiricamente priva[125], corrisponde la trasmutazione delle categorie del reato, con una ridefinizione riduttiva delle cautele: il tutto confluisce in un modello di responsabilità, quello del sistema 231, «geneticamente modificato, con sembianze ibride»[126], ma con DNA penalistico[127].

Sennonché, a noi pare che vent'anni di disquisizioni non siano bastate a confutare in maniera convincente le opinioni di chi aveva avanzato forti perplessità in merito alla compatibilità della disciplina con il vincolo di personalità della responsabilità penale. Al riguardo, è stato acutamente osservato, già all'indomani della riforma, come non fosse possibile ravvisare «nell'ordito normativo tracciato intorno alla responsabilità dell'ente, una qualche condotta assunta in violazione di un precetto diverso e autonomo rispetto a quello che sorregge la fattispecie tipica del reato commesso»[128]. In definitiva, la responsabilità accollata all'ente si riduce nell'imputazione di un fatto commesso dai suoi organi e quindi di un fatto *altrui*: l'interesse o vantaggio dipendono da un comportamento tenuto da singoli individui e non configurano un fatto proprio dell'ente; d'altro canto sono le persone fisiche a dotare l'ente di modelli di organizzazione e organismi di vigilanza. Sicché, la colpa di organizzazione «fornisce solo un criterio per addossare alla società dei reati pur sempre riferibili a delle persone fisiche, onde la scissione tra i colpevole dell'illecito e l'ente chiamato a sopportarne le conseguenze non può non apparire ulteriormente confermata»[129]. Per la verità, tale scissione, in quanto frutto di una finzione giuridica, complica ulteriormente il quadro alla luce del principio personalistico: il fatto viene astratto dalla dimensione individuale per essere imputato all'ente, ma agli individui ritorna sotto forma di sanzione. Gli enti sono destinatari della prevenzione, ma non sono capaci di assumere comportamenti; sono destinatari della sanzione, ma non ne soffrono le conseguenze[130].

Come è stato efficacemente osservato, «il processo contro gli enti nasce da una finzione alla quale si ricorre per colpire persone umane che, altrimenti, si sottrarrebbero alle loro responsabilità, usando come schermo l'ente collettivo. Finzione giustificata, purché non si dimentichi che si tratta, per l'appunto, di una "finzione": le pesanti sanzioni, previste per l'ente, si ripercuotono in

realtà sulle persone umane che stanno alle spalle; e coinvolgono inevitabilmente anche gli interessi di soggetti estranei alla gestione dell'ente, come creditori, lavoratori subordinati, ecc.»[131].
Dunque, la "disciplina 231" è intessuta di congegni moltiplicatori della responsabilità penale delle persone fisiche[132].
In definitiva, quella di cui si sta discutendo è una responsabilità senza colpa, senza condotta, senza illecito[133]; una responsabilità che potremmo definire impersonale, nella misura in cui colpisce indiscriminatamente i soggetti titolari del patrimonio dell'ente, nonché tutti coloro che dall'attività dell'ente dipendono economicamente; una responsabilità priva di fondamenti costituzionali, ma saldamente ancorata alle esigenze repressive imposte dalla complessità organizzativa delle società, la quale non consente l'individuazione di individui o organi personalmente responsabili ingenerando intollerabili "vuoti imputativi"[134].
Le finzioni, infatti, per quanto riconoscibili o giustificabili, non sono compatibili con la rigidità dei principi propri del sistema penale e non possono spingersi al punto di distorcere il *modus operandi* dello strumento penale nella lotta alla criminalità di impresa[135].

4. Osservazioni conclusive a margine dell'indagine svolta.

L'indagine sviluppata ha preso le mosse dall'opportunità di ritenere estensibile anche alle persone giuridiche - in quanto soggetti titolari di fondamentali interessi meritevoli di protezione - il corredo di principi e tutele proprie della "materia penale", laddove vengano applicate nei loro confronti misure sanzionatorie, come quelle comminate dalla "disciplina 231", sostanzialmente riconducibili, per scopo e grado di afflittività, entro i confini di tale nozione.
La ricerca dello standard di garanzie riferibile alle *societas* è stata ambientata in una dimensione giuridica estesa al livello sovranazionale ed ha interessato tutele sostanziali e processuali che assumono rilevanza in materia penale sia in ottica convenzionale che sul piano costituzionale.
Il "*test* di compatibilità" del *corpus* normativo si è incentrato sul paradigma di ascrizione previsto in caso di reato presupposto commesso dai vertici. Al vaglio di legittimità, il meccanismo di cui all'art. 6 d.lgs. n. 231/2001 è apparso affetto da censure in punto di legalità (determinatezza e prevedibilità), presunzione di innocenza e personalità del rimprovero penale. Il vizio di fondo è stato rinvenuto nell'adozione di un modello di responsabilità che sostanzialmente si risolve nell'addebito di un fatto altrui e che si pone in forte tensione con il principio personalistico, soprattutto se si consideri che le conseguenze sanzionatorie poste a carico dell'ente finiscono per attingere indiscriminatamente le persone fisiche collocate entro la sua organizzazione[136].
Alla luce del quadro ricostruttivo prospettato, l'interprete è chiamato, *in primis,* a prendere coscienza dell'intrinseca problematicità del "sistema 231", in chiave di sostenibilità costituzionale e convenzionale.
De jure condito, pare senz'altro opportuno verificare la praticabilità di letture teleologicamente orientate della disciplina vigente, in grado livellare sul piano ermeneutico le aporie in cui si imbatte il ragionamento sulle garanzie riferibili all'ente.
Le lacune emerse, tuttavia, meriterebbero puntuali interventi di riforma, come quelli che abbiamo cercato di segnalare nel corso della riflessione. Ciò consentirebbe, se non altro, di raggiungere un maggiore allineamento tra gli statuti di garanzie individuali e collettivi in "materia penale".
D'altra parte, l'esigenza di un ripensamento della disciplina si pone in maniera più stringente a fronte del quadro problematico che emerge dall'esperienza prasseologica[137]. Invero, al di là delle affermazioni di principio sopra richiamate, non è difficile accorgersi delle criticità applicative che continuano ad affiorare sul versante giurisprudenziale, con esiti incerti e contraddittori, che contribuiscono, evidentemente, ad indebolire ulteriormente il già precario sistema di garanzie: basti pensare agli ondivaghi orientamenti emersi, di recente, in merito alla possibilità di estendere l'istituto della sospensione con messa alla prova ai procedimenti riguardanti le persone giuridiche[138].

1 Il titolo del paragrafo e alcune delle considerazioni sviluppate nel corso della presente indagine sono stati ispirati dalle riflessioni condotte dal Prof. Tullio Padovani nell'ambito del Corso per Allievi ordinari e Ph.D. della Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa, intitolato "*Societas non delinquere sed puniri potest*" e tenuto nell'a.a. 2019/20.

2 Il tema della responsabilità da reato degli enti collettivi è stato oggetto nel corso degli anni di una produzione scientifica a dir poco sterminata. Ci limitiamo, in questa sede, senza alcuna pretesa di completezza, all'indicazione di alcuni contributi

significativi, di carattere collettaneo, monografico, manualistico e saggistico: C. De Maglie, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Giuffrè, 2002; D. Pulitanò, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 415 ss.; A. Gargani, *Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irrelati?* in *Dir. pen. e proc.*, 2002, 9, p. 1061; F. Palazzo, Societas puniri potest: *la responsabilità da reato degli enti collettivi,* Cedam, 2003; S. Vinciguerra - M. Ceresa Gastaldo – A. Rossi, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, Cedam, 2004; G. A. De Francesco (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia punitiva*, Giappichelli, 2004; De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche,* Giuffrè, 2008; M. Riverditi, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione. Circolarità ed innovazione dei modelli sanzionatori*, Jovene Editore, 2009; C. E. Paliero, *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 4, p. 1516 ss.; G. Lattanzi (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giuffrè, 2010; A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, Il Mulino, 2010; G. De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità da reato Profili storici, dogmatici e comparatistici,* Edizioni ETS, 2012; A.a. V.v., *D.lgs. 231: dieci anni di esperienze nella legislazione e nella prassi,* in *Le Soc.*, 2011, 12; A. M. Stile – V. Mongillo – G. Stile (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001,* Jovene Editore, 2013; M. Levis – A. Perini (diretto da), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti: commento al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231,* Zanichelli, 2014; R. Borsari (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, Padova University Press, 2016; T. Guerini, *Diritto penale ed enti collettivi. L'estensione della soggettività penale tra repressione, prevenzione e governo dell'economia*, Giappichelli, 2018; V. Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Giappichelli, 2018; A. Bernasconi – A. Presutti, *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè, 2018.

3 Sul versante dottrinale, possono citarsi, a tal proposito, i percorsi di riforma suggeriti in F. Centonze – M. Mantovani (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Il Mulino, 2016.

4 L'aggettivo fa riferimento evidentemente all'esiguità delle ipotesi di reato presupposto previste nel decreto al momento della sua entrata in vigore.

5 Con la l. n. 300/2000, come è noto, oltre a ratificare e dare esecuzione agli obblighi internazionali elaborati in base all'art. K.3 del Trattato sull'Unione Europea (tra cui la Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee e il suo II Protocollo addizionale e la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali), è stata prevista all'art. 11 la delega al Governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica, delega evasa con l'adozione del d.lgs. n. 231 dell'8 giugno 2001.

6 Fondamentale, al riguardo, il lavoro di G. Marra, *Prevenzione mediante organizzazione e diritto penale. Tre studi sulla tutela della sicurezza sul lavoro*, Giappichelli, 2009. Anche il tema della funzione di *compliance* nell'ambito del sistema di responsabilità *ex* d.lgs. n. 231/2001, di ispirazione anglosassone, ha assunto una progressiva centralità, fino a diventare un vero e proprio *topos* della letteratura in materia, soprattutto in ottica comparatistica, potendosi inquadrare come una sorta di filo rosso che lega molti degli ordinamenti entro cui sono state sperimentate, sebbene con esiti peculiari, forme di responsabilizzazione dell'ente collettivo. Per un'analisi di taglio comparatistico, si rinvia a S. Manacorda – F. Centonze – G. Forti (eds.), *Preventing Corporate Corruption. The Anti-Bribery Compliance Model,* Springer, 2014. Per una riflessione sul modello di *compliance* elaborato nel sistema italiano di responsabilità dell'ente con specifico riferimento al contesto del diritto penale dell'economia, S. Manacorda, *La dinamica dei programmi di "compliance" aziendale: declino o trasfigurazione del diritto penale dell'economia?* in *Le Soc.*, 2015, 4, p. 473 ss.

7 Così, G. A. De Francesco, *Gli enti collettivi soggetti dell'illecito o garanti dei precetti normativi*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 6, p. 753 ss., il quale sottolinea l'ambiguità di tale meccanismo di attribuzione della responsabilità nei confronti dell'ente, consistente proprio nella scelta politico-criminale di far assumere all'ente il duplice ruolo di *destinatario dei precetti*, nonché di *garante* della loro osservanza.

8 G. A. De Francesco, *ibidem.*

9 Per una recente e interessante analisi, anche in ottica comparata, della dimensione premiale nell'assetto sanzionatorio rivolto all'ente collettivo, v. F. Mazzacuva, *L'ente premiato. Il diritto punitivo nell'era delle negoziazioni: l'esperienza angloamericana e le prospettive di riforma,* Giappichelli, 2020. Sul tema, si segnala anche C. Piergallini, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Dir. pen. e proc.*, 2019, 4, p. 530 ss.

10 In argomento, fondamentale il contributo monografico di V. Torre, *La privatizzazione delle fonti di diritto penale: un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività di impresa*, Bonomia University Press, 2013; nonché le riflessioni condotte da C. Piergallini, *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, p. 261 ss.; con specifico riferimento al fenomeno dell'autonormazione che investe l'ente collettivo v., *ex multis*, C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lg. n. 231/2001)* (parte I), in *Cass. pen.,* 2013, 1, p. 0376B; F. Centonze, *Responsabilità da reato degli enti e* agency problems *i limiti del d.lgs.vo n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, 3, p. 945.

11 Si esprime in questi termini, F. Centonze, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*,

Giuffrè, 2004, p. 20 ss.

12 Eleva simile critica, C. E. Paliero, *Il tipo colposo*, in R. Bartoli (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa, (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze University Press, 2010, p. 521 ss.

13 Vale la pena rinviare, sul punto, alle sintetiche, ma lucide osservazioni di S. Moccia, *Sistema penale e principi costituzionali: un binomio inscindibile per lo stato sociale di diritto. Relazione di sintesi,* in *Riv. it. dir. proc. e pen.,* 2018, 3, 1720 ss., il quale osserva che «se, infatti, un'impostazione "postmoderna" chiede forme di controllo penale più "flessibili", più "dinamiche", anche ai fini di una "semplificazione" processuale, i principi penalistici dello stato di diritto vengono ad essere sacrificati».

14 M. Donini, *La personalità della responsabilità penale tra tipicità e colpevolezza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, 3, § 19.

15 In questi termini, M. Riverditi, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione. Circolarità ed innovazione dei modelli sanzionatori*, Jovene Editore, 2009, p. 107 ss.

16 Conduce un'interessante e metodica opera di raffronto del paradigma di responsabilità *amministrativa* degli enti con i modelli di responsabilità civile, penale e punitiva-amministrativa, giungendo a concludere che «l'apporto alla responsabilità degli enti di ciascuno degli altri tre modelli è paritetico» e che si tratti pertanto di un *quartum genus*, S. Vinciguerra, *Quale specie di illecito?* in S. Vinciguerra - M. Ceresa Gastaldo – A. Rossi, *La responsabilità dell'ente,* cit., p. 190 ss. Si esprime in termini fortemente critici sull'ibridazione di fondo che caratterizza il sistema per come normativamente concepito ed evolutosi, S. Bertolomucci, *Modelli organizzativi obbligatori ed auto-validati: evoluzione eteronoma del D.Lgs. n. 231/2001,* in *Le Soc.,* 2008, 4, p. 414, il quale ritiene che «tale normativa, geneticamente viziata dall'ambigua natura della responsabilità che prospetta in capo all'ente collettivo - salomonicamente definita «amministrativa» - mostra le sembianze di un Giano bifronte, che contrappone le istanze propriamente penalistiche a quelle civilistico-amministrative».

17 Così, E. Amodio, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti,* in *Cass. pen.,* 2005, 2, p. 322., sottolinea che il legislatore storico se da un lato afferma che «"anche la materia dell'illecito penale amministrativo è assoggettata al dettato costituzionale dell'art. 27 Cost.", postulando così l'esistenza di una colpevolezza dell'ente per un fatto proprio del suo organo, in linea con il regime tipico della responsabilità penale, dall'altro si giustifica il regime speciale dell'archiviazione sottratta al controllo giurisdizionale (art. 58), rilevando che "si tratta di un illecito amministrativo per il quale non sussiste l'esigenza di controllare il corretto esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero"».

18 Ripercorre criticamente gli iter dogmatici di adattamento delle categorie modellate sulla persona fisica all'ente, ritenendoli forieri di problematici effetti semplificatori in funzione della estensione della sfera di punibilità a scapito delle garanzie, A. Gargani, *Individuale e collettivo nella responsabilità della* societas, in *St. Sen.*, 2006, p. 250 ss.

19 Si vedano a riguardo le considerazioni, pur fondate su argomentazioni in parte differenti, mosse da A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 243 e G. A. De Francesco, *Invito al diritto penale*, Il Mulino, 2019, p. 159 ss.

20 La formula è ispirata alla efficace sintesi prospettata da V. Mongillo, *La responsabilità penale,* cit., p. 425, il quale sostiene, a proposito del diritto penale/punitivo delle *societates*, che «tale ramo dell'ordinamento, infatti, appare allo stato come il prodotto di una legislazione senza dommatica, senza una chiara sistematica degli elementi costitutivi della responsabilità corporativa e senza una bussola costituzionale che guidi la costruzione del sistema e l'interpretazione delle norme».

21 V. Mongillo, *La responsabilità penale,* ibidem.

22 Così, G. Amarelli, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, 1, p. 151 ss.

23 Come osserva R. Bartoli, *Le Sezioni Unite prendono coscienza del nuovo paradigma punitivo del "sistema 231"*, in *Le Soc.,* 2015, 2, p. 221, se la disciplina tace su un determinato istituto, come nel caso, ad esempio della sospensione condizionale della pena, «dalla natura penale o amministrativa dipende l'applicabilità "astratta" del sistema di riferimento ("codice penale" oppure l. n. 689/1981), dovendosi precisare però che una volta optato per la applicabilità "astratta" del sistema penale non è detto che ne discenda anche quella "concreta", in quanto occorre verificare la compatibilità dell'istituto codicistico con il "sistema 231" [...]. Dall'altro lato, là dove il D.Lgs. n. 231/2001 disciplina espressamente un istituto, allorquando si è optato per la natura penale, si pone la questione della compatibilità della disciplina prevista dalla 231 con i principi, aprendosi poi l'ulteriore questione del se e del come si debbano forgiare gli istituti alla luce delle caratteristiche peculiari dell'ente e delle esigenze di rispetto di tali principi». La questione si è posta, come è noto, anche in riferimento ad istituti di carattere processuale, nella misura in cui il rinvio alle disposizioni del codice di rito, *ex* art 34 d. lgs. 231/2001, assume carattere sussidiario (entro i limiti di compatibilità). Sul punto, si rimanda a M. Ceresa-Gastaldo, *Procedura penale delle società,* (2° ed.), Giappichelli, 2017, p. 53 ss. Di recente, sul versante sostanziale, la giurisprudenza di legittimità ha affrontato anche il problema della responsabilità dell'ente quando sia esclusa la punibilità dell'autore del reato presupposto in applicazione della causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto, *ex* art. 131 *bis* c.p., ritenendola comunque sussistente in considerazione di un percorso ermeneutico fondato sul carattere autonomo della responsabilità dell'ente sancito dall'art. 8 d.lgs. 231/01. Riflette sul punto, N. Selvaggi, *Tre temi sulla «riforma» della responsabilità da reato dell'ente*, in R. Borsari (a

cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, Padova University Press, 2016, p. 47 ss. Affronta il tema, non solo sul fronte interpretativo, ma anche valorizzando prospettive di razionalità e coerenza punitiva, M. Mossa Verre, *La responsabilità dell'ente per il fatto esiguo: considerazioni di razionalità punitiva e prospettive di riforma,* in G. A. De Francesco – A. Gargani – E. Marzaduri – D. Notaro (a cura di), *Istanze di deflazione tra coerenza dogmatica, funzionalità applicativa e principi di garanzia,* Giappichelli, 2019, p. 114 ss.

24 Imposta la questione in questi termini, G. De Simone, *La responsabilità da reato della* societas *nell'ottica dei principi costituzionali. Problemi applicativi e prospettive di riforma,* in A. M. Stile – V. Mongillo – G. Stile (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi,* cit., p. 261 ss.

25 Facciamo riferimento agli spunti contenuti nella riflessione di F. Consulich, *L'ente alla Corte. Il d.lgs. 231/2001 al banco di prova delle Carte dei Diritti*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2019, 4, p. 24 ss.

26 Così, ad esempio, M. Romano, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni,* in *Riv. soc.,* 2002, p. 398 ss.

27 Così, ancora, F. Consulich, *L'ente alla Corte,* ibidem.

28 L'indagine non può estendersi, in questa sede, fino a ricomprendere anche la dimensione globale del tema delle garanzie di cui può ritenersi titolare l'ente, pure estremamente rilevante, ma che richiederebbe di soffermarsi altresì sulla prospettiva di diritto penale internazionale. Sul punto, si rinvia all'accurata analisi di A. Fiorella – N. Selvaggi, *Dall'«utile» al «giusto». Il futuro dell'illecito dell'ente da reato nello "spazio globale"*, Giappichelli, 2018, p. 37 ss.; nonché al contributo di P. Hein van Kempen, *The Recognition of Legal Persons in International Human Rights Instruments: Pro- tection Against and Through Criminal Law*, in M. Pieth - R. Ivory (eds.), *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence and Risk*, Springer, 2011, p. 356 ss.

29 Sugli sviluppi della nozione convenzionale di materia penale v. per tutti, V. Manes, *Art. 7*, in S. Bartole – P. De Sena – V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, 2012, p. 259 ss.; F. Mazzacuva, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Giappichelli, 2017.

30 Sintetizza efficacemente il fenomeno in questi termini, per poi svilupparne approfonditamente la portata, V. Manes, *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea e i nuovi vincoli per l'ordinamento (e per il giudice penale) interno,* in V. Manes – V. Zagrebelsky, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè Editore, 2011, p. 38 ss.

31 Si veda, al riguardo, l'indagine sviluppata nel lavoro monografico di L. Masera, *La nozione costituzionale di materia penale,* Giappichelli, 2018, *passim,* condotta valorizzando la priorità logica del giudizio di costituzionalità rispetto a quello di legittimità convenzionale e l'autonomia dogmatica delle due nozioni di materia penale.

32 Così in Corte Cost., 24 febbraio 2017, n. 43, con commento di M. C. Ulbiani, *Illegittimità sopravvenuta della sanzione amministrativa "sostanzialmente penale": per la Corte costituzionale resta fermo il giudicato,* in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 21 marzo 2017.

33 L'espressione è ispirata dal titolo del lavoro di V. Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali,* Dike Giuridica Editrice, 2013.

34 Conduce un articolato e suggestivo ragionamento in questi termini, calandolo nel contesto delle dinamiche deflattive, A. Gargani, *Depenalizzazione e "materia penale". La graduazione delle garanzie tra forma e sostanz*a, in G. A. De Francesco – A. Gargani – E. Marzaduri – D. Notaro (a cura di), *Istanze di deflazione tra coerenza dogmatica,* cit., p. 175 ss.

35 Si rimanda sul punto alle suggestioni di F. Sgubbi, *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, in D. Fondaroli (a cura di) *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, Cedam, 2008, p. 3 ss.

36 Sul carattere estremamente problematico del processo di omogeneizzazione delle tutele e sul delicato dialogo tra Corti, v., *ex multis,* F. Viganò, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche: Corte Costituzionale italiana e Corte di Strasburgo tra "guerra" e "dialogo". Qualche osservazione dall'angolo visuale di un penalista,* in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 14 luglio 2014.

37 Facciamo riferimento alle tesi di F. Mazzacuva, *Le pene nascoste,* cit., *passim.*

38 Riprende la nozione di materia penale a geometria variabile per estenderne la portata in relazione alla nozione costituzionale di materia penale, L. Masera, *La nozione costituzionale,* cit. p. 190 ss.

39 Meritano di essere richiamate e condivise, ancora una volta, le intuizioni di F. Consulich, *L'ente alla Corte,* cit., p. 42.

40 Esaminano la dimensione storica ed internazionale del problema della titolarità da parte dell'ente di diritti fondamentali, A. Fiorella – N. Selvaggi, *Dall'«utile» al «giusto»*, cit., p. 77 ss., evidenziando la progressiva affermazione della tendenza verso una sostanziale irrilevanza della distinzione tra persone fisiche e giuridiche nell'orizzonte sovranazionale delle garanzie.

41 Sull'interpretazione della disposizione convenzionale, si rinvia all'articolata ricognizione giurisprudenziale di A. Saccucci, *Art. 34*, in S. Bartole – P. De Sena – V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea,* cit., p. 631, il quale sottolinea che i giudici di Strasburgo abbiano chiarito come non tutti i diritti garantiti dalla Cedu possano essere invocati dalle persone giuridiche, essendo alcuni di essi, per struttura e contenuti, esclusivamente riferibili alle persone fisiche.

42 Si soffermano sul punto, M. A. Bartolucci, *L'art. 8 d.lgs. n. 231 del 2001 nel Triangolo di Penrose, tra minimizzazione del rischio-reato d'impresa e "nuove forme" di colpevolezza*, in G. De Francesco - G. Morgante (a cura di), *Il diritto penale di fronte alle sfide della "società del rischio": un difficile rapporto tra nuove esigenze di tutela e classici equilibri di sistema,* Giappichelli, 2017, p. 115 ss.; F. Mazzacuva, *L'ente premiato,* cit., p. 108 ss.

43 F. Mazzacuva, *ibidem.*; A. Saccucci, *Art. 34*, cit. p. 631. Per approfondimenti sulla tutela della proprietà nel sistema Cedu, si rimanda a M. L. Padelletti, *Art. 1, Prot. 1,* in S. Bartole – P. De Sena – V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea,* cit., p. 791 ss. Con specifico riguardo alla garanzia del diritto di proprietà nei confronti di persone giuridiche, merita di essere segnalata la pronuncia Corte edu, 18 maggio 2010, Plalam s.p.a. c. Italia, laddove la Corte di Strasburgo ha riconosciuto una violazione dell'art. 1 Prot. 1 Cedu nei confronti della società ricorrente, ritenendo, peraltro, che nella nozione di "bene" di cui alla disposizione, rientrino sia «"beni attuali" che valori patrimoniali, ivi compresi i crediti, in virtù dei quali un ricorrente può sostenere di avere almeno una "speranza legittima" di ottenere il godimento effettivo di un diritto di proprietà».

44 F. Consulich, *L'ente alla Corte,* cit., p. 27 ss.

45 Facciamo riferimento, nello specifico, alla nota pronuncia della Cedu, Grande Camera, 28 giugno 2018, G.I.E.M. e altri c. Italia, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 3 luglio 2018, con nota di A. Galluccio, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte edu, Grande Camera, in materia urbanistica*, cui si rinvia per approfondimenti.

46 Peraltro, proprio rispetto alla possibilità di disporre la confisca urbanistica nei confronti della persona giudica, proprietaria del bene lottizzato che sia rimasta estranea al processo, la successiva giurisprudenza di legittimità sembra aver assunto posizioni non in linea con la "sentenza G.I.E.M.". Nella sentenza Cass. Pen., Sez. III, 23 aprile 2019, (ud. 20 marzo 2019) n. 17399 (in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 25 giugno 2019, con nota di S. Felicioni, *Confisca urbanistica nei confronti degli enti dopo la sentenza G.I.E.M. c. Italia: per la Cassazione l'incidente di esecuzione garantisce l'effettiva tutela della persona giuridica rimasta estranea al processo penale*), è stato affermato che «Con riferimento alla confisca per il reato di lottizzazione abusiva, il principio espresso dall'art. 7 CEDU, come interpretato nella sentenza della Corte EDU del 28 giugno 2018 nella causa G.I.E.M. s.r.l. e altri contro Italia, è rispettato attraverso la partecipazione del terzo, persona giuridica, al procedimento di esecuzione, in cui detto terzo può dedurre tutte le questioni, di fatto e di diritto, che avrebbe potuto far valere nel giudizio di merito, cui è rimasto estraneo».

47 V. Zagrebelsky, *La Convenzione Europea dei diritti umani, la responsabilità delle persone morali e la nozione di pena*, in *Cass. pen.*, 2003, suppl. al n. 6, p. 31.; Id. *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale,* in V. Manes – V. Zagrebelsky, *La Convenzione europea*, cit., p. 86 ss.; O. Di Giovine, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in *Reati e responsabilità degli enti* (a cura di) G. Lattanzi, 2010, p. 11; F Viganò, *Responsabilità da reato degli enti. I problemi sul tappeto a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001*, in *Libro dell'anno del diritto 2012*, in www.treccani.it. Si sono espressi a favore della sicura riconducibilità del sistema di responsabilità degli enti alla materia convenzionale, oltre agli autori già menzionati, tra gli altri, C. E. Paliero, Bowling a Columbine: *la Cassazione bersaglia i* basic principles *della* corporate liability, in *Le Soc.*, 2011, 9, p. 1075 ss.; V. Valentini, *Diritto penale della privativa industriale e misure di compliance,* in R. Borsari (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 258 ss.; T. Guerini, *Diritto penale ed enti collettivi,* cit., p. 45 ss.; per un riferimento alla manualistica, v. M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Giappichelli, 2018, p. 71 ss.; e, in ambito processual-penalistico, G. Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Giuffré, 2012, p. 20 ss.

48 Il tema ha acquisito centralità nella letteratura italiana solo di recente, venendo compiutamente affrontato nei lavori già menzionati di A. Fiorella – N. Selvaggi, *Dall'«utile» al «giusto»,* p. 53 ss. F. Consulich, cit., *passim,* F. Mazzacuva, *L'ente premiato,* cit., p. 108 ss., nonché, con specifico riguardo alle garanzie di carattere processuale, nella collettanea di L. Lupária - L. Marafioti - G. Paolozzi (a cura di), *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola,* Giappichelli, 2018.

49 Si tratta dei noti criteri elaborati in via giurisprudenziale e sviluppati a partire dalla nota sentenza Engel e altri c. Paesi Bassi dell'8 giugno 1976 e successivamente in Corte Edu, 21 febbraio 1984, Öztürk vs Germania (in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1985, p. 894, con nota di C. E. Paliero, «Materia penale» e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione «classica» a una svolta radicale). Per un'ampia disamina dei *leading cases* della Corte Edu, nonché dei contenuti e della portata dei singoli "criteri Engel", si rinvia ai riferimenti bibliografici di cui alla nota n. 29, e di recente, alla ricostruzione di L. Masera, *La nozione costituzionale,* cit., p. 25 ss.

50 Sul punto, fondamentale il rinvio a F. Mazzacuva, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte Europea: le garanzie al di là delle apparenze,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 4, p. 1899 ss.

51 In senso parzialmente difforme, conduce il "test Engel" valorizzando il criterio della struttura dell'illecito, nelle sue componenti oggettive e soggettive, A. Manna, *La responsabilità dell'ente da reato tra sistema penale e sistema amministrativo,* in A. Fiorella, A. Gaito, A. S. Valenzano, *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni anche in una comparazione con i sistemi sudamericani. In memoria di Giuliano Vassalli,* Sapienza Università Editrice, 2018, p.

26 ss., il quale osserva che «da un punto di vista oggettivo, il rapporto di causalità viene proiettato nel criterio dell'interesse o del vantaggio, che non costituiscono altro che la trasposizione in chiave di persona giuridica del modello causalistico tipico della responsabilità penale della persona fisica. Da un punto di vista della colpevolezza, anche qui la struttura della responsabilità da reato dell'ente è modellata chiaramente sull'illecito penale, perché l'imputazione del reato all'ente avviene attraverso l'individuazione della c.d. colpa dell'organizzazione e siamo, quindi, pienamente nel campo della colpevolezza». Si tratta di conclusioni che, nell'economia della presente analisi, come si avrà modo di rilevare nel proseguo, risultano a ben vedere fortemente in discussione.

52 Per una accurata disamina dell'apparato sanzionatorio previsto nei confronti dell'ente collettivo v., per tutti, A. Rossi, *Tipologia e disciplina delle sanzioni*, in S. Vinciguerra - M. Ceresa Gastaldo – A. Rossi, *La responsabilità dell'ente,* cit. p. 63 ss.

53 Cfr. Tribunale di Torino, Sez. I, 10.01.2013, Giud. Marra, Imp. MW Italia S.p.A. in www.penalecontemporaneo.it, 31 maggio 2013, con nota di T. Trinchera, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001: un'altra sentenza di assoluzione. Disorientamento interpretativo o rigoroso garantismo?*

54 Tale scelta legislativa si pone in evidente discontinuità rispetto al regime di irretroattività adottato nell'ambito del sistema amministrativo, *ex* art. 1 l. n. 689/1981.

55 Cfr. il punto 3.1 della Relazione allo schema del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231.

56 Si richiamano in proposito alcuni passaggi dell'ampia analisi condotta da F. D'Arcangelo, *Art. 3. Successioni di leggi,* in M. Levis – A. Perini (diretto da), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti,* cit., p. 122 ss.

57 Ripercorre gli snodi più rilevanti del dibattito dottrinale, G. De Simone, *La responsabilità da reato della* societas, cit. p. 272 ss.

58 T. Guerini, *Diritto penale ed enti collettivi,* cit., p. 53

59 In questi termini viene espressa, quasi letteralmente, l'opinione di G. A. De Francesco, *Introduzione,* in G. A. De Francesco (a cura di), *La responsabilità degli enti,* cit., p. 8.

60 V. Mongillo, *La responsabilità penale,* p. 428.

61 T. Guerini, cit., *ibidem.*

62 Particolarmente interessanti, sul punto, le osservazioni di S. Vinciguerra, *Quale specie di illecito?* cit., pp. 192 – 193 a proposito del principio di adeguatezza della garanzia alla sanzione: secondo l'autore, come avviene per le sanzioni incidenti sulla libertà personale, qualunque sia la loro durata e afflittività, la garanzia deve essere massima anche per le sanzioni compressive delle libertà economiche «quando sono idonee a distruggere o ferire gravemente la capacità economica del soggetto».

63 H. Belluta, *Presunzione di innocenza e collaborazione nel processo agli enti,* L. Lupária - L. Marafioti - G. Paolozzi (a cura di), *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola,* Giappichelli, 2018, p. 45 ss. In ordine all'ente quale soggetto di diritti nel processo per la responsabilità da reato, P. Ferrua, *Diritti umani e tutela degli enti nel processo,* in *Dir. pen. e proc.*, 2016, 6, p. 705.

64 In sintesi, si discute ancora, in dottrina, se il paradigma di ascrizione dell'illecito all'ente sia strutturato nel senso di una co-responsabilizzazione di persona fisica e giuridica nel medesimo reato, ovvero consista nell'attribuzione di un illecito diverso e autonomo da quello realizzato dall'autore individuale.

65 Così, A. Gargani, *Individuale e collettivo,* cit., p. 248. Dello stesso avviso, M. A. Manno, *Non è colpa mia! Alla ricerca della colpevolezza perduta nella responsabilità "da reato" degli enti collettivi,* in *Riv. trim. dir. pen. econ.,* 2018, 1-2, p. 127, secondo cui «la collocazione all'esterno dell'area del formalmente penale della responsabilità degli enti ha permesso una plasticità interpretativa e applicativa, che le rigide maglie dell'ermeneutica penalistica non avrebbero consentito»; nonché G. Amarelli, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica,* cit., p. 161 ss.

66 Così, quasi letteralmente, G. De Simone, *La responsabilità da reato della* societas, cit. p. 271 ss.

67 F. Consulich, *L'ente alla Corte,* cit., p. 28.

68 E. Amodio, *Prevenzione del rischio penale di impresa,* cit., p. 323.

69 S. Manacorda, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.,* 2017, 1-2, p. 49. Nello stesso senso si era espresso anche D. Pulitanò, *La responsabilità "da reato" degli enti,* cit., p. 418 ss.

70 È la posizione espressa nella celebre sentenza Cass. Pen., Sez. Un., 18 settembre 2014 (ud. 24 aprile 2014), n. 38343. Nello stesso senso si era espressa già da tempo addietro parte della dottrina, per tutti, O. Di Giovine, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., p. 18*;* nella manualistica, M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale,* cit., p. 71 ss.

71 R. Bartoli, *Le Sezioni Unite prendono,* cit, p. 222

72 Come è avvenuto nel caso della prescrizione, su cui ritorneremo nei paragrafi successivi (manca indicazione precisa)

73 Cass. pen., VI, 7.7.2016 (ud. 10.11.2015), n. 28299, in C.E.D. Cass. 2016. Riflettono sui possibili momenti di tensione del regime di prescrizione previsto dal "sistema 231" rispetto alle garanzie di fonte convenzionale e costituzionale, F. Consulich, *L'ente alla Corte,* cit., p. 29, nonché, in un'ottica parzialmente difforme, E. Basile, *La prescrizione nel D.Lgs. n. 231/ 2001 al*

crocevia delle garanzie domestiche e sovranazionali, in *Le Soc.*, 2018, 2, p. 213 ss.

74 Così, M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale,* cit., p. 68 ss. La posizione in questione, peraltro, merita di essere rivalutata a fronte delle recenti modifiche intervenute a seguito della nota riforma c.d. "spazzacorrtti" (l. n. 3/2019). L'inedita causa "sospensiva" della prescrizione prevista all'art. 159, c. 2 c.p., tale da determinare una sostanziale interruzione del decorso del termine a partire dalla pronunzia della sentenza di primo grado (o del decreto di condanna) e fino alla data di esecutività della sentenza (o della irrevocabilità del decreto, pare porsi in rapporto di continuitò con il regime di prescrizione previsto all'art. 22 del d.lgs. n. 231/2001. Sul punto, G. Stea, *L'ultima prescrizione. Storia, fondamento e disciplina della prescrizione del reato*, Cedam, 2020, p. 358, ha sottolineato come «il legislatore del 2019 ha adottato per il reato la matrice utilizzata per la disciplina della prescrizione dell'illecito amministrativo (art. 28 L. 689/1981) o, al più, ma è lo stesso, di quello della persona giuridica (art. 22 d.lgs 231/2001). Appare chiara così l'incidenza pregiudicante del nuovo secondo comma dell'art. 159 c.p. sulla stessa *ratio* della prescrizione del reato, sempre più costretta nell'esigenza di effettività della risposta repressiva (marcatamente retributiva), più affine al sistema punitivo amministrativo, radicalizzando così la frizione con i principi costituzionali afferenti alla finalità rieducativa della pena ed alla presunzione di non colpevolezza, oltre a quello della ragionevole durata del processo».

75 M. Ronco, *La legalità stratificata*, in *Riv. it. dir. proc. e pen.*, 2018, 3, p. 1397.

76 Pone il problema in questi termini, V. Manes, *Profili e confini dell'illecito para-penale,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 2017, 3, § 5.

77 Questa la tesi di F. Viganò, *Il* nullum crimen conteso: *legalità "costituzionale" vs. legalità "convenzionale"?* in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 5 aprile 2017, che non manca di sottolineare le difficoltà insite in tale opzione metodologica, in considerazione, soprattutto, delle strutturali differenze tra i due ordinamenti, specie in punto di definizione dei principi.

78 Così, quasi letteralmente, F. Viganò, *Il* nullum crimen conteso, cit., p. 8, il quale richiama a sostegno di simile orientamento le posizioni espresse dalla Consulta nella sentenza del 4 giugno 2010 n. 196.

79 Basti richiamare, in questa sede, le riflessioni di A. Gargani, *Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia,* 2011, p. 99 ss.; nonché il contributo monografico di M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, 2011.

80 Per un recente lavoro monografico sul tema, D. Perrone, Nullum crimen sine iure. *Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in Malam Partem e nuove istanze di garanzia,* Giappichelli, 2019.

81 Così, F. Palazzo, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in www.lalegislazionepenale.eu, 29.1.2016.

82 Per approfondimenti, si veda, *ex multis,* F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale,* in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 19 dicembre 2016.

83 Senza con ciò ammettere che il criterio della prevedibilità sia di per sé sufficiente a soddisfare le istanze della legalità penale, come avverte G. A. De Francesco, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione,* Giappichelli, 2018, p. 97 ss.

84 Così, F. Consulich, *Così è (se vi pare). Alla ricerca del volto dell'illecito penale, tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile*, in *Dir. pen. cont.*, 2020, 1, p. 50.

85 Di diverso avviso sembra la posizione espressa da T. Guerini, *Diritto penale ed enti collettivi,* cit., p. 55 ss., quando sostiene che «occorre, tuttavia, sgombrare il campo da una possibile fonte di equivoci: in ragione della natura autonoma della forma di responsabilità della quale si discute, i principi per essa stabiliti sono a loro volta autonomi rispetto agli omologhi penalistici. Pertanto, non è corretto ritenere che in materia 231 vi sia un doppio livello di determinatezza, in forza del quale il legislatore deve prima redigere norme penali chiare e poi, altrettanto chiaramente, estenderne l'applicazione agli enti in forza dei principi che regolano la responsabilità amministrativa di questi».

86 Così S. Vinciguerra, *Quale specie di illecito?* in S. Vinciguerra - M. Ceresa Gastaldo – A. Rossi, *La responsabilità dell'ente,* cit., p. 192.

87 C. E. Paliero, *Sub art. 7*, in M. Levis – A. Perini (diretto da), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti,* cit., p. 187 ss. Sul concetto di colpa di organizzazione nella dottrina italiana, ci limitiamo all'essenziale riferimento a C. E. Paliero – C. Piergallini, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2006, 3, p. 167 ss.

88 Cfr. il punto 3.4 della Relazione allo schema del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, laddove si afferma che «una più stringente definizione contenutistica [..] avrebbe avuto certo un pregio in termini di maggiore determinatezza, ma si sarebbe probabilmente esposta al rischio di trascurare tipologie comportamentali che pure, nel confronto con la prassi, dovessero palesarsi rilevanti nell'ottica della prevenzione di reati; soprattutto, avrebbe «complicato il lavoro» del legislatore futuro per il caso (auspicabile) in cui questi intervenga ad infoltire il catalogo dei reati dai quali discende la responsabilità dell'ente, costringendolo ad una rivisitazione della norma.

89 Secondo M. C. Gastaldo, *Legalità d'impresa e processo penale. I paradossi di una giustizia implacabile in un caso su dieci,* in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 7 giugno 2019, ulteriore fattore di crisi del principio di legalità è rinvenibile nella disomogeneità applicativa di cui soffre la disciplina in questione. Nello stesso senso, L. De Martino, *La colpa di organizzazione nel prisma del diritto penale liberale,* in *Discrimen*, 30.3.2020, p. 10, il quale osserva come «la contestazione "a macchia di

leopardo" degli illeciti 231, in quanto del tutto imprevedibile e rimessa alla totale discrezionalità dell'Autorità inquirente, pare presentare dei connotati di discrezionalità che si pongono in antagonismo con la prevedibilità e certezza del diritto che sono, invece, alla base di un diritto – non solo penale – veramente liberale».

90 C. Piergallini, *Colpa (diritto penale)*, in *Annali X*, Giuffrè, 2017, § 10.

91 V. Mongillo, *Il giudizio di idoneità del Modello di Organizzazione ex d.lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione,* in *Resp. amm. soc. enti*, 2011, 3, pp. 84 – 85.

92 Tribunale di Milano, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 03 novembre 2010, Giud. D'Arcangelo, in *Foro ambrosiano* 2010, 4, p. 478. La posizione è ribadita dalle Sezioni Unite Thyssenkrupp, Cass. Pen., Sez. Un., 18 settembre 2014, cit., § 62, laddove si afferma che «l'obbligo organizzativo e gestionale imposto all'ente è ben delineato dalla normativa».

93 Cass. Pen., IV, 28 ottobre 2019 (ud. 24 settembre 2019), n. 43656, in *Dir. pen. e proc.*, 2020, 8, p. 1089 ss., con nota di M. Paone, *Contestazione dell'illecito amministrativo: controlli giurisdizionali e oneri motivazionali.*

94 Su questo versante si colloca la proposta di riforma elaborata nell'ambito del c.d. Progetto Arel. Per un commento critico, v. F. Mucciarelli, *Una progettata modifica al D.Lgs. n. 231/01: la certificazione del modello come causa di esclusione della responsabilità,* in *Le Soc.*, 2010, 10, p. 1247 ss.

95 G. M. Flick, *Le prospettive di modifica del d.lgs. 231/2001 in materia di responsabilità amministrativa degli enti; un rimedio peggiore del male?* in *Riv. Soc.,* 2010, 6, p. 1297.

96 Così, ad esempio, V. Manes, A. F. Tripodi, *L'idoneità del modello organizzativo*, in F. Centonze – M. Mantovani (a cura di), *La responsabilità "penale" degli enti,* cit., p. 140 ss.

97 Al riguardo, di estremo interesse appare l'articolato di un recentissimo disegno di legge di fonte governativa (D.D.L. A.C. n. 2427/2020 presentato il 6 marzo 2020 e attualmente in corso di esame in commissione Giustizia della Camera) in materia di illeciti agro-alimentari, in cui all'ampliamento della responsabilità corporativa fa da contraltare la previsione di un MOG *ad hoc*, recante significativi elementi di specialità soprattutto in relazione ai vincoli contenutistici del modello. In altri termini, al legislatore «è apparso utile non limitarsi al semplice inserimento di una norma che estenda la responsabilità amministrativa a determinati reati alimentari, bensì costruire un'apposita e specifica disciplina dei modelli di organizzazione e di gestione con espresso riguardo agli operatori alimentari, in prospettiva esimente o attenuante della responsabilità, traendo spunto dalle modalità di applicazione della normativa in materia di sicurezza del lavoro» (v. Relazione di accompagnamento al d.d.l.) Nello specifico, si propone l'inserimento nell'articolato del d.lgs. 231/01 di un articolo 6-*bis* - rubricato *Modello di organizzazione dell'ente qualificato come impresa alimentare* - che prevede un modello avente carattere di specialità rispetto al vigente articolo 6 e ispirato a criteri di razionalizzazione e semplificazione. L'adozione del modello speciale sembrerebbe dotata del carattere dell'obbligatorietà: nell'ottica del legislatore, esso deve «assicurare l'adempimento di obblighi giuridici nazionali e sovranazionali inerenti a una serie di attività analiticamente indicate nella disposizione in esame» (assumono rilievo a titolo esemplificativo gli obblighi relativi alle attività di verifica sui contenuti pubblicitari, di vigilanza sulla rintracciabilità, di controllo della qualità, sicurezza e integrità degli alimenti, di procedure di ritiro, di valutazione del rischio, ecc.). Come è stato condivisibilmente osservato da N. Menardo, *Prospettive di riforma dei reati agroalimentari, rischio penale d'impresa e responsabilità degli enti. Brevi osservazioni al D.D.L. S n. 283 della XVIII Legislatura (progetto della Commissione Caselli)*, in *Giur. pen. Web*, 2020, 4, p. 23 ss., la scelta di definire i contenuti del modello si rivela particolarmente apprezzabile proprio nell'ottica di «garantire all'impresa la possibilità di conoscere preventivamente e in modo sufficientemente determinato e tassativo le condizioni di esenzione della responsabilità da reato, conformemente ai tradizionali corollari del principio di legalità che governa anche la disciplina della responsabilità degli enti». Dall'altro lato, non mancano alcuni profili di criticità: il modello speciale si applica alle imprese alimentari, ma non vengono individuati nello specifico i reati presupposto che tali imprese devono prevenire; non sono ben chiari, inoltre, i rapporti tra il modello generale di cui all'art. 6 e il modello speciale di cui all'art. 6 bis, nella misura in cui «l'assetto delineato dalla riforma non esclude l'obbligo per le imprese alimentari di dotarsi anche di un "modello ordinario" per i reati-presupposto estranei al perimetro della sicurezza alimentare, con evidenti problemi di duplicazione e convivenza dei sistemi di *compliance*». A ben vedere non risulta chiarito, inoltre, se la disposizione deroghi o meno al generale meccanismo di ripartizione della prova di idoneità del modello ovvero se venga introdotta una sorta di presunzione relativa di adeguatezza a favore dell'ente che rispetti le cautele positivizzate dalla nuova fattispecie.

98 Per un inquadramento del tema, si rinvia a O. Di giovine, *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti,* in *Cass. pen.*, 2009, 3, p. 1325 ss. A. Rossi, *La responsabilità degli enti: i soggetti responsabili ed i modelli organizzativi*, in R. Bartoli (a cura di), *Responsabilità penale e rischio,* cit., p. 432 ss.

99 Questi i rilievi di C. E. Paliero, *Sub art. 7*, p. 207.

100 Parafrasando le riflessioni di M. Ronco, *La legalità stratificata*, ibidem.

101 Suggeriscono simile prospettive, pervenendo tuttavia ad esiti parzialmente difformi, S. Manacorda, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione,* cit., p. 76 ss.; V. Manes, A. F. Tripodi, *L'idoneità del modello organizzativo,* cit., p. 145. Propone l'implementazione di un paradigma di "colpa tendenzialmente specifica" V. Mongillo, *La responsabilità penale,* cit. p. 209, secondo cui, in ogni caso, «il problema della tassatività-determinatezza della colpa organizzativa non pare interamente risolto, né risolvibile, solo per mezzo dei precetti legislativi».

102 Nello specifico, stando alla lettera della disposizione in questione, se il reato è stato commesso da organi di vertice, l'ente può andare esente da responsabilità se prova quattro condizioni: a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; b) il compito di vigilare sull'implementazione, il funzionamento e l'osservanza del modello e di procedere al suo aggiornamento è stato affidato ad un organismo dell'ente con autonomi poteri di iniziativa e di controllo; c) il reato è stato commesso eludendo fraudolentemente il modello; d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza dall'organo di controllo.

103 S. Vinciguerra, *Quale specie di illecito?*, cit., p. 209, segnala come l'inversione dell'onere della prova riceva una limitata applicazione nel regime della responsabilità punitivo-amministrativa (*ex* art. 6 l. n. 689/1982), mentre viene maggiormente sperimentato nella responsabilità civile aquiliana (es. *ex* art. 2047 c.c.). Nello stesso senso, anche V. Valentini, *Diritto penale della privativa industriale,* cit., p. 255 ss.

104 V. Manes, *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea,* cit., p. 58

105 In questi termini, G. Abbadessa, *Il principio di presunzione di innocenza nella CEDU: profili sostanziali,* in V. Manes – V. Zagrebelsky, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo,* cit., pp. 378 – 380. Per un inquadramento approfondito e critico del fenomeno della "*processualizzazione del fatto*", v. A. Gargani, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità "oltre ogni ragionevole dubbio",* in *Leg. pen.*, 2013, p. 839 ss.

106 Per i riferimenti giurisprudenziali, si rinvia a R. Chenal – A. Tamietti, *Art. 6,* in S. Bartole – P. De Sena – V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea,* cit., p. 226. In punto di presunzione di innocenza, meritano di essere segnalate le recenti posizioni assunte dal legislatore europeo assunte nell'ambito della direttiva n. 343/2016, proprio in relazione alla posizione delle persone giuridiche. Ai punti (13) e (14) si afferma che «La presente direttiva prende atto dei diversi livelli ed esigenze di tutela di alcuni aspetti della presunzione di innocenza con riferimento alle persone fisiche e giuridiche. Per quanto riguarda le persone fisiche, tale protezione rispecchia la consolidata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. La Corte di giustizia ha tuttavia riconosciuto che i diritti derivanti dalla presunzione di innocenza non sorgono in capo alle persone giuridiche allo stesso modo rispetto a quanto accade per le persone fisiche. Allo stato attuale di sviluppo del diritto e della giurisprudenza in ambito nazionale e di Unione, appare prematuro legiferare a livello di Unione sulla presunzione di innocenza con riferimento alle persone giuridiche. La presente direttiva non dovrebbe pertanto applicarsi alle persone giuridiche, fatta salva l'applicazione alle persone giuridiche della presunzione di innocenza come sancita, in particolare, nella CEDU e come interpretata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte di giustizia». Per approfondimenti, si rinvia a A. Fiorella – N. Selvaggi, *Dall'«utile» al «giusto»,* cit., pp. 60, 80 – 81.

107 A partire dalla nota sentenza Corte edu, Sud Fondi s.r.l. e a. c. Italia, 20 gennaio 2009, i giudici di Strasburgo hanno affermato la tesi secondo cui «la logica della pena e della punizione nonché la nozione di "*guilty*" (nella versione inglese) e la corrispondente nozione di "*personne coupable*" (nella versione francese) vanno nel senso di un'interpretazione dell'articolo 7 che esige, per punire, un legame di natura intellettuale che permetta di affermare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale dell'infrazione», istanza che discende dal discende dal principio di legalità e dalla logica di accessibilità e prevedibilità dei reati e delle pene. In altri termini, afferma la Corte «una pena nel senso dell'articolo 7 si può concepire in linea di principio soltanto a condizione che a carico dell'autore del reato sia stato accertato un elemento di responsabilità personale» (Corte Edu, G.i.e.m. e altri vs Italia, 28 giugno 2018, § 242). Sull'affermazione del principio di colpevolezza nella giurisprudenza europea quale corollario del principio di legalità, v. F. Mazzacuva, *L'interpretazione evolutiva del* nullum crimen *nella recente giurisprudenza di Strasburgo,* in V. Manes – V. Zagrebelsky, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo,* cit., p. 411 ss.; V. Manes, *Art. 7*, cit., p. 286 ss.

108 G. Abbadessa, *Il principio di presunzione di innocenza nella CEDU,* cit., p. 396.

109 Corte Edu, G.i.e.m. e altri vs Italia, 28 giugno 2018, § 244.

110 Di questo avviso, tra tutti, F. Consulich, *L'ente alla Corte,* cit., p. 40, che non riconduce la norma ad un'inversione dell'onere della prova. L'autore richiama a sostegno di tale conclusione, le note posizioni espresse da D. Pulitanò, *La responsabilità "da reato" degli enti,* cit., p. 429, il quale ha sostenuto che «La stessa legittimità dell'inversione probatoria poggia sul presupposto che, per fondare il rimprovero in capo all'ente, è sufficiente il reato del soggetto apicale. Non parleremo, dunque, di "severa presunzione" di una colpa organizzativa, di dubbia compatibilità col principio di colpevolezza, ma di sufficienza, nel sistema del d.lgs. n. 231 del 2001, della colpevolezza per il commesso reato, che è, ad tempo, colpevolezza del soggetto apicale autore del reato, e dell'ente che egli "impersona". Ciò trova conferma nelle conseguenze che l'art. 6 riconnette alla fattispecie che abbiamo definito "di esonero". L'esonero non è totale, non essendo esclusa la confisca. La fattispecie incide sulla sanzione, non sulla responsabilità. Ragionando secondo le categorie della teoria del reato, non siamo nella sfera delle scusanti soggettive, ma in quella "residuale" della punibilità». *Contra,* M. Ceresa-Gastaldo, *Procedura penale delle società,* cit., p. 178.

111 Così, G. De Simone, *La colpevolezza dei soggetti metaindividuali: una questione tuttora aperta,* in *Cass. pen.*, 2017, 2, p. 919.

112 Cfr., ad esempio, la posizione di G. Fidelbo, *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale*, in A. M. Stile – V. Mongillo – G. Stile (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi,* cit., p. 188 ss.

113 Questa la posizione assunta dalle Sezioni Unite *Thyssenkrupp*, Cass. Pen., Sez. Un., 18 settembre 2014 (ud. 24 aprile

2014), n. 38343, cit. In dottrina, H. Belluta, *Presunzione di innocenza e collaborazione nel processo agli enti,* cit., p. 52.

114 M. Ceresa-Gastaldo, *Procedura penale delle società,* cit., pp. 206 – 207; nello stesso senso, anche, A. Bernasconi, *Responsabilità amministrativa degli enti (profili sostanziali e processuali)*, in *Enc. Giur.*, *Annali, vol. II*, Giuffrè, 2008, p. 965 ss.; P. Ferrua, *La responsabilità degli enti da reato, otto anni dopo - le anomalie del regime probatorio nel processo penale contro gli enti: onere della prova e incompatibilità a testimoniare,* in *Giur. it.*, 2009, 7, p. 1845 ss.

115 M. Ceresa-Gastaldo, ibidem.

116 Tribunale di Milano, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 27 aprile 2009, in *Foro ambrosiano*, 2009, 3 p. 359 (corsivo nostro).

117 Basti richiamare sul punto le note statuizioni della Consulta nella recente sentenza n. 322/2007: «Il principio di colpevolezza partecipa, in specie, di una finalità comune a quelli di legalità e di irretroattività della legge penale (art. 25, secondo comma, Cost.): esso mira, cioè, a garantire ai consociati libere scelte d'azione (sentenza n. 364 del 1988), sulla base di una valutazione anticipata ("calcolabilità") delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta; "calcolabilità" che verrebbe meno ove all'agente fossero addossati accadimenti estranei alla sua sfera di consapevole dominio, perché non solo non voluti né concretamente rappresentati, ma neppure prevedibili ed evitabili. In pari tempo, il principio di colpevolezza svolge un ruolo "fondante" rispetto alla funzione rieducativa della pena (art. 27, terzo comma, Cost.) […]. Punire in difetto di colpevolezza, al fine di "dissuadere" i consociati dal porre in essere le condotte vietate (prevenzione generale "negativa") o di "neutralizzare" il reo (prevenzione speciale "negativa"), implicherebbe, infatti, una strumentalizzazione dell'essere umano per contingenti obiettivi di politica criminale (sentenza n. 364 del 1988), contrastante con il principio personalistico affermato dall'art. 2 Cost.». In definitiva, il principio di colpevolezza, in quanto tale, «non può essere "sacrificato" dal legislatore ordinario in nome di una più efficace tutela penale di altri valori, ancorché essi pure di rango costituzionale». V., inoltre, A. Fiorella, (voce) *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Giuffrè, 1988, § 4.

118 D. Pulitanò, *Personalità della responsabilità: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 2012, 4, p. 1231.

119 Cass. Pen., Sez. Un., 18 settembre 2014 (ud. 24 aprile 2014), n. 38343, cit., § 62.

120 Questa in sintesi l'opinione di R. Bartoli, *Le Sezioni Unite,* cit., p. 225 ss.; Id., *Alla ricerca di una coerenza perduta...o forse mai esistita. Riflessioni preliminari (a posteriori) sul «sistema 231»*, in R. Borsari (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti,* cit., p. 28 ss.

121 Ricostruisce i tentativi dogmatici di risolvere l'asserita incapacità di colpevolezza della persona giuridica, G. De Simone, *La colpevolezza dei soggetti metaindividuali,* cit., p. 910 ss.

122 In altri termini, secondo D. Pulitanò, *La responsabilità "da reato" degli enti,* cit., p. 423, «la persona giuridica è costruita dall'ordinamento come soggetto capace di agire, di esercitare diritti, di assumere obblighi, di svolgere attività da cui trarre profitto, ovviamente per il tramite di persone fisiche agenti per l'ente, è nella logica di un tale istituto che all'ente possa essere ascritto sia un agire lecito che un agire illecito, realizzato nella sfera di attività dell'ente stesso».

123 Di questo avviso A. Bernasconi – A. Presutti, *Manuale della responsabilità degli enti,* cit., p. 10 ss., secondo cui il "problema del soggetto" non può essere risolto mediante una "caccia" alla colpevolezza dell'ente: tale concetto, pur nella sua forma più evoluta, non si «sottrae al dubbio di soffrire di antropomorfismo» e, in ogni caso, sconta il limite insito nell'applicazione transitiva di concetti penalistici - nati e pensati per la persona fisica (quali, appunto, la colpa) – ad una struttura organizzata che con l'individuo ha poco da condividere.

124 G. De Simone, *La responsabilità da reato della* societas, cit. pp. 317 – 320.

125 Lo spunto è di A. Gargani, *Individuale e collettivo,* cit., § 4 ss.

126 O. Di Giovine, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., p. 17.

127 V. Valentini, *Diritto penale della privativa industriale,* cit., p. 259.

128 Facciamo riferimento all'opinione di T. Padovani, *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche*, in G. A. De Francesco (a cura di), *La responsabilità degli enti,* cit., p. 13 ss.; si tratta di argomentazioni riprese e approfondite nell'ambito del Corso per Allievi ordinari e Ph.D. della Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa, intitolato "*Societas non delinquere sed puniri potest*", già menzionato alla nota n. 1.

129 Così, G. A. De Francesco, *Invito al diritto penale*, cit., pp. 162 – 163. Nello stesso senso, F. Sgubbi, *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali,* cit., p. 6, secondo cui in relazione al tema della responsabilità delle persone giuridiche, «la responsabilità non è per il fatto, ma per l'organizzazione, cioè per avere male organizzato. È certo comunque che la logica della colpa per organizzazione allontana il diritto penale dal fatto e dalla colpevolezza per il fatto».

130 In senso difforme, M. Donini, *La personalità della responsabilità penale,* cit., § 19, secondo cui «L'estrema personalizzazione della sanzione e la rilevanza fondamentale delle ipotesi riparative, nonché il fatto che gli enti siano i veri destinatari di vari precetti penali, oltre al regime processuale tutto penalistico, rendono plausibile che la sanzione punitiva per l'ente sia già ora assimilata in *bonam partem* a quella penale. Ma resta un penale postmoderno, per l'indifferenza retributiva che lo connota. Si tratta di illeciti senza prova della colpevolezza in senso penalistico, ma con una responsabilità assai più personale di quella criminale».

131 P. Ferrua, *Diritti umani e tutela degli enti nel processo,* cit., p. 705.

132 Questa l'analisi di T. Padovani.

133 A. Gargani, *Individuale e collettivo,* cit., § 7.

134 A. Gargani, ibidem.; Id., *Responsabilità collettiva da delitto colposo d'evento: i criteri di imputazione nel diritto vivente,* in www.lalegislazionepenale.eu, 11.1.2016, pp. 16 - 17.

135 Così, G. Ruggiero, (voce) *Capacità penale*, in *Dig. disc. pen.*, agg. IV, UTET, 2008, pp. 31 ss., § 5, il quale sottolinea come il meccanismo di rappresentanza «insostituibile tratto d'unione con l'ente per l'imputazione degli effetti giuridici di un negozio concluso da terzi, non possiede eguale capacità ascrittiva per l'illecito penale. Riproposte in varia guisa dalla dottrina contemporanea, le teorie della rappresentanza, muovendo da presupposti di carattere funzionale attraverso la "flessibilizzazione" della "colpevolezza", mescolate con palesi tendenze antropomorfiche, non riescono a sottrarsi dallaccusa di fare affidamento su meccanismi di imputazione finti e, come tali, incompatibili con il sistema penale».

136 Secondo T. Padovani, *Il nome dei principi,* cit., p. 18, a venire compromesso nel caso della responsabilità penale delle persone giuridiche è, in definitiva, il «fondamento primigenio» della «necessaria identificazione tra soggetto dell'azione criminosa e destinatario delle relative conseguenze».

137 Per una recente ricognizione delle problematiche applicative emerse con riferimento alla disciplina di cui al d.lgs. 231/2001, si rimanda a L. Pastorelli, *La responsabilità da reato degli enti: un bilancio applicativo,* in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2017, 3-4, p. 610 ss.

138 Facciamo riferimento a due recentissime pronunce: quella del Tribunale di Modena (provvedimento del 19 ottobre 2020 in *Giur. pen. Web,* 2020, 10, con nota di G. Garuti – C. Trabace, *Qualche nota a margine della esemplare decisione con cui il Tribunale di Modena ha ammesso la persona giuridica al* probation) con la quale una persona giuridica chiamata a rispondere ai sensi del d.lgs. 231/2001 è stata ammessa alla sospensione del procedimento con messa alla prova; e quella, di poco successiva, del Tribunale di Bologna (ordinanza 10 dicembre 2020, con nota di L. N. Meazza, *Messa alla prova e persone giuridiche: una nuova pronuncia del Tribunale di Bologna,* in *Giur. pen. Web,* 2020, 12) che invece ha ritenuto l'istituto incompatibile e inapplicabile all'ente.

31 La prescrizione dell'illecito amministrativo nella prospettiva del giusto processo.

di Ugo Lecis

Abstract
L'elaborato offre una riflessione sul regime della prescrizione dell'illecito ex D.Lgs. 231/2001, evidenziando l'esigenza di una sua razionale riforma, nell'ottica di superare dubbi interpretativi e profili di contrarietà con alcuni principi convenzionali e costituzionali, strettamente connessi alla questione dell'individuazione della natura giuridica dell'illecito amministrativo dipendente da reato.
La condivisione da parte del Legislatore dell'approccio sostanzialistico della Corte EDU, con la conseguente rimeditazione della disciplina in commento, secondo schemi e parametri rispondenti a quelli di natura penale, potrebbe infatti assicurare il pieno rispetto delle garanzie del giusto processo anche nei confronti dell'ente, oltre che perseguire realmente l'obiettivo di deflazione del carico processuale.

The paper offers a reflection upon the prescription's discipline of the offense pursuant to Legis-lative Decree 231/2001, remarking the need for a rational reform, in order to overcome inter-pretative doubts and issues in terms of conflict with some conventional and constitutional principles, all connected to the issue of identifying the legal nature of the administrative offense resulting upon commission of a crime.
Along with the consequent restructuring of the discipline subject to analysis, starting from schemes and parameters consistent with criminal law, the common view shared by the Legislator of ECHR's substantialist approach, could actually secure full compliance with the guarantees of due process also for the benefit of the legal entity, as well as pursuing the purpose of litigation's deflation.

Sommario
1. Alcune difficoltà interpretative dell'art. 22: l'individuazione dell'oggetto della norma. – **2.** Ulteriori profili di criticità: i diversi modelli ispiratori dell'istituto della prescrizione 231. – **3.** L'individuazione del *dies a quo* del termine prescrizionale. – **4.** La (ricostruzione della) disciplina degli atti interruttivi. – **5.** Profili di dubbia compatibilità costituzionale e convenzionale. – **6.** Possibili prospettive di riforma.

1. Alcune difficoltà interpretative dell'art. 22: l'individuazione dell'oggetto della norma.

Si offrono alcune riflessioni sul regime della prescrizione delineato dall'art. 22[1] del D.Lgs. 231/2001 e sull'esigenza di una sua razionale riforma, resa palese anzitutto dalle diverse obiettive difficoltà interpretative cui si espone la norma.
Già l'*incipit* del primo comma della disposizione, che prevede testualmente che «*le sanzioni amministrative si prescrivono nel termine di cinque anni dalla data di consumazione del reato*», pone l'interprete innanzi a una prima opzione ermeneutica, vale a dire l'individuazione dell'oggetto della prescrizione.
Non appare infatti immediatamente chiaro se il Legislatore abbia inteso limitare la disciplina di cui all'art. 22 del Decreto alla sanzione amministrativa, così come sembrerebbe suggerire il dato letterale, ovvero se la stessa debba intendersi riferita anche all'illecito amministrativo.
Seppur appare plausibile un'analogia con la previsione dell'art. 28[2] della L. 689/1981, che riferisce appunto il regime della prescrizione alle sole conseguenze sanzionatorie dell'illecito amministrativo, una tale opzione non persuade se si vuol dare alla norma in commento una lettura sistematica, che coordini le previsioni del primo comma con i dettami operativi contenuti nel secondo e nel quarto comma.
Il secondo comma della disposizione in commento prevede, infatti, che «*interrompono la prescrizione la richiesta di applicazione di misure cautelari interdittive e la contestazione dell'illecito amministrativo a norma dell'articolo 59*». In tale ultimo caso, la prescrizione «*non corre sino al momento in cui passa in giudicato la sentenza che*

definisce il giudizio» (co. 4).
L'individuazione del *dies a quo* del decorso del termine prescrizionale nella consumazione del reato, unitamente all'indicazione di specifici atti interruttivi antecedenti al processo, quale «meccanismo formalizzato attraverso il quale si perviene all'irrogazione della sanzione», manifestano che «il fenomeno estintivo riguard[a] l'intera fattispecie di responsabilità da reato dell'ente e non già meramente le conseguenze sanzionatorie», attingendo dunque non solo la sanzione, ma anche l'illecito amministrativo[3].
Emerge così una prima rilevante distinzione, di dubbia razionalità, tra la disciplina della prescrizione dell'illecito amministrativo dipendente da reato e quella dettata per lo stesso reato dal Codice Penale.
La riscostruzione offerta determina infatti la sussistenza di un medesimo termine prescrizionale tanto dell'illecito, che si prescrive se sono trascorsi in assenza di interruzione cinque anni dalla consumazione del reato, quanto della sanzione amministrativa, laddove non se ne inizi l'esecuzione entro lo stesso termine[4].
Non si comprende pertanto perché il Legislatore non abbia mantenuto quella coerenza sistematica presente nel Codice Penale, che detta una disciplina distinta dell'estinzione del reato e della pena, rispondente per le persone fisiche alla diversa, anche se connessa, esigenza sottesa ai due istituti: da un lato garantire l'attualità della percezione del disvalore sociale della condotta a distanza dalla sua commissione, dall'altro assicurare l'utilità dell'esecuzione di una sanzione inflitta a distanza dal passaggio in giudicato della sentenza.

2. Ulteriori profili di criticità: i diversi modelli ispiratori dell'istituto della prescrizione 231.

Le difficoltà di interpretazione del regime della prescrizione dell'illecito (non) delineato dal D.Lgs. 231/2001, sin qui esposte e che si svilupperanno nel prosieguo, discendono con molta probabilità dalla sua costruzione sulla base di schemi eterogenei (penalistici, amministrativi e civilistici), la cui combinazione, però, non riesce ad offrire una completa e razionale disciplina dell'istituto.
In particolare, l'art. 22 realizza un innesto di regole di matrice prettamente civilistica all'interno del D.Lgs. 231/2001.
Per volontà stessa del Legislatore delegante (art. 11, co. 1, lett. r) L. delega 300/2000), secondo una formulazione che ricalca il dettato dell'art. 28 della L. 689/1981, le sanzioni amministrative si prescrivano decorsi cinque anni dalla consumazione del reato e la disciplina dell'interruzione del decorso del termine prescrizionale viene regolata dalle norme del Codice Civile.
L'assenza di un termine finale[5] (in linea con quanto previsto dall'art. 2945 c.c.) e la previsione di un unico termine quinquennale denotano un discostamento evidente dalle regole dettate per le persone fisiche dagli artt. 157 ss. c.p.[6], alimentando dubbi di conformità della disciplina ai principi fondanti la responsabilità degli enti dipendente da reato, nonché circa la sua coerenza interna.
In primo luogo, l'indifferenza dell'ampiezza del termine prescrizionale rispetto alla gravità dell'illecito e quindi al tipo di sanzione per lo stesso prevista appaiono difficilmente conciliabili con la struttura stessa dell'illecito (binomica[7], in quanto formata dal reato presupposto e dalla possibilità di imputazione dello stesso alla persona giuridica), nonché con il principio di unitarietà del fatto, dalla cui entità il termine risulta del tutto svincolato.
In secondo luogo, la difficile armonizzazione della pluralità di schemi di riferimento risulta dall'analisi complessiva delle disposizioni dell'art. 22, che conducono a risultati applicativi tra loro contrapposti.
La *ratio* di certezza del diritto[8] che anima la previsione del primo comma, a tutela dell'ente e della sua possibilità di operare[9], può infatti risultare completamente frustrata dalla portata applicativa dell'ultimo comma.
L'effetto interruttivo permanente della contestazione dell'illecito amministrativo, ove tempestivamente avvenuta ai sensi dell'art. 60 D.Lgs. 231/2001, determina nei fatti una sostanziale imprescrittibilità dello stesso e, invece che scongiurare il dilatarsi dei termini processuali[10], offre il fianco a «depracabili prassi dilatorie»[11].
Tale ultimo rischio, come si dirà più approfonditamente in seguito, si è dimostrato particolarmente pregnante nei casi di "dissociazione" tra l'illecito dell'ente e il reato presupposto, che si realizzano allorquando il processo penale prosegua – potenzialmente *ad libitum* – al solo fine di accertare la responsabilità amministrativa della persona giuridica per un reato invece dichiarato estinto per prescrizione.

3. L'individuazione del dies a quo del termine prescrizionale.

La disciplina di cui all'art. 22 D.Lgs. 231/2001 si dimostra bisognosa di uno sforzo ermeneutico sotto l'ulteriore profilo dell'individuazione del momento di decorrenza del termine prescrizionale.
La «data di consumazione del reato» presupposto, riportata nel primo comma della norma, nella sua

chiarezza si rivela però incapace da sola di fungere da idoneo parametro di riferimento per perculiari figure criminose, quali il delitto tentato, il reato permanente e il reato continuato.
Per ciascuna di queste ultime ipotesi appare dunque convincente operare, in chiave sussidiaria[12] e in assenza di diversa indicazione all'interno del Decreto, un richiamo alle disposizioni specifiche contenute nell'art. 158 c.p., come da ultimo modificato relativamente al reato continuato dall'art. 1, co. 1, lett. d) della L. 3/2019.
L'esercizio ermeneutico ora praticato è una delle prove della non autosufficienza della disciplina in commento che richiede, pertanto, un'integrazione in chiave interpretativa, svolta attingendo di volta in volta a schemi differenti, come in questo caso a quello penalistico.
Tuttavia, tale mancanza di completezza e linearità rischia di alimentare nella pratica casi di «sostituzione del giudice al legislatore»[13], esponendo la disciplina della prescrizione *ex* D.Lgs. 231/2001 a operazioni di integrazione dipendenti da opzioni ermeneutiche praticate a monte (e coinvolgenti in particolare il dibattuto tema della natura della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche).
Si finisce così per giustificare, sotto la copertura di diverse «etichette», il risultato pratico prediletto, come può rintracciarsi anche nell'ambito dei contrasti giurisprudenziali inerenti la disciplina delle cause interruttive.

4. La (ricostruzione della) disciplina degli atti interruttivi.

L'art. 22, co. 2 prevede, quali uniche cause interruttive della prescrizione, la richiesta di applicazione delle misure cautelari interdittive e la contestazione dell'illecito aministrativo ai sensi dell'art. 59.
Tali cause si presentano all'evidenza non totalmente coerenti[14] tra loro, anzitutto quanto agli effetti prodotti: la decorrenza di un nuovo termine di prescrizione quinquennale nel primo caso (co. 3) e, ricalcando il modello dell'art. 2945 c.c., il mancato decorso della prescrizione sino al passaggio in giudicato della sentenza nel secondo caso (co. 4).
La prima causa interruttiva si presta all'evidenza ad un utilizzo distorto: il Pubblico Ministero potrebbe presentare una richiesta di applicazione di misure cautelari, anche priva di fondamento, al solo fine di mantenersi intatta la possibilità futura di formulare una completa contestazione, essendo, in ipotesi, vicino alla scadenza del termine di prescrizione quinquennale.
Tale effetto abnorme, che ha peraltro evidenti riflessi negativi sui tempi del procedimento, risulta parzialmente mitigato[15] dal diposto dell'art. 60 del D.Lgs. 231/2001, secondo il quale la dichiarazione di estinzione del reato presupposto funge da limite massimo e invalicabile entro il quale deve procedersi alla contestazione.
Il pericolo di un eccessivo dilatarsi del tempo del processo a danno dell'ente non è invece sventato nel caso di contestazione tempestiva ai sensi dell'art. 60, che produce, appunto, un effetto interruttivo permamente.
Ne deriva che, ove il reato presupposto si prescriva una volta contestato tempestivamente l'illecito amministrativo, lo Stato abdicherà alla propria potestà punitiva nei confronti della persona fisica, ma non dell'ente[16]. Il processo penale proseguirà infatti al solo fine di accertare la responsabilità amministrativa della persona giuridica, sino alla definitività della sentenza, indipendentemente da quando ciò avverrà e "rendendo il giudice legislatore", potendo egli «decidere del tempo necessario per provare»[17] l'illecito.
Non si può non notare un'altalenanza ingiustificata della disciplina complessiva delle cause interruttive della prescrizione, risultante dalla lettura combinata degli artt. 22, 8 e 60 del D.Lgs. 231/2001.
Se infatti la contestazione dell'illecito amministrativo precede la declaratoria di prescrizione del reato presupposto, secondo il principio dell'autonomia della responsabilità degli enti, il giudice penale è obbligato ad accertare un fatto di reato che rimarrà improduttivo di effetti unicamente nei confronti del soggetto cui è addebitata la condotta.
Secondo un'inspiegabile inversione di rotta, laddove la contestazione *ex* art. 60 non sia stata tempestiva, diviene invece accettibile anche il sacrificio della punizione dell'ente e la rinuncia a quel principio di autonomia.
Il momento di produzione degli effetti delle due cause interruttive potrebbe costituire un ulteriore profilo di distinzione tra le stesse.
Se per la richiesta di applicazione di misure cautelari interdittive è pacifico trattarsi di un atto di per sé non recettizio, altrettanta chiarezza non sussiste con riguardo alla ricettizietà o meno dell'atto di contestazione dell'illecito.
Un minoritario indirizzo giurisprudenziale ritiene che la richiesta di rinvio a giudizio, per interrompere il decorso dei termini prescrizionali, debba essere «oltre che emessa» anche «notificata entro cinque anni dalla consumazione del reato presupposto»[18].
Al contrario, secondo il prevalente orientamento della Suprema Corte[19], l'atto di contestazione dell'illecito esplicherebbe un'efficacia interruttiva

«per il solo fatto della sua emissione».
È curioso notare come la prima opinione sia giustificata sulla base del rinvio della Legge delega 300/2000 alle norme civilistiche che disciplinano l'operatività dell'interruzione della prescrizione[20], mentre la seconda tesi si fondi proprio sull'opposto richiamo agli schemi penalistici previsti nei confronti dell'imputato.
Secondo l'interpretazione maggioritaria, anche nell'ambito del regime di responsabilità *ex* D.Lgs. 231/2001, l'interruzione della prescrizione sarebbe uno strumento di garanzia della pretesa punitiva dello Stato, «sicchè il regime non può che essere quello previsto per l'interruzione della prescrizione nei confronti dell'imputato»[21].
A parere della Suprema Corte, sarebbe perciò dirimente il rinvio dell'art. 59 D.Lgs. 231/2001 all'art. 405, co. 1 c.p.p. che enuclea tra gli atti di contestazione dell'illecito la richiesta di rinvio a giudizio, la cui efficacia non è subordinata alla notifica alle parti, «in assenza di ogni indicazione normativa a riguardo»[22].
La curiosità viene ancor più alimentata dalla mancanza di linearità complessiva delle posizioni della giurisprudenza prevalente.
In altra sede, come si dirà successivamente, la Corte legittima la diversità del regime della prescrizione tra procedimento a carico dell'ente e processo penale delle persone fisiche applicando un ragionamento analogico con le regole previste dalla L. 689/1981 in materia di prescrizione dell'illecito amministrativo.
Non è dato comprendere per quale ragione, nell'ambito della questione che qui interessa, tale analogia smetta di avere un'efficacia persuasiva sui giudici di legittimità e sia lasciata, per così dire, «incompleta»[23], a beneficio di un rinvio alle norme dettate nei confronti dell'imputato.
Una coerenza di argomentazioni avrebbe dovuto portare a valorizzare il disposto dell'art. 28, co. 2 L. 689/1981, secondo il quale, appunto, l'interruzione della prescrizione è regolata dalle norme del Codice Civile, che non permettono di prescindere dalla notifica al soggetto interessato.
Sulla stessa lunghezza d'onda, la giurisprudenza di legittimità ha recentemente assunto posizione sull'idoneità interruttiva *ex* art. 22 degli atti invalidi, motivando in maniera conforme a quanto già sostenuto in tema di interruzione della prescrizione del reato[24].
La dottrina[25] e la giurisprudenza maggioritaria[26] ritengono, infatti, che agli atti interruttivi della prescrizione del reato vada riconosciuta una valenza oggettiva, perché denotanti la «coltivazione giudiziaria»[27] dell'interesse dello Stato alla punizione del reato e, dunque, una capacità di conseguire lo scopo anche qualora processualmente nulli.
Non sono, però, mancate decisioni di senso opposto proprio nel contesto applicativo dell'art. 22. Una recente pronuncia di merito[28] ha dichiarato non doversi procedere (*ex* artt. 67 D.Lgs. 231/2001 e 129 c.p.p.), sulla base della nullità di entrambi i decreti di citazione a giudizio.
Il Giudice ha così ritenuto la specialità del regime della prescrizione previsto dal D.Lgs. 231/2001 rispetto a quello delineato dal Codice di Procedura Penale, secondo un'interpretazione condivisibile alla luce del particolare valore sospensivo ricollegato all'atto di contestazione dell'illecito dall'art. 22, co. 4, che richiederebbe, quanto meno, di accordare una maggior tutela all'ente.
Quanto invece agli atti menzionati dall'art. 22 affetti da un vizio di abnormità funzionale, ci si chiede se non sia ragionevole estendere agli stessi le considerazioni formulate dalla dottrina con riguardo agli atti inesistenti, rispetto ai quali si è negata la capacità interruttiva della prescrizione del reato[29].
In assenza di un arresto giurisprudenziale sul punto, si ritiene infatti che la medesima *ratio* di tutela sia applicabile anche nel caso degli atti abnormi, che rappresentano un'estrinsecazione solo astratta dell'esercizio di un legittimo potere, in quanto posti in essere al di fuori delle ipotesi e dei casi previsti.

5. Profili di dubbia compatibilità costituzionale e convenzionale.

La spiccata differenziazione della disciplina prevista dall'art. 22 del Decreto rispetto a quella dettata dall'art. 157 c.p. per le persone fisiche ha alimentato dubbi di compatibilità della stessa con alcuni diritti sanciti sia a livello costituzionale (artt. 3, 24, 41, 111 Cost.) sia a livello internazionale (artt. 6 CEDU, 14 Patto internazionale diritti civili e politici, 16 Carta di Nizza), dapprima manifestati dalla sola dottrina e, in seguito, oggetto di attenzione della Corte di Cassazione.
In primo luogo, è ipotizzabile un contrasto della disciplina in commento con il principio di uguaglianza posto dall'art. 3 della Costituzione, sotto il profilo di un'irragionevole disparità di trattamento della persona fisica, autore materiale del reato e della persona giuridica, chiamata a rispondere dell'illecito amministrativo, collegato necessariamente non solo a quel reato, ma a quella specifica persona fisica, il cui rapporto con l'ente è elemento costitutivo dell'illecito stesso, secondo quanto disposto dall'art. 5, co. 1, lett. a) e b) del D.Lgs 231/2001.
Come già evidenziato, il contrasto con il diritto

citato emerge in maniera evidente dalla lettura combinata degli artt. 22, ult. comma e 60 del D.Lgs 231/2001, che fa sì che, contestato tempestivamente l'illecito amministrativo, questo diventi nei fatti imprescrittibile per assenza di un termine finale.
A ciò si aggiunga che, in base al principio di autonomia di cui all'art. 8, potrebbe verificarsi (e, nei casi che hanno dato origine alle pronunce di legittimità di cui si dirà, si è in effetti verificata) una dissociazione tra il reato attribuito alla persona fisica, dichiarato prescritto durante il dibattimento, e l'illecito contestato all'ente, invece esposto potenzialmente *ad libitum* alla potestà punitiva dello Stato.
In particolare, la scelta del Legislatore delegante di ricalcare l'istituto della prescrizione *ex* D. Lgs. 231/2001 su schemi civilistici e non penalistici, nonostante la previsione dell'art. 35, non sembra costituzionalmente conforme alla luce del fondamento dell'istituto della prescrizione.
Quest'ultimo è da ricercare nell'incidenza del decorrere obiettivo del tempo sull'esigenza di risposta al reato: l'interesse dello Stato all'esercizio della potestà punitiva in tanto si attenua in quanto si afferma il principio di certezza del diritto, estrinsecazione del principio di libertà.
Ne deriva che una disparità di trattamento non può essere giustificata in ragione di una condizione soggettiva[30], data «la totale assimilazione tra soggetto individuale e metaindividuale con riferimento al tempo dell'oblio»[31].
Il fatto e la percezione del suo disvalore è quindi l'unico parametro di riferimento dell'attualità o meno dell'interesse all'esercizio del potere repressivo, di tal chè ne dovrebbe derivare la medesima considerazione dell'unico fatto storico dal quale discendono tanto la responsabilità della persona fisica, quanto quella dell'ente.
Peraltro, come notato da parte della dottrina, nonostante la «sconosciuta convergenza tra i due regimi di prescrizione» che, a seguito della modifica dell'art. 159 c.p. da parte della L. 3/2019, determina per entrambi «l'astratta possibilità di celebrare un processo senza fine», permane in ogni caso una «irrazionale e durevole asimmetria disciplinare»[32].
Di diverso avviso si è tuttavia mostrata la Suprema Corte, chiamata in diversi e recenti occasioni a pronunciarsi su motivi di ricorso inerenti l'illegittimità costituzionale dell'art. 22 per contrasto, tra gli altri, con l'art. 3 Cost[33].
In particolare, la violazione del principio di uguaglianza è stata esclusa sulla scorta della considerazione che «la responsabilità dell›ente si fonda su un illecito amministrativo e la circostanza che tale illecito venga accertato nel processo penale, spesso unitamente all›accertamento del reato posto in essere dalla persona fisica, non determina alcun mutamento della sua natura: il sistema di responsabilità *ex delicto* di cui al d.lgs. n. 231 è stato qualificato come *tertium genus*», «sicché non può essere ricondotto integralmente nell›ambito e nelle categorie dell›illecito penale»[34]. La differente natura dei due illeciti sembrerebbe quindi minare in radice l'irragionevolezza della disparità di trattamento, giustificando il regime derogatorio e differenziato con riferimento alla prescrizione.
Inoltre, secondo la Suprema Corte vi è una oggettiva impossibilità di totale parificazione dell'ente alla persona fisica, posto che anche sotto il profilo processuale l'art. 35 D.Lgs. 231/2001 prevede l'applicabilità all'ente delle diposizioni processuali relative all'imputato «in quanto compatibili» e che numerose sono le deroghe nel modello di responsabilità delle persone giuridiche.
Sul punto si condivide peraltro la critica dottrinale secondo la quale il Legislatore non ha saputo o voluto ancorare tale giudizio di compatibilità ad alcun parametro.
Così facendo, l'individuazione delle disposizioni del Codice di Procedura Penale applicabili anche nei confronti degli enti risulta subordinata ad una «imprecisata e indefinita "compatibilità" delle prime rispetto alla natura del processo verso gli enti collettivi»[35].
Ne deriva che il giudice penale, nell'ambito della valutazione di "adattabilità", può «esercitare il proprio potere di discernimento concludendo nel senso della sussistenza della compatibilità o non compatibilità delle singole disposizioni codicistiche rispetto al processo ex d.lgs. 231 a seconda del modello di procedimento che risulta maggiormente conforme al proprio ideale di processo»[36].
Le argomentazioni della Suprema Corte portano quindi in rilievo la questione dell'individuazione della natura giuridica dell'illecito amministrativo dipendente da reato.
La posizione formalistica della giurisprudenza di legittimità, che con il grimaldello dell'etichetta del "*tertium genus*" legittima il diverso regime della prescrizione tra reato e illecito *ex* D.Lgs. 231/2001, è ben distante dall'approccio, invece sostanzialistico, proprio della Corte EDU e da un corretto utilizzo dei criteri elaborati dalla stessa per definire il concetto di «*matière pénale*» ai sensi dell'art. 6§1[37] della Convenzione.
Nel tempo, all'interno dei noti *Engel criteria* fissati al fine di stabilire la sussistenza di un'accusa in materia penale, si è affermata la centralità dell'analisi delle funzioni (*purpose*)[38] della sanzione, sulla scorta del fatto che «tutte le sanzioni hanno

una portata afflittiva sulla posizione del singolo, ma soltanto in quelle autenticamente punitive tale effetto è voluto o necessario»[39].

Orbene, non pare dubitabile che la disciplina della responsabilità *ex* D.Lgs. 231/2001 denoti una «direzionalità primariamente punitiva»[40] e che alla stessa, in conformità con la giurisprudenza convenzionale, vada riconsciuta «natura sostanzialmente penale», come sostenuto da parte della dottrina[41] e, in alcuni casi, finanche dalla giurisprudenza di merito[42] e di legittimità (ad esempio, in materia di confisca *ex* art. 19 D.Lgs. 231/2001)[43].

Si possono infatti trarre indicatori della natura propriamente (e non anche) punitiva del sistema della responsabilità degli enti sia dall'architettura del precetto, sia dall'apparato sanzionatorio predisposto dal D.Lgs. 231/2001[44].

Quanto al primo aspetto, la costruzione del modello di imputazione della responsabilità all'ente, secondo un'inversione dell'onere probatorio a carico dello stesso, svela inequivocabilmente il privilegio accordato dal Legislatore ad una logica di rimprovero[45].

Con riguardo al secondo profilo, invece, si cita in questa sede il "*significant degree of stigma*" che deriva dall'annotazione nell'anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato (art. 31 D.P.R. 313/2002) delle sanzioni comminate a carico dell'ente.

A conferma della natura di "*criminal offense*" degli illeciti previsti dal D.Lgs.231/2001, basti poi pensare ai recenti interventi normativi (L. 24 dicembre 2019, n. 157 e D.Lgs. 14 luglio 2020, n. 75) che hanno determinato l'introduzione nel catalogo dei reati presupposto di alcune fattispecie, in attuazione dell'espressa richiesta comunitaria di prevedere sanzioni penali a carico degli enti anche per tali reati.

Con la Direttiva UE 2017/1371 (c.d. Direttiva PIF) il legislatore comunitario ha imposto agli Stati membri un vero e proprio obbligo di criminalizzazione di condotte realizzate dagli enti collettivi, richiedendo che a questi siano comminate, non solo misure afflittive «effettive, proporzionate e dissuasive», ma espressamente «sanzioni penali» (così art. 7 al § 1 della Direttiva).

Pertanto la conclusione appare obbligata: l'irragionevolezza della disparità di trattatamento non è sanabile, alla luce della medesima natura penale della responsabilità della persona fisica e di quella dell'ente.

La disciplina dettata dall'art. 22 è criticabile anche sotto il profilo del (mancato) rispetto del principio di ragionevole durata del processo (art. 111, co. 2 Cost; art. 6 CEDU; art. 14 Patto internazionale sui diritti civili e politici[46]).

Come già evidenziato, secondo un'inspiegabile inversione di tendenza rispetto alla *ratio* di certezza perseguita dal primo comma dell'art. 22 in favore dei soggetti economici, l'applicazione dell'ultima parte della norma lascia l'ente in totale balia dell'incertezza del protrarsi dei tempi processuali.

Il prevalente indirizzo della giurisprudenza di legittimità nega tuttavia la violazione del principio, sulla scorta della considerazione che la ragionevole durata del processo non implica la «semplice speditezza in funzione di un'efficienza *tout court*», ma sia il risultato di un'opzione legislativa che attua un «razionale contemperamento dell'efficienza con le garanzie»[47].

Seppur si condivida la premessa argomentativa della Suprema Corte (è innegabile che la ragionevole durata del processo non sia un'affermazione di carattere assoluto), è più difficile sposarne le conclusioni.

La fattispecie di cui all'art. 22 D.Lgs. 231/2001 attua infatti un contemperamento delle esigenze sottese all'istituto della prescrizione che risulta tutt'altro che «razionale», perché del tutto sbilanciato a favore della potestà punitiva dello Stato.

La norma in commento, piuttosto che realizzare un «contemperamento» tra la durata ragionevole del processo e il valore della completezza dell'accertamento, sembra determinare un definitivo sacrificio della prima a vantaggio del secondo: il Legislatore ha concepito «un meccanismo in cui l'estinzione dell'illecito può essere impedita – generando una tendenziale perpetuità della responsabilità dell'ente – sol che si provveda ad una contestazione tempestiva dell'illecito»[48].

Allo stesso tempo, questo "sbilanciamento" nella costruzione della disciplina della prescrizione dell'illecito amministrativo dipendente da reato sembrerebbe realizzare un'incisione indebita del diritto, convenzionale e costituzionale, all'equità del processo (artt. 6 CEDU e 111 Cost.), quale carattere di sintesi di un processo in cui è riconosciuta piena attuazione del diritto di difesa, *sub specie* di diritto alla prova.

Come sottolineato in modo condivisibile dalla dottrina, l'imprescrittibilità di fatto dell'illecito *ex* D.Lgs. 231/2001 (ove tempestivamente contestato) determina una vistosa «asimmetria»[49] di posizione tra l'ente imputato e la Pubblica Accusa, che è in genere nella possibilità di condurre le indagini a breve distanza dal fatto, scampando così alla corruzione del tempo.

Al contrario, la persona giuridica è esposta al rischio di subire un processo a distanza, con le conseguenze vistose in termini di concreto

esercizio della «possibilità di difendersi provando», da apprezzarsi in tutta la sua drasticità alla luce del contenuto dell'onere della prova *ex* art. 6 D.Lgs. 231/2001.
La probabilità di condanna dell'ente aumenta in modo direttamente proporzionale all'aumentare del tempo intercorrente tra il fatto commesso dalla persona fisica e il processo di organizzazione, che rende sempre più difficoltosa la prova liberatoria, fino a che la stessa «non divenga impossibile *tout court*, perché dispersa negli anni»[50].
Peraltro, tale considerazione appare allo stesso modo riferibile alle persone fisiche, che, infatti, godono di un termine finale della prescrizione del reato.
La compressione del diritto all'equo processo a svantaggio dell'ente risulta tanto più inaccettabile dal momento che la Corte EDU ha chiarito a più riprese che gli *standard* di tutela di cui all'art. 6 devono trovare applicazione anche con riferimento alle persone giuridiche[51], categoria coincidente con i destinatari del D.Lgs. 231/2001[52].
La Corte di Strasburgo ha, infatti, fornito un'interpretazione autentica delle disposizioni della Convenzione che alludono alla rilevanza degli enti quali titolari di diritti fondamentali, tra i quali, appunto, quello ad un processo equo.
Si osserva tuttavia che la Suprema Corte, avvertita la preoccupazione a non veder sacrificate le esigenze garantiste dell'equità processuale, ha ripetutamente affermato che, in presenza di una delaratoria di prescrizione del reato, il giudice è tenuto (*ex* art. 8, co. 1, lett. b) all'accertamento autonomo della responsabilità amministrativa della persona giuridica nel cui interesse e nel cui vantaggio l'illecito fu commesso «che, però, non può prescindere da una verifica, quantomeno incidentale, della sussistenza del fatto-reato»[53].
Per fugare i dubbi prima sollevati, si auspica che nella prassi giurisdizionale si trovi conferma delle parole della Corte, a riprova del fatto che la soluzione accolta non preclude il «compiuto accertamento» del reato presupposto: «la pronuncia di sentenza di prescrizione nei confronti degli imputati persone fisiche non produce alcun pregiudizio per l'ente, sia perchè non implica per questo alcun vincolo formale in ordine alla ricostruzione del fatto, sia perchè non esonera l'accusa dal dimostrare puntualmente l'esistenza del reato presupposto, sia perchè non impedisce all'ente di chiedere l'ammissione e produrre prove utili ad escludere o a far ragionevolmente dubitare della sussistenza del fatto di reato quale imprescindibile componente della "fattispecie complessa" da cui discende la responsabilità amministrativa»[54].
Altro profilo di potenziale incostituzionalità del regime della prescrizione dettato dal D.Lgs. 231/2001 attiene al mancato riconoscimento in capo all'ente della facoltà di rinuncia alla prescrizione, a differenza di quanto espressamente previsto dall'art. 8, co. 3 in tema di amnistia.
Si manifesta, così, il sospetto di un'indebita compressione del diritto di difesa sancito dall'art. 24 della Costituzione, atteso che l'ente «potrebbe aver uno specifico interesse ad ottenere un accertamento nel merito»[55] che diversamente potrebbe essergli spesso negato a causa del decorso del breve termine di prescrizione quinquennale in asssenza di atti interruttivi.
Non si comprende davvero perché privare l'ente di un diritto inviolabile, facendo propria la motivazione espressa dalla Corte Costituzionale in riferimento all'art.157 c.p. (nella versione antecedente la riforma del 2005). È infatti «privo di ragionevolezza rispetto a una situazione processuale improntata a discrezionalità, che quell'interesse a non più perseguire (sorto a causa di circostanze eterogenee e comunque non dominabili dalle parti) debba prevale su quello dell'imputato», così come su quello dell'ente, «con la conseguenza di privarlo di un diritto fondamentale»[56].
Né si può trascurare che l'imprescrittibilità di fatto dell'illecito amministrativo dell'ente limita in maniera considerevole il suo libero esercizio dell'attività d'impresa, costringendolo, laddove richiesto[57], a dichiarare (fino a quando?) una pendenza che lo espone a gravi danni reputazionali, nonché ad effettuare stanziamenti in bilancio, in previsione dell'ipotetica applicazione di una sanzione.
La disciplina in commento alimenta dunque dubbi di compatibilità con il principio di libertà dell'iniziativa economica di cui all'art. 41 della Costituzione, tuttavia non condivisi dalla giurisprudenza di legittimità in ragione della previsione di limiti temporali raccordati alla generale disciplina civilistica in materia di prescrizione[58].
Ad ogni modo, il profilo ora esaminato è solo l'ultima evidenza pratica dell'irragionevolezza della previsione di un regime differenziato della prescrizione del reato commesso dalla persona fisica e di quella dell'illecito amministrativo da esso dipendente. Paradossalmente una stazione appaltante accorderebbe preferenza alla società di nuova costituzione per ipotesi amministrata dalle persone fisiche che, giovandosi della declaratoria di estinzione del reato, possono esercitare senza vincoli la propria attività imprenditoriale piuttosto che all'ente, escluso dalla gara ai sensi dell'art. 80 del Codice dei Contratti Pubblici.
Le medesime considerazioni fondano anche sospetti

di contrasto della disciplina oggetto di esame con il diritto alla «Libertà di impresa» sancito dall'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e con le previsioni dell'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, a garanzia del diritto di proprietà.
Nello specifico, la Corte EDU assicura a quest'ultimo una garanzia di tipo «modale», imponendo ai poteri pubblici un vincolo di azione che li obbliga a perseguire i loro scopi legittimi nel rispetto della proporzionalità e ragionevolezza della compressione degli interessi patrimoniali dei privati[59].
Ora, lasciare esposto l'ente alle tempistiche processuali per un tempo non definito né definibile, unitamente a tutti gli svantaggi competitivi che ne derivano, è difficilmente giudicabile come ragionevole o proporzionato.

6. Possibili prospettive di riforma.

Le osservazioni fin qui proposte, senza alcuna pretesa di esaustività, rendono necessaria un'integrale riforma del sistema della prescrizione regolato dal D.Lgs. 231/2001, nell'ottica di chiarire alcuni dubbi interpretativi e superare i profili di contrarietà con i principi convenzionali e costituzionali.
Si auspica pertanto che il Legislatore, attraendo la responsabilità dell'ente nella c.d. materia penale, rimediti una disciplina espressamente riferita all'illecito amministrativo dipendente da reato sulla base di schemi di riferimento di natura penalistica.
Come già avanzato dalla dottrina[60], si sarebbe ancora in tempo a riformulare il regime prescrizionale prendendo a modello la disciplina dettata nel 2000 dal progetto di riforma del Codice Penale della Commissione Grosso. Secondo quest'ultimo infatti «i termini di prescrizione [delle sanzioni per la persona giuridica] sono identici a quelli stabiliti [...] per la persona fisica autore del reato»[61].
In conclusione, una riforma in questo senso, che muova dall'approccio sostanzialistico della Corte EDU superando quello formalistico oggi riscontrabile nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, assicurerebbe il pieno rispetto delle garanzie del giusto processo anche nei confronti dell'ente e perseguirebbe realmente l'obiettivo di deflazionare il carico processuale.

---

1 Art. 22, D.Lgs. 231/2001, rubricato «*Prescrizione*»:
«*Le sanzioni amministrative si prescrivono nel termine di cinque anni dalla data di consumazione del reato.*
Interrompono la prescrizione la richiesta di applicazione di misure cautelari interdittive e la contestazione dell'illecito amministrativo a norma dell'articolo 59.
Per effetto della interruzione inizia un nuovo periodo di prescrizione.
Se l'interruzione è avvenuta mediante la contestazione dell'illecito amministrativo dipendente da reato, la prescrizione non corre fino al momento in cui passa in giudicato la sentenza che definisce il giudizio».

2 Art. 28, L. 689/1981, rubricato «*Prescrizione*»:
«*Il diritto a riscuotere le somme dovute per le violazioni indicate dalla presente legge si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui è stata commessa la violazione.*
L'interruzione della prescrizione è regolata dalle norme del codice civile».

3 Così testualmente, Trib. Milano, g.i.p., ord., 10 luglio 2012, in *www.rivista231.it*. Si legge nella motivazione dell'ordinanza:
«L'art. 22 del D.Lgs. 231/01 prevede [...] al primo comma che "Le sanzioni amministrative si prescrivono nel termine di cinque anni dalla data di consumazione del reato" ed al secondo comma che: "Interrompono la prescrizione la richiesta di applicazione di misure cautelari interdittive e la contestazione dell'illecito amministrativo a norma dell'articolo 59". In tale ultimo caso la prescrizione "non corre sino al momento in cui passa in giudicato la sentenza che definisce il giudizio". Ad onta della infelice scelta lessicale del legislatore (che rinviene la sua genesi nell'art. 11, comma primo, lett. r) della legge delega 29 settembre 2000, n. 300), la causa estintiva attinge non solo la sanzione, ma anche l'illecito amministrativo, in quanto il riferimento alla consumazione del reato e l'indicazione di specifici atti interruttivi che precedono il processo (ovvero il meccanismo formalizzato attraverso il quale si perviene alla irrogazione della sanzione) rendono evidente come il fenomeno estintivo riguardi l'intera fattispecie di responsabilità da reato dell'ente e non già meramente le sue conseguenze sanzionatorie».
In dottrina si vedano nello stesso senso A. Bernasconi - A. Resutti - C. Fiorio, *La responsabilità degli enti*, Cedam, 2008, pp. 245 sgg.; A. Giarda - G. Spangher, *Codice di procedura penale commentato*, Ipsoa, 2010, p. 9577, ove si legge: «Le regole dettate dall'art. 60 e le regole dettate in tema di cause interruttive della prescrizione comportano cadenze temporali obbligate [...] che rendono nella sostanza uniforme il regime prescrizionale dell'illecito e della sanzione, quasi che, o forse proprio per questo, la sanzione amministrativa non sia altro che il riflesso della decadenza dalla postestà sanzionatoria. La disciplina

dettata per i tempi della contestazione comporta che la sanzione sia di fatto inapplicabile quando l'illecito sia improcedibile per difetto della contestazione in termini». Si conclude pertanto che «posto che certamente sarebbe stata preferibile una terminologia più chiara e precisa, la dottrina prevalente sembra quindi ritenere che, al di là della lettera della norma, la disciplina della prescrizione contenuta nell'art. 22 riguardi anche l'illecito».

4 Cfr. R. Lottini, in G. Garuti (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Cedam, 2002, pp. 176 sgg.

5 *Rectius*: la sospensione del termine fino al passaggio in giudicato della sentenza, il che equivale "sostanzialmente" all'imprescrittibilità dell'illecito.

6 Denota la costruzione del regime della prescrizione *ex* D.Lgs. 231/2001 secondo schemi non penalistici, G. Amarelli, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 151.

7 Cfr. A. Giarda - G. Spangher, *cit.*, pp. 9576 sgg.

8 Si vedano sul punto A. Bassi e T. E. Eoidendio, *Enti e responsabilità da reato*, Giuffrè, 2006, p. 591.

9 Si veda sul punto A. Alessandri, *La riforma dei reati societari: alcune considerazioni provvisorie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 993, il quale sottolinea che «l'economia non tollera incertezze che permangono nel tempo».

10 Manifesta il rischio di un'eccessiva dilazione dei tempi prescrizionali, G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Giuffrè, 2005, p. 218.

11 Testualmente, Relazione allo schema del decreto legislativo 8 giugno 2011, n. 231, ove si sollevavano osservazioni critiche, poi risultate fondate nella prassi. Si legge, tuttavia, nelle Relazione: «La scelta, invero, non pare delle più felici, visto che il rinvio ad una regolamentazione di stampo civilistico rischia di dilatare eccessivamente il tempo di prescrizione dell'illecito amministrativo dell'ente, potendo persino favorire deprecabili prassi dilatorie, specie nei casi in cui si proceda separatamente nei confronti dell'ente. Tuttavia, non sembra possibile effettuare interventi di ortodossia, che rischierebbero fatalmente di esporsi alla censura di essere in contrasto con la volontà del legislatore delegante».

12 Di questa opinione, A. Giarda - G. Spangher, *cit.*, pp. 9577 sgg.

13 Cfr. C. Santoriello, *"Torsioni" interpretative della giurisprudenza nella ricostruzione della disciplina in tema di processo agli enti collettivi ovvero dal rimando alla disciplina del codice di procedura penale alla ricostruzione di un processo a la carte*, in *Arch. Pen.*, 2019, 1, pp. 4 sgg. Si veda più approfonditamente sul punto il par. 5.

14 A. Salvatore, *L'interruzione della prescrizione nel sistema del d.lgs. 231/2001*, in R*esp. amm. soc. enti*, 2009, 2, p. 130.

15 L. Pistorelli, *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare nel procedimento per l'accertamento della responsabilità degli enti giuridici da reato*, in AAVV *La responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 8 giugno 2001, n.231)*, Ipsoa, 2002, p. 315.

16 Sulla ragionevolezza di tale disparità di trattamento si tornerà più approfonditamente nel par. 5.

17 In questi termini C. Beccaria, che ha enunciato un principio cardine del diritto penale: «Le leggi devono fissare un certo spazio di tempo, sì alla difesa del reo che alle prove de' delitti, e il giudice diverrebbe legislatore se egli dovesse decidere del tempo necessario per provare un delitto. Parimenti, quei delitti atroci, dei quali lunga resta la memoria negli uomini, quando sieno provati, non meritano alcuna prescrizione in favore del reo che si è sottratto colla fuga; ma i delitti minori ed oscuri devono togliere colla prescrizione l'incertezza della sorte di un cittadino, perché l'oscurità in cui sono stati involti per lungo tempo i delitti toglie l'esempio dell'impunità, rimane intanto il potere al reo di divenire migliore» (Dei delitti e delle pene, Firenze, 1764, cap. XXX, p. 80).

18 Così, Cass. Pen., Sez. VI, 12 febbraio 2015, n. 18257, rv. 263171.

19 Cass. Pen., Sez. II, 15 dicembre 2011, n. 10822, rv. 256705; Cass. Pen., Sez V, 22 settembre 2015, n. 265588, in *Mass. Uff.*; Cass. Pen., Sez. II, 20 giugno 2018, n. 41012, rv. 27408304; Cass. Pen., Sez. III, 1° ottobre 2019, n. 1432; Cass. Pen., Sez. VI, 14 febbraio 2019 (ud. 13 settembre 2018), n. 7123, in www.rivista231.it; Cass. Pen., Sez. VI, 16 aprile 2020, n. 12278.

20 Secondo l'art. 2943 c.c. l'effetto dell'interruzione si ottiene con la portata a conoscenza dell'atto nei confronti del debitore ed in particolare con la notifica degli atti processuali.

Nella motivazione dell'arresto giurisprudenziale sopra indicato (Cass. Pen., Sez. VI, 12 febbraio 2015, n. 18257, rv. 263171) si evidenzia altresì che le disposizioni dell'art. 22 del Decreto sono conformi alla previsione di cui art.11, co.1, lett r) della Legge delega 300/2000, «disciplinando la prescrizione in modo diverso rispetto alla prescrizione penale – del resto, se non vi fosse ottemperanza alla previsione della applicabilità della disciplina del codice civile scatterebbero le conseguenze della contrarietà alla legge delega».

21 Motiva in questi termini, Cass. Pen., Sez. IV, 9 aprile 2019, n. 30634, rv. 276343-01.

22 Testualmente, Cass. Pen., Sez. II, 20 giugno 2018, n. 41012, rv. 27408304: «Il richiamo che la legge delega effettua alle norme del codice civile non consente di trasformare la richiesta di rinvio a giudizio in un atto recettizio, in assenza di ogni indicazione normativa al riguardo; del pari, non è consentito interpolare la norma riconducendo, come proposto dal ricorrente, l'effetto interruttivo alla notifica dell'avviso di udienza, ovvero ad un atto a cui la legge non riconosce tale effetto».

23 Cfr., C. Santoriello, *Note minime in tema di prescrizione della responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Giurisprudenza penale web*, 2018, 10, p. 4. L'Autore, commentando la decisione Cass. Pen., Sez. II, 20 giugno 2018, n. 41012, rv. 27408304,

evidenzia che la stessa Corte riconosce in modo espresso che secondo il Legislatore delegante la disciplina dell'interruzione della prescrizione nell'ambito del sistema del D.Lgs. 231/2001 dovesse seguire le cadenze previste per l'analogo istituto dal codice civile. A parere dell'Autore, dunque, la circostanza che il D.Lgs. adottato in esecuzione della legge delega «si sia discostato dalle indicazioni di questa ed abbia individuato nell'atto interruttivo della prescrizione l'emissione della richiesta di rinvio a giudizio senza attribuire rilievo alla circostanza che la stessa sia stata o meno notificata all'indagato, piuttosto che indurre all'adozione di soluzioni come quella assunta dalla sentenza avrebbe dovuto presumibilmente condurre a una denunzia di incostituzionalità della disciplina in oggetto per violazione della legge delega».

24 Il riferimento è a Cass. Pen., Sez. IV, 9 aprile 2019, n. 30634, rv. 276343-01 e nello stesso senso Cass. Pen., Sez. II, 20 giugno 2018, n. 41012, rv. 27408304.

25 Per tutti M. Romano – G. Grasso – T. Padovani, *sub Art. 160*, in *Commentario sistematico del Codice Penale*, Giuffrè, 2011, vol. III, p. 111.

26 Si vedano Cass. Pen., Sez. V, 9 dicembre1998, n. 1387, rv. 212435; Cass. Pen., Sez. IV, 19 aprile 1996, n. 5020, rv. 205223; Cass. Pen., Sez. III, 24 ottobre 2007, n. 43836, rv. 238294.

27 Cfr. M. Romano – G. Grasso – T. Padovani, *cit.*, ove si legge che «anche l'atto nullo segnala l'unico fattore rilevante ai fini dell'interruzione, dato dalla "coltivazione" giudiziaria dell'interesse alla punizione del reato».

28 Si fa riferimento alla sentenza del Tribunale di Ferrara, 13 marzo 2018, n. 362, R.G. DIB. n. 1522/2017 e R.G.N.R. n. 35/2014.

La decisione sembra aver condiviso le ragioni della difesa, secondo la quale l'art. 160 c.p. fa discendere l'interruzione della prescrizione del reato dalla mera emissione di specifici atti processuali, mentre l'art. 22 individua, come atto interruttivo, la contestazione dell'illecito amministrativo «a norma dell'art. 59», secondo una precisazione che non può essere considerata casuale, ma determinante la necessità che l'atto sia dotato di tutti i requisiti *ivi* contemplati, per potersi parlare formalmente di contestazione.

29 Così M. Romano – G. Grasso – T. Padovani, *cit.*, ove si fa riferimento agli atti non provenienti dall'autorità giudiziaria o che non consentano neppure l'individuazione della persona o del reato cui si riferiscono.

30 Si veda in dottrina E. Scaroina, *La societas al cospetto del tempo: il regime della prescrizione dell'illecito amministrativo dipendente da reato nel D.Lgs. n. 231 del 2001*, in *Cassazione penale*, 2013, 5. Si dubita della «correttezza dell'opzione rispetto al principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost., rilevando come comune all'illecito e al reato sia la connotazione oggettiva [dell'istituto della prescrizione] che collega al decorso del tempo parametrato alla gravità del fatto (e non alla situazione soggettiva del reo) il venir meno dell'interesse alla punizione». Nello stesso senso, R. Lottini, *op.cit.*

31 Cfr. U. Dinacci, *La prescrizione dell'illecito dell'ente: alla ricerca di una lettura ragionevole tra inquadramenti sistematici, dato positivo e limiti costituzionali*, in *Arch. pen.*, 2, pp. 31 sgg. A parere dell'Autore, data la «totale assimilazione tra soggetto individuale e metaindividuale con riferimento al tempo dell'oblio», è «difficile comprendere il motivo per cui, fin dall'entrata in vigore del Decreto 231, sia stato attribuito un valore giuridico tanto diverso agli effetti derivanti dal semplice decorrere di un intervallo temporale».

32 U. Dinacci, *cit.*, secondo l'Autore infatti «per i soggetti metaindividuali il temibile effetto "interruttivo" deriva dalla contestazione dell'illecito ai sensi dell'art. 59, *id est* dalla richiesta di rinvio a giudizio o altro atto equipollente di instaurazione del processo, per le persone fisiche tale effetto si produce successivamente con la pronuncia della sentenza di primo grado, sia di condanna che di assoluzione, laddove invece la mera richiesta di rinvio a giudizio interrompe la prescrizione secondo le regole "classiche" dettate dagli artt. 160-161 c.p. Sul punto, pare dunque innegabile, nonostante il riavvicinamento dovuto alla c.d. Riforma Bonafede, una irrazionale e durevole asimmetria disciplinare». Nello stesso senso si veda, T. Guerini, *Affinità e divergenze tra prescrizione del reato e prescrizione dell'illecito amministrativo dell'ente*, in *Riv. 231*, 2019, 1, pp. 25 sgg.

33 Cass. Pen., Sez. VI, 10 novembre 2015, n. 28299, rv. 267047. Nello stesso senso: Cass. Pen., Sez. II, 27 settembre 2016, n. 52316, rv. 268961; Cass. Pen., Sez. III, 18 maggio 2017, n. 56264, in *CED Cass. pen.*, 2018; Cass. Pen., Sez. VI, 22 giugno 2017, n. 41768, rv. 271280; Cass. Pen., Sez. IV, 4 maggio 2018, n. 31641, rv. 273085; Cass. Pen., Sez. II, 20 giugno 2019, n. 27542 in www.rivista231.it; Cass. Pen., Sez. VI, 15 gennaio 2020, n. 12278, rv. 278755-03; Cass. Pen., Sez. VI, 7 aprile 2020, n. 11626, in www.rivista231.it. Già in precedenza la giurisprudenza di merito aveva espresso i medesimi principi, sul punto si veda, ad esempio, Trib. Bari, sez. II, ord., 20 febbraio 2012, in www.rivista231.it.

34 Si legge altresì nella citata sentenza: «E' evidente che in questa materia il legislatore ha attuato una differenziazione del regime di prescrizione avendo ben presente le ragioni, consistenti nella diversità tra illecito amministrativo, fondante la responsabilità delle persone giuridiche, e reato e, conseguentemente, adeguando la disciplina della prescrizione riferita all'ente al regime già previsto dalla legge generale sulla depenalizzazione del 1981 per l'illecito punitivo amministrativo».

35 Cfr. C. Santoriello, *"Torsioni" interpretative della giurisprudenza nella ricostruzione della disciplina in tema di processo agli enti collettivi ovvero dal rimando alla disciplina del codice di procedura penale alla ricostruzione di un processo a la carte*, *cit.*, pp. 4 sgg.. L'Autore conclude nel senso che la ricostruzione delle ragioni legittimanti una divergente regolamentazione dell'istituto della prescrizione nell'ambito del procedimento contro le persone giuridiche rispetto al regime in sede di processo penale nei confronti di persone fisiche, elaborata dalla giurisprudenza di legittimità che ha ritenuto manifestamente infondate

le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 22 per contrasto con l'art. 3 Cost., costituisce «un nuovo caso di sostituzione del giudice al legislatore».

36 *Ibid.*

37 Si fa riferimento ai consolidati «Criteri Engel», definiti dalla Corte di Strasburgo nella *Decisione della Grande Camera nella causa Engel e altri c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, § 82, serie A n. 22. Secondo la Corte, «al fine di stabilire la sussistenza di una «accusa in materia penale», è necessario considerare tre criteri: la qualificazione giuridica della misura in causa all'interno diritto nazionale, la natura stessa di quest'ultima, nonchè la natura e il grado di severità della «sanzione»». Gli stessi criteri sono poi stati ribaditi, tra le altre, da Corte EDU, 4 marzo 2014 - *Ricorso n. 18640/10 - Grande Stevens e altri c. Italia.*

38 Così V. Manes, *Profili e confini dell'illecito parapenale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 3, pp. 988 sgg. Secondo l'Autore «l'autentica "svolta radicale" nella giurisprudenza di Strasburgo sembra doversi attribuire alla sentenza Öztürk, poiché […] si affermava chiaramente la centralità dell'analisi delle funzioni (*purpose*), con una scelta di campo chiaramente confermata nella successiva sentenza Jussila in materia di sanzioni amministrative tributarie». Cfr. Corte EDU, Pelanaria, 21 febbraio 1984, Öztürk c. Germania e Grande Camera, 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia.*

39 *Ibid.*

40 *Ibid.*

41 Si vedano tra gli altri, V. Manes, *cit.*; M. A. Bartolucci, *L'art. 8 d.lgs. 231/2001 nel triangolo di Penrose*, in www.penalecontemporaneo.it, 2017, 4.

42 Si veda, Trib. Torino, I sez. pen., 10 gennaio 2013, in *Diritto penale contemporaneo,* www.penalecontemporaneo.it, 2013, ove si legge: «la responsabilità degli enti prevista dal d.lgs. 231/2001 ha natura penale, sulla scorta di quanto sostenuto dalla dottrina maggioritaria e di quanto ricavabile dai principi espressi dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo circa la natura giuridica delle sanzioni e degli illeciti per i quali sono comminate». E ciò dal momento che «la Corte di Strasburgo (le cui sentenze integrano, come è noto, il diritto vivente che promana dalla CEDU) ha […] più volte ribadito che, per qualificare come "penale" una disciplina, non si deve adottare una visione formale e puramente "nominalistica", bensì si deve guardare agli effetti sostanziali che essa produce, ponendo l'accento su alcuni indicatori quali: la natura e lo scopo delle sanzioni adottate, la afflittività, le modalità di esecuzione, nonché la qualificazione giuridica scelta dall'ordinamento interno e le modalità di comminazione della stessa».

43 Cass. Pen., SS.UU., 27 marzo 2008, n. 26654, rv. 239922.

44 Sul punto M. A. Bartolucci, *cit.*, pp. 6 sgg. propone alcune «disincantate riflessioni» sull'applicazione dei "Criteri Engel" alla materia della responsabilità amministrativa dipendente da reato. In relazione al primo criterio (la qualificazione del fatto o della sanzione nel diritto interno), l'Autore nota che «benché nominalmente la sanzione sia amministrativa, la circostanza che essa sia proporzionata (per quote) al trasgressore, è un primo indice di contraddizione: la sanzione amministrativa, infatti, tendenzialmente non conosce criteri diversi dall'astrattezza, per fini general-preventivi di controllo sociale». Con riferimento al secondo criterio (la natura dell'infrazione o dell'illecito), si osserva che «a fronte della locuzione "responsabilità amministrativa", il d.lgs. 231/2001 ha invero un ambito di applicabilità in sostanza onnicomprensivo e per l'accertamento dei fatti segue le regole – di maggior garanzia – della procedura penale». Infine, in relazione all'ultimo criterio (la natura e la gravità della sanzione che può essere applicata al trasgressore), l'Autore sottolinea come «la sanzione ex art. 9 co. 2 lett. a) d.lgs. 231/2001, vale a dire l'interdizione dall'esercizio dell'attività somigli ad una 'pena di morte' per l'ente e, conseguentemente, attiri il perimetro della responsabilità delle companies nell'alveo del diritto penale». Di conseguenza sarebbe «davvero complesso ipotizzare che gli illeciti previsti dal d.lgs. 231/2001 non siano da considerare criminal offense, al fine di evitare un insanabile contrasto con i principi di diritto sovranazionali».

45 Di quest'avviso, V. Manes, *cit.*, il quale avverte che, se il confine tra diverse finalità risulta in molti ambiti incerto, «non vi è alcun dubbio che una porzione significativa delle sanzioni amministrative presentino una marcata finalità punitiva, del tutto omogenea a quella delle sanzioni penali: e tra queste […] quelle previste per gli enti nel d.lgs. n. 231 del 2001».
Nel caso di compresenza tra finalità diverse, continua l'Autore, «l'"afflittività punitiva" dovrebbe essere riconosciuta ove una quota del carico sanzionatorio si possa spiegare solo in una logica di rimprovero, qualificato da un "significant degree of stigma"», misurabile in base all'incidenza su beni personalissimi tra i quali figurano, non solo la libertà personale, «ma anche onore e reputazione». Infine, si segnala che «la "preminente natura punitiva" — che attrae l'illecito/sanzione verso i connotati minimali del "penale" — può, ovviamente, prendere anche le forme di una incisione patrimoniale».

46 Art.14, par. 3 lett. c): «*Ogni individuo accusato di un reato ha diritto, in posizione di piena eguaglianza, come minimo alle seguenti garanzie: (…) ad essere giudicato senza ingiustificato ritardo*».

47 Si legge nella motivazione di Cass. Pen., Sez. VI, 10 novembre 2015, n. 28299, rv. 267047: «Il legislatore ha realizzato un bilanciamento tra le esigenze di durata ragionevole del processo, soprattutto nel prevedere un termine breve di prescrizione, e le esigenze di garanzia, corrispondenti nella specie al valore della completezza dell'accertamento giurisdizionale riferito ad una fattispecie complessa come quella relativa all'illecito amministrativo dell'ente. L'effetto di un tale bilanciamento risiede nella tendenziale riduzione del rischio di prescrizione una volta che, esercitata l'azione penale, si instauri il giudizio, con il

contrappeso rappresentato dalla ridotta durata del termine di prescrizione, fissato per tutti gli illeciti in cinque anni, termine sensibilmente più breve rispetto a quanto previsto dal codice penale».
Propongono le medime argomentazioni, Cass. Pen., Sez. II, 27 settembre 2016, n. 52316, rv. 268961; Cass. Pen., Sez. III, 18 maggio 2017, n. 56264, in *CED Cass. pen.*, 2018; Cass. Pen., Sez. VI, 22 giugno 2017, n. 41768, rv. 271280; Cass. Pen., Sez. IV, 4 maggio 2018, n. 31641, rv. 273085; Cass. Pen., Sez. II, 20 giugno 2019, n. 27542 in www.rivista231.it; Cass. Pen., Sez. VI, 15 gennaio 2020, n. 12278, rv. 278755-03; Cass. Pen., Sez. VI, 7 aprile 2020, n. 11626, in www.rivista231.it.

48 F. Consulich, *L'ente alla Corte. Il D.lgs. 231/2001 al banco di prova delle carte dei diritti*, in *La responsabilità amministrativa degli enti*, 2019, 4, p. 29.

49 *Id.*, p. 30 e E. Scaroina, *cit.*, p. 2199 e pp. 2126 sgg.

50 F. Consulich, *cit.*, p. 30.

51 Nella decisione *Menarini Diagnostic s.r.l. vs Italia* (Corte EDU, II, 27 settembre 2011), la Corte EDU ha infatti affermato che il diritto a un equo processo spetta anche all'ente, il quale può dolersi della violazione da parte dello Stato delle garanzie *ex* art. 6 CEDU.
In dottrina si veda sul punto M.A. Bartolucci, *cit.*. Secondo l'Autore un «elemento a sostegno dell'applicabilità della Cedu agli enti è dato dall'art. 41, che prevede che "se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli (…) accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa"». Di talché, secondo la distinzione elaborata dalla giurisprudenza civile interna in tema di danni patrimoniali e non patrimoniali, «la Corte Edu ha riconosciuto anche questi ultimi alla persona giuridica». Cfr. Corte EDU, *Unión Alimentaria Sanders S.A. c. Spagna*, 7 luglio 1989; Corte EDU, *Sovtranavto Holding c. Ucraina*, 2 ottobre 2003.

52 Cfr. F. Consulich, *cit.*,p. 25. L'Autore, a commento delle decisioni della Corte EDU che hanno fornito l'interpretazione autentica dell'art. 34 CEDU, nella parte in cui si riferisce a ricorsi che possono essere presentati anche da organizzazioni non governative che assumano di essere state vittime di una violazione della Convenzione o dei protocolli, nota come sia «evidente la coincidenza, o comunque la sovrapposizione parziale, tra questa categoria di soggetti collettivi e i destinatari del d.lgs. 231/01, come descritti all'art. 1, comma 2».

53 In questi termini Cass. Pen., Sez. II, 27 settembre 2016, n. 52316, rv. 268961 e nello stesso senso: Cass. Pen., Sez. IV, 18 aprile 2018, n. 22468, rv. 273399; Cass. Pen., Sez. VI, 7 aprile 2020 (ud. 11 febbraio 2020) n. 11626, in www.rivista231.it.
Da ultimo ha ribadito il principio, Cass. Pen., Sez. VI, 9 ottobre 2020, n. 28210, in www.rivista231.it, sottolinenando altresì «l'inderogabile necessità della corretta qualificazione giuridica del reato presupposto», anche laddove, nel giudizio riguardante la persona fisica, il reato sia già stato dichiarato estinto per prescrizione.

54 Cass. Pen., Sez. VI, 22 giugno 2017, n. 41768, rv. 271280. In dottrina è allineato alle conclusioni della Suprema Corte. G. De Falco, *L'imprescrittibilità dell'illecito a carico dell'ente come 'antidoto' alla facilità di prescrizione del reato*, in *Riv. 231*, 2017, 2, pp. 259 sgg., secono il quale: «è indubbio […] che proprio la possibilità di pervenire comunque ad un accertamento definitivo circa la posizione dell'ente, pure nei casi di prescrizione del reato, deve motivare l'organo inquirente a porre la più completa e minuziosa attenzione investigativa anche al tema della responsabilità dell'ente, e dunque ai diversi profili che in proposito rilevano (interesse e vantaggio dell'ente, rapporto tra lo stesso e i soggetti che hanno agito, esistenza ed efficacia del modello di organizzazione e gestione)».

55 Cfr. U. Dinacci, *cit.*, pp. 36 sgg. L'Autore osserva peraltro che la lacuna segnalata non richiede l'intervento della Corte Costituzionale, ben potendo essere colmata in via interpretativa, «muovendo dal presupposto di essere al cospetto di una responsabilità autenticamente penale in cui la posizione dell'ente imputato deve essere conseguentemente assimilata a quella della persona fisica, così estendendone i medesimi diritti e garanzie», eventualmente «facendo leva sull'art. 35», atteso che l'esercizio del diritto di rinunciare alla prescrizione si sostanzia in un atto processuale.

56 C. Cost., 31 maggio 1990, n. 275, in *Foro it.*, 1992, I, 604. In dottrina, si veda R. Lottini, *cit.*, pp. 179 sgg., secondo il quale dovrebbero valere anche per l'ente le considerazioni svolte dalla Corte Costituzionale con riferimento alla persona fisica.

57 Si pensi alle diverse normative regolanti i rapporti degli enti con la Pubblica Amministrazione, che impongono agli stessi obblighi dichiarativi, ad esempio, nell'ambito delle procedure d'appalto.

58 Cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 22 giugno 2017, n. 41768, rv. 271280.

59 In questo senso, Corte EDU, *G.i.e.m. e altri vs Italia*, 28 giugno 2018.

60 Si veda G. Amarelli, *cit.*, p. 151.

61 Così art. 125, co. 2 del Progetto di riforma, rubricato «Sanzioni per la persona giuridica».

32 Interesse e colpa di organizzazione dell'ente: il punto di vista dell'Osservatorio D. Lgs. 231/2001 dell'Unione delle Camere Penali Italiane.

di Osservatorio D. Lgs. 231/2001 dell'Unione delle Camere Penali Italiane

Abstract

L'analisi e le riflessioni che seguono rappresentano una frazione del dibattito che si è sviluppato nell'Osservatorio d.lgs. 231/01 dell'Unione delle Camere Penali Italiane, che conta 26 componenti, variamente distribuiti sul territorio nazionale e variamente impegnati sul tema della responsabilità penale dell'ente come avvocati e nell'accademia. Le esperienze personali sono state guidate dal Delegato di Giunta a una lettura delle numerose problematiche orientata al realismo del ruolo difensivo e alla ricognizione rigorosa dei perimetri costituzionali entro cui articolarne l'esegesi e definirne le coordinate di auspicabile revisione del dettato normativo. Quindi, il razionale metodologico intende rispettare la dote disciplinare del punto di osservazione, ma è parso anche strategico per considerare il dilagante fenomeno di espansione da parte della giustizia penale in ogni ambito del mondo dell'economia in generale e dell'impresa in particolare. Dunque, se in questa sede non si esprimono giudizi di valore sulla scelta, peraltro largamente condivisa negli ordinamenti internazionali, di attrarre l'ente nell'orbita del diritto penale, altresì si considera il moderno talento, particolarmente italico, di raccontare prima e praticare poi una giustizia penale ispirata da clamori eticizzanti, che troppo spesso dissimulano pericolosi sconfinamenti della giurisdizione. Perciò, l'ente può essere chiamato a difendersi come indagato o imputato, ma la parificazione con la persona fisica non può consumarsi sul piano nominale: per converso, essa deve dirigere la ricerca, anche per l'incolpato apparentemente figurativo, delle garanzie che segnano – o dovrebbero segnare – il progresso del diritto penale liberale per l'individuo. Il percorso è complesso e l'enucleazione dei concetti di interesse e di colpa di organizzazione rappresenta l'indispensabile premessa di raccordo tra la condotta e l'istanza punitiva.

The following analysis and reflections represent a fraction of the debate developed in the Osservatorio d.lgs. 231/01 of the Unione delle Camere Penali Italiane. The Osservatorio consists of 26 members, variously distributed throughout the national territory and variously engaged on the issue of the criminal liability of the company, as lawyers or academics. Personal experiences were guided by the Delegato di Giunta to examine numerous issues, oriented towards the realism of the defensive role and the rigorous recognition of the constitutional perimeters within which to articulate the exegesis of the research and define the coordinates for the desirable revision of the legislative dictate. Therefore, the methodological rationale intends to respect the disciplinary dowry of the point of view, but it also seemed strategic in order to consider the rampant phenomenon of criminal justice's expansion in every area of the economy in general and of the business specifically. Hence, if no value judgments are expressed here on the choice, widely shared in international legal systems, to attract the company into the orbit of criminal law, it is instead addressed the modern talent, particularly Italian, to first tell and then practice a criminal justice inspired by eticizzant clamors, which all too often conceal dangerous trespasses of jurisdiction. Therefore, the company can be called to defend itself as a suspect or accused, but the equalization with the natural person cannot be consummated on a nominal level: it must direct the search, even for the apparently figurative accused, of the guarantees that mark – or should mark – the progress of the individual's liberal criminal law. The process is complex and the enucleation of the concepts of interest and organizational fault represents the indispensable premise of connection between the conduct and the punitive instance.

Sommario

1. Il cortocircuito dell'ente indifeso e indifendibile. – **2.** La differente esegesi del concetto di colpa di organizzazione quale possibile rimedio al cortocircuito dell'ente indifeso e indifendibile. – **3.** La precisa collocazione della colpa di organizzazione all'interno della struttura costitutiva dell'illecito proprio dell'ente mediante la rivalutazione del concetto di interesse. – **4.** Un primo bilancio in tema di colpa di organizzazione e di interesse dell'ente. – **5.** Conclusioni.

1. Il cortocircuito dell'ente indifeso e indifendibile.

Il rimprovero che l'ordinamento muove all'ente tratto a processo risiede nella colpa di organizzazione, per la cui integrazione sembra sufficiente, secondo la giurisprudenza di legittimità, l'omessa adozione o l'inefficace attuazione di un formale Modello idoneo a prevenire rischi-reato della specie di quello verificatosi. In tale senso, è dato leggersi, nella giurisprudenza di legittimità, asserzioni variamente declinate, ma essenzialmente gemelle. *Ex plurimis*: «gli accorgimenti vanno consacrati in un documento, un modello che individua i rischi e delinea le misure atte a contrastarli. Non ottemperare a tale obbligo fonda il rimprovero, la colpa di organizzazione»[1].

Nondimeno, non adottare un formale Modello descrive una scelta legittima e così anche adottare un Modello che, a valle di una valutazione del rischio operata conformemente ai metodi raccomandati dagli *standard* di riferimento, scientemente non prenda in considerazione e, quindi, non gestisca lo specifico rischio-reato però oggetto di incolpazione. Sul punto, possono apprezzarsi molteplici arresti, in grandi linee della giurisprudenza di merito. *Ex plurimis*: «l'adozione di un modello organizzativo idoneo a prevenire il reato [...] non è un obbligo per gli enti, sanzionabile in caso di omissione con la loro responsabilità amministrativa [...]. Dunque la sua pacifica assenza [...] non può di per sé essere addebitata all'ente per costituire la ragione unica della sua responsabilità»[2]. Di avviso contrario sembrano reperirsi solamente isolate e infrequenti pronunce di merito, secondo cui «l'adozione del modello organizzativo e di gestione è tendenzialmente obbligatoria, dal momento che – alla luce della [...] riforma del diritto societario – si configura nell'ambito di ogni società un esplicito dovere di adozione di misure idonee a prevenire il compimento di reati-presupposto ed a scongiurare la insorgenza della responabilità da reato dell'ente»[3].

Di qui, una singolarità sistemica tra le più sorprendenti. Data l'impostazione assunta in alcuni orientamenti della giurisprudenza di legittimità, di cui si è accennato in avvio di contributo, consegue che l'ente che legittimamente abbia scelto di non adottare un formale Modello o abbia adottato un Modello che, a esito di una valutazione del rischio condotta in conformità ai criteri prescritti dagli *standard* di settore, motivatamente non prenda in considerazione e, dunque, non gestisca il particolare rischio-reato poi oggetto di incolpazione potrebbe fondatamente dirsi destinato a una condanna sostanzialmente applicabile di *default*.

Il risultato, che fa, così, da cassa di risonanza a cortocircuiti di non poco momento che storicamente affliggono, in misura diffusa e pressocché stabile, la fase attuativo-giudiziale della disciplina in argomento, rischia di entare visibilmente in contrasto con taluni principi costituzionali cardine che amministrano il procedimento penale italiano. Sul punto, la dottrina più acuta non ha, infatti, mancato di denunciare che, se si accede a tali orientamenti, «a dispetto del principio di responsabilità personale, l'ente risponde per il fatto altrui, indipendentemente da qualsiasi colpa organizzativa», secondo paradigmi tipici della responsabilità oggettiva, che appaiono «in palese contrasto con il fondamentale principio della responsabilità per fatto proprio (art. 27, comma 1, Cost.)»[4]. A ciò si associano, da un lato, una difesa che, anziché essere «diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento» (art. 24, comma 2, Cost.), sembra essere, nei casi in questione, di fatto azzoppata, se non addirittura annullata, e, dall'altro lato, un processo che, lungi dallo svolgersi «in condizioni di parità» tra le parti (art. 111, comma 2, Cost.), sembra assumere, nei casi in esame, tratti para-inquisitori.

Ciocchè, peraltro, sembra porsi in netto contrasto con la volontà stessa del legislatore delegato nella sua più riposta essenza. Infatti, quest'ultimo, prescindendo «dalle astratte "etichette" giuridiche», ha, viceversa, inteso dare voce all'«esigenza, fortemente avvertita, di creare un sistema che, per la sua evidente affinità con il diritto penale, di cui condivide la stessa caratterizzazione afflittiva, si dimostri rispettoso dei principi che informano il secondo: primo tra tutti [...] la colpevolezza»[5]. Del pari, sotto il profilo delle garanzie processuali, il legislatore delegato ha ribadito che «la natura penale-amministrativa degli illeciti dell'ente, documentata dall'applicabilità di penetranti sanzioni interdittive derivate dall'armamentario penalistico e dalla stessa vicinanza con il fatto-reato, rende necessario prefigurare un sistema di garanzie molto più efficace rispetto a quello, per vero scarno, della legge 689». Di conseguenza, ha deciso di «equiparare sostanzialmente l'ente all'imputato, così da metterlo nella condizione di poter fruire di tutte le garanzie che spettano a quest'ultimo»[6]. Sulla scorta di tale impostazione, ha, perciò, confermato, ad esempio, che «anche la materia dell'illecito penale-amministrativo è assoggettata al dettato costituzionale dell'art. 27»[7]. Si tratta di un'impostazione avallata anche dalle Sezione Unite della Corte di Cassazione nel momento in cui, proprio prendendo posizione sulla natura della responsabilità di cui al d.lgs. 231/01, hanno osservato come «il complesso normativo in

esame sia parte del più ampio e variegato sistema punitivo; e che abbia evidenti ragioni di contiguità con l'ordinamento penale per via, soprattutto, della connessione con la commissione di un reato, che ne costituisce il primo presupposto, della severità dell'apparato sanzionatorio, delle modalità processuali del suo accertamento. Sicchè, quale che sia l'etichetta che si voglia imporre su tale assetto normativo, è dunque doveroso interrogarsi sulla compatibilità della disciplina legale con i principi costituzionali dell'ordinamento penale»[8].

2. La differente esegesi del concetto di colpa di organizzazione quale possibile rimedio al cortocircuito dell'ente indifeso e indifendibile.

Un possibile rimedio al cortocircuito segnalato nel capitolo che precede può rintracciarsi nella differente esegesi del concetto di colpa di organizzazione.

Anzitutto, occorre assumere una diversa prospettiva pluralista in ordine alla definizione della struttura analitica e all'inquadramento dogmatico dell'illecito proprio dell'ente. L'illecito dell'ente è dogmaticamente riconducibile allo schema del reato omissivo proprio colposo o di quello di agevolazione[9]. Inoltre, l'illecito è corredato di un'autonomia strutturale e, quindi, configurerebbe una «fattispecie complessa», rispetto alla quale il reato-presupposto «sarebbe solo uno degli elementi che formano l'illecito da cui deriva la responsabilità dell'ente [...] accanto alla qualifica soggettiva della persona fisica e alla sussistenza dell'interesse o del vantaggio. [...] Solo in presenza di tali elementi la responsabilità si estende dall'individuo all'ente collettivo, in presenza cioè di criteri di collegamento teleologico dell'azione del primo all'interesse o al vantaggio dell'altro, che risponde autonomamente dell'illecito "amministrativo". Ne deriva che tale illecito non si identifica con il reato commesso dalla persona, ma semplicemente lo presuppone. Di conseguenza [...] l'illecito amministrativo ascrivibile all'ente non coincide con il reato, ma costituisce qualcosa di diverso, che addirittura lo ricomprende»[10]. Insomma, «l'ente è chiamato a rispondere per un fatto proprio che ha per presupposto il reato compiuto dalla persona fisica ma che è attribuito alla persona giudirica secondo criteri di imputazione oggettivi e soggettivi propri»[11]. Risolutivamente, segnano un punto al riguardo le Sezioni Unite della Corte di Cassazione e, soprattutto, la Corte Costituzionale: le prime, riconoscendo che «la società non è mai autore del reato o concorrente nello stesso»[12]; la seconda, concludendo, dunque, che «l'ente e l'autore di questo non possono qualificarsi coimputati, essendo ad essi ascritti due illeciti strutturalmente diversi»[13].

Attesa l'autonomia strutturale dell'illecito dell'ente, occorre, perciò, riconoscere una colpevolezza propria dell'ente, vale a dire distinta rispetto a quella dell'autore materiale del reato-presupposto, quale elemento essenziale e costitutivo del modello di imputazione della responsabilità dell'ente. In questa prospettiva, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, dimostrandosi sensibili rispetto a tale necessità, hanno individuato la specifica e autonoma colpevolezza dell'ente nella colpa di organizzazione, fondativa di un rimprovero che «riguarda l'ente e non il soggetto che per esso ha agito»[14], e hanno, con ciò, avallato esplicitamente un'interpretazione della colpa di organizzazione in chiave di autonoma e necessaria colpevolezza dell'ente. D'altra parte – duole, per vero, metterlo in luce –, si tratta di indicazioni che, benché chiare, non trovano, a ben vedere, riscontro significativo alcuno nella giurisprudenza di legittimità successiva, anche la più recente. Le stesse testimoniano, piuttosto, un *unicum* nella storiografia giurisprudenziale in ambito di criminalità economica, benché bene presenti nell'impostazione del legislatore.

In ogni caso, chiarito che «la responsabilità dell'ente si fonda sulla indicata colpa di organizzazione», «vanno individuati [...] gli elementi indicativi della colpa di organizzazione dell'ente, che rendono autonoma la responsabilità del medesimo ente»[15]. Al riguardo, occorre prendere risolutivamente atto che «la responsabilità amministrativa dell'ente non trova fondamento, in sé, nella mancata adozione e attuazione dei modelli organizzativi, ma nella introdotta colpa di organizzazione»[16]. Volendo definire il concetto, «è da considerarsi "colpa di organizzazione" dell'ente ogni mancanza propria dell'organizzazione produttiva complessa (come l'assenza del documento di valutazione dei rischi, della strumentazione tecnica ma anche la carente selezione del personale e delle deleghe, nonché l'inidonea gestione dell'orario di lavoro dei dipendenti e via di seguito)»[17]. In definitiva, la colpa di organizzazione può considerarsi precisata e definita nell'«omissione delle previste doverose cautele organizzative e gestionali idonee a prevenire talune tipologie criminose»[18] e adeguate rispetto al modello di diligenza esigibile dall'ente[19]. In breve, lo specifico illecito proprio dell'ente può individuarsi nel difetto di organizzazione, rilevante già sul piano della tipicità oggettiva[20], dacchè solo «il riscontro di tale *deficit* organizzativo consente la piena ed agevole imputazione all'ente dell'illecito penale», sempre che il *deficit* organizzativo sia in collegamento causale con la commissione del

reato-presupposto. «Proprio questo sarà oggetto di analisi in sede di giudizio dinanzi al giudice penale, a prescindere da ogni (autonomo) profilo colposo del singolo lavoratore o dirigente»[21] e, in conclusione, indipendentemente dall'adozione ed efficace attuazione di un formale Modello idoneo a prevenire rischi-reato della specie di quello verificatosi.

Sul solco di tale impianto esegetico sembra porsi la più nota vicenda giudiziaria in cui sia stata riconosciuta l'adeguatezza del Modello in funzione esimente della responsabilità dell'ente: il caso Impregilo S.p.A. Infatti, tale pronuncia è degna di grande attenzione per almeno tre ordini di motivi, che ancora rappresentano, allo stato, un'assoluta novità, e, più in generale, per l'apprezzabilità del metodo ermeneutico. In primo luogo, si tratta – a quanto consta – della prima e, forse, unica sentenza che, entrando nel merito, affronti il tema della responsabilità dell'ente prosciogliendo la persona giuridica per un reato-presupposto che si è assunto effettivamente commesso dai vertici di Impregilo S.p.A. In secondo luogo, il giudice dell'udienza preliminare di Milano ivi dichiara energicamente l'autonomia strutturale dell'illecito proprio dell'ente, dacché la sentenza di merito sulla responsabilità di Impregilo S.p.A. non solo non è contestuale, ma, in questo caso, addirittura precede il giudizio di accertamento della responsabilità penale delle persone fisiche, rinviate a giudizio, in tale fase non provata, ma solamente delibata dal giudice dell'udienza preliminare stesso in termini di sostenibilità in giudizio. In terzo e ultimo luogo, in tale sentenza si delineano *ut supra* i contorni della specifica colpevolezza dell'ente e, in particolare, della struttura imputativa della colpa di organizzazione, peraltro sbarrando la strada a ogni speculazione orientata alla logica della c.d. *self-fulfilling-prophecy* (la c.d. profezia che si auto-avvera: *i.e.*, il reato è stato commesso e, quindi, il Modello è inidoneo). Infatti, il giudice dell'udienza preliminare ha mandato esente da responsabilità Impregilo S.p.A. anche per l'ipotesi di aggiotaggio consumata prima che intervenisse l'adozione di un formale Modello da parte dell'organo dirigente dell'ente, motivando, sul punto, che «era già stata avviata la procedura di adozione del modello e […] in ogni caso la società aveva già autonomamente adottato un proprio codice di autodisciplina sulla base dei principi dettati da Borsa Italiana S.p.A.». Considerazioni tutte che, secondo il giudice dell'udienza preliminare, «evidenziano la volontà della società […] di adeguarsi alla nuova normativa»[22].

Ciò atteso, è possibile osservare che, nella misura in cui la colpa di organizzazione – *i.e.*, il *deficit* organizzativo – che abbia consentito la realizzazione del reato-presupposto rappresenta, normativamente, un elemento impeditivo e non costitutivo dell'illecito dell'ente, risulta complicato identificare proprio in tale elemento, ultroneo rispetto al tipo, l'essenza di un autonomo fatto dell'ente.

Dunque, parte della dottrina, registrato che, confinando la colpa di organizzazione a elemento meramente impeditivo, ancorché qualificato, non possono essere soddisfatte, rispetto alla responsabilità dell'ente, le esigenze costituzionali di necessaria colpevolezza, ha segnalato la necessità che la colpa di organizzazione trovi una precisa collocazione all'interno della struttura costitutiva dell'illecito dell'ente. In tale senso, si è proposto, «per il rispetto dei principi costituzionali», di «ridefinire il titolo costitutivo della responsabilità dell'ente, includendovi anche per i reati commessi dai vertici la "colpa organizzativa"». A tale fine, si è ritenuto «sufficiente convertire i fatti impeditivi contemplati nell'art. 6 in fatti costitutivi, ovviamente formulandoli nella versione negativa». Di conseguenza, «il rischio per la mancata prova dei fatti costitutivi, così individuati, viene a cadere sull'accusa, giustificando anche nel dubbio l'assoluzione dell'ente»[23].

In tale senso, deve essere segnalata la più volte citata posizione assunta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione[24], che, aderendo a un indirizzo giurisprudenziale delle Sezioni Semplici della Corte stessa[25], hanno esplicitamente affermato che è onere dell'accusa dimostrare l'esistenza della colpa di organizzazione: «nessuna inversione dell'onere della prova è […] ravvisabile nella disciplina che regola la responsabilità da reato dell'ente, gravando […] sull'accusa la dimostrazione della commissione del reato da parte di persona che rivesta una delle qualità di cui al d.lgs. n. 231, art. 5, e la carente regolamentazione interna dell'ente, che ha ampia facoltà di offrire prova liberatoria»[26]. Perciò, il pubblico ministero dovrà, a fronte dell'ipotizzata riforma, provare tali fatti costitutivi «sino all'ultima molecola», dacché, «se l'ente risponde per una colpa organizzativa, è la presenza di questa a dover essere provata ai fini della condanna e non la sua assenza ai fini del proscioglimento»[27]. Peraltro, non potranno, in ciò, limitarsi il pubblico ministero a contestare e il giudice ad accertare che la colpa di organizzazione ha «creato una situazione complessiva, un "ambiente" adatto alla perpetrazione del crimine»[28]. Infatti, appare, già oggi, indiscutibile che il reato-presupposto non può essere ritenuto tipico in relazione a una qualsiasi, per quanto grave, inadeguatezza organizzativa, ma solo quando costituisca «la concretizzazione di una

specifica carenza organizzativa che annoveri quelle particolari modalità di realizzazione dell'illecito penale nello spettro dei comportamenti rischiosi che avrebbero dovuto essere neutralizzati (e la cui carenza ha invece "reso possibile" la commissione del fatto)»[29]. Allo stesso modo, appare indiscutibile che il reato-presupposto non possa essere considerato fonte di addebito all'ente qualora non venga accertata l'effettiva efficacia preventiva della misura organizzativa omessa rispetto allo specifico rischio-reato verificatosi. Né potrà dirsi *probatio diabolica* la contestazione e l'accertamento di siffatta colpa di organizzazione, dacché quest'ultima si risolve, come riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità stessa, in una forma di rimproverabilità che specificamente implica «una nuova forma, normativa, di colpevolezza per omissione organizzativa e gestionale»[30]. Quindi, andranno respinte le doglianze in merito alla non sufficiente precisione legislativa del concetto di colpa di organizzazione, quantomeno per alcuni settori cruciali – come, ad esempio, quello della sicurezza sul lavoro – nei quali l'obbligo gestionale imposto all'ente è già bene delineato dalla normativa, peraltro ormai fluviale, c.d. *soft law*. Sicché, per dirla con la giurisprudenza di legittimità, andrà «escluso ogni profilo di indeterminatezza in quanto, sebbene il legislatore non abbia indicato direttamente l'integrale contenuto e le caratteristiche» di tale obbligo gestionale, «queste possono ben rinvenirsi proprio nella più generale normativa prevenzionistica [...] nel rispetto dell'"obbligo di autonormazione imposto al datore di lavoro nella valutazione dei rischi e nell'adozione delle misure"»[31].

In ogni caso, se è vero che chi ragiona di diritto ha la naturale attitudine a estrarre dalle norme osservate ogni possibile stilla di senso, muovendo dal presupposto che, se una norma c'è, a qualcosa deve pure servire e qualche uso se ne può fare, può, forse, aggirarsi la criticità in argomento, nelle more dell'imprescindibile riforma della disciplina in questione, per via, ancora una volta, esegetica[32]. Ad attestazione del fatto che le radici delle plurime criticità inerenti alla disciplina in esame affondano, prima ancora che nella formulazione della norma, nella sua interpretazione, che altro non è se non il prodotto del bagaglio culturale-esperienziale di chi trova nell'ermeneutica il suo massimo e primario mandato professionale, ossia il giurista, sia esso avvocato, magistrato o accademico. Sicchè, cogliendo l'apprezzamento del legislatore delegato per l'approccio interpretativo sviluppato nell'esperienza francese, si è «preferito non attestarsi sul dato testuale della norma e [ci] si è impegnat[i] nella ricerca di criteri ascrittivi ulteriori, che consentano di rinvenire un collegamento più pregnante tra il reato e la *voluntas societatis*»[33].

3. La precisa collocazione della colpa di organizzazione all'interno della struttura costitutiva dell'illecito proprio dell'ente mediante la rivalutazione del concetto di interesse.

La colpa di organizzazione può rappresentare, già oggi, un elemento costitutivo e non impeditivo dell'illecito proprio dell'ente. Infatti, già il concetto di interesse, di cui all'art. 5, comma 1, d.lgs. 231/01 (al cui testo appartengono anche gli articoli successivamente citati senza diversa indicazione), può contenere anche quello di colpa di organizzazione. Del resto, è, quello dell'interesse, un requisito essenziale, che «fonda la responsabilità dell'ente ma sul quale non esiste chiarezza di vedute, resa impossibile da una disciplina tortuosa e insoddisfacente»[34].

Anzitutto, occorre risolutamente evidenziare che quello dell'interesse è un concetto del tutto mancante nelle fonti europee, la cui ratifica ed esecuzione reca la fonte interna, vale a dire il d.lgs. 231/01. Infatti, l'atto del Consiglio che stabilisce il secondo protocollo della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità Europee stabilito in base all'art. K.3 del trattato dell'Unione Europea fa unicamente riferimento al concetto di beneficio e, dunque, a quello di vantaggio: «ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché le persone giuridiche possano essere dichiarate responsabili della frode, della corruzione attiva e del riciclaggio di denaro commessi a loro beneficio da qualsiasi persona che agisca individualmente o in quanto parte di un organo della persona giuridica, che detenga un posto dominante in seno alla persona giuridica» (art. 3, § 1); «oltre ai casi già previsti al paragrafo 1, ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché le persone giuridiche possano essere dichiarate responsabili quando la carenza di sorveglianza o controllo da parte di uno dei soggetti di cui al paragrafo 1 abbia reso possibile la perpetrazione di una frode, di un atto di corruzione attiva o di riciclaggio di denaro a beneficio della persona giuridica da parte di una persona soggetta alla sua autorità» (art. 3, § 2)[35].

Perciò, il concetto di interesse, non richiesto dalle fonti europee, fa la sua comparsa nella legislazione nazionale e, segnatamente, all'interno, prima, della delega al Governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica

(«prevedere che i soggetti di cui all'alinea del presente comma sono responsabili in relazione ai reati commessi, a loro vantaggio o nel loro interesse, da chi svolge funzioni di rappresentanza o di amministrazione ovvero da chi esercita, anche di fatto, i poteri di gestione e di controllo ovvero ancora da chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza delle persone fisiche menzionate, quando la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi connessi a tali funzioni»[36]) e, poi, dell'art. 5, comma 1 («l'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio»), nonché, con molteplici sfumature, all'interno dei singoli sistemi giuridici eurounitari, più o meno affini a quello italiano[37].

Proprio il criterio dell'interesse è alla base della tradizionale forma di responsabilità civile da reato delle persone giuridiche prevista dall'art. 197, c.p., in caso di insolvibilità del condannato, per il pagamento delle multe e delle ammende relative ai reati commessi da un rappresentante, un amministratore o un dipendente della persona giuridica. È interessante notare che questa forma di responsabilità civile, avente carattere accessorio e sussidiario, nella versione tuttora vigente, introdotta dall'art. 116, l. 689/81, richiede che il reato «costituisca violazione degli obblighi inerenti alla qualità rivestita dal colpevole», ossia che il reato derivi dalla violazione di un dovere connesso alle mansioni che il soggetto svolge, «ovvero sia commesso nell'interesse della persona giuridica». Non sembra, invece, necessario che dal reato debba necessariamente derivare un vantaggio effettivo per la persona giuridica, essendo sufficiente che il reato appaia oggettivamente diretto e idoneo a fare conseguire un illecito beneficio all'ente e non rilevando che si delinei, al tempo stesso, un interesse dello stesso autore del reato[38]. Quindi, il legislatore, delegante e delegato, si è mosso nel solco tradizionale quando ha intercalato, tra i criteri di imputazione della responsabilità dell'ente raccomandati dal legislatore comunitario, anche quello, non richiesto, dell'interesse.

Ciò atteso, può, in primo luogo, asserirsi che i due concetti, dell'interesse e del vantaggio, richiamati dall'art. 5, comma 1, non costituiscono un'endiadi, che «addita un criterio unitario, riconducibile ad un interesse dell'ente inteso in senso obiettivo [...], un interesse [...] riconoscibilmente connesso alla condotta dell'autore del reato»[39]. Infatti, «a prescindere dalla sottigliezza grammaticale che tale figura retorica richiederebbe la congiunzione copulativa "e" tra le parole interesse e vantaggio e non la coingiunzione disgiuntiva "o" presente invece nella norma»[40], perfino in un ordine giuridico ipernormato, che fa, per vero, sospettare di un legislatore affetto da grafomania, deve privilegiarsi, per le ragioni di impostazione espresse in chiusura del capitolo che precede, un'esegesi positiva dei concetti che il legislatore nazionale aggiunga all'interno di una norma rispetto a quelli già distintamente indicati all'interno delle fonti europee. In questo ordine di idee, «considerare l'espressione "interesse o vantaggio" come una mera tautologia mal si concilia con il criterio ermeneutico di conservazione delle norme, nonché con un'interpretazione sistematica della disciplina in esame»[41]. Sicchè, può, anzitutto, concludersi che il termine interesse ha riguardo a un concetto giuridicamente diverso rispetto al termine vantaggio e può, dunque, rilevare quale autonomo criterio di imputazione, come, peraltro, ribadito dalla giurisprudenza di legittimità nettamente prevalente[42].

Ciò posto, per attribuire un ruolo autonomo e differenziato ai due criteri di ascrizione dell'illecito previsti dall'art. 5, si potrebbe muovere dal significato a più riprese assegnato dalla giurisprudenza di legittimità al criterio dell'interesse, sulla scorta dell'opinione già espressa, a suo tempo, dal legislatore delegato, secondo il quale «il richiamo all'interesse dell'ente caratterizza in senso marcatamente soggettivo la condotta delittuosa della persona fisica e [...] si accontenta di una verifica *ex ante*»[43]. Anche in ragione di ciò, la Corte di Cassazione sostiene, infatti, che il criterio dell'interesse esprime una valutazione teleologica del reato-presupposto apprezzabile *ex ante*, vale a dire al momento della commissione del fatto, secondo un metro di giudizio marcatamente soggettivo rigorosamente avvinto al concetto di profitto. *Ex plurimis*: «il richiamo all'interesse dell'ente valorizza una prospettiva soggettiva della condotta delittuosa posta in essere dalla persona fisica da apprezzare *ex ante*, per effetto di un indebito arricchimento prefigurato, ma non necessariamente realizzato, in conseguenza dell'illecito»[44].

Infatti, seguendo l'impostazione giurisprudenziale, si potrebbe essere indotti a identificare la nozione di interesse rilevante ai fini in discorso con quella di interesse sociale siccome inteso nell'ambito del diritto commerciale. Nondimeno, va, anzitutto, osservato che la commissione di un reato-presupposto non può mai dirsi conforme all'interesse sociale in senso stretto ed è, perciò, da considerarsi sempre fuori dal suo oggetto. Infatti, il rispetto della legalità, peraltro non solo penale, deve considerarsi insito nell'agire nel migliore interesse e per gli scopi istituzionali dell'ente[45], o, in ogni caso, rappresenta un limite esterno oltre il quale l'interesse sociale non può

spingersi[46]. Inoltre, va detto che una lettura in chiave esclusivamente soggettiva del criterio dell'interesse, vale a dire come un qualcosa che attiene alla sfera psicologica dell'autore materiale del reato-presupposto, ossia come una finalità che anima e sostiene il suo comportamento illecito, o anche solamente come una mera consapevolezza di agire, almeno in parte, nell'interesse dell'ente e, quindi, in vista del possibile conseguimento di un vantaggio economico da parte dell'ente stesso[47], sembra da escludere, dacché si finirebbe, per tale via, con il fare dipendere l'esistenza stessa della responsabilità dell'ente dalla soggettiva rappresentazione, eventualmente erronea, dell'autore materiale del reato-presupposto[48].
Insomma, si rischierebbe di sconfinare in un diritto penale dell'atteggiamento interiore[49].
Alla luce di tali riflessioni, per non lasciare al testo dell'art. 5 – che, come posto bene in evidenza dal legislatore delegato, rappresenta, unitamente all'art. 6, «il cuore della parte generale del nuovo sistema»[50] – «una portata criptica»[51], è, dunque, senz'altro da ritenere che il concetto di interesse vada, piuttosto, interpretato in senso rigorosamente oggettivo[52], vale a dire come riconoscibilmente connesso alla dimensione organizzativa, in quanto proiezione della stessa.
Come argutamente evidenziato da una giurisprudenza di merito per vero del tutto solitaria, «l'interesse dell'ente deve essere oggettivo. L'art. 5 d.lgs. n. 231/2001 individua, infatti, una responsabilità per reati commessi nell'interesse dell'ente e non semplicemente commessi ritenendo di perseguire un suo interesse. L'interesse deve essere oggettivamente, concretamente individuabile e non va agganciato alle mere intenzioni dell'autore del reato ed in generale al movente che lo ha spinto a porre in essere la condotta. Il convincimento dell'autore del reato presupposto di perseguire un interesse dell'ente, laddove il dato fattuale non corrisponda effettivamente ad un obiettivo riconducibile alla politica d'impresa, non può sorreggere la prospettazione della responsabilità amministrativa da reato dello stesso ente»[53]. In tale senso, si colloca, assai più recentemente, anche una pronuncia della Corte di Cassazione, secondo cui l'autore materiale delle condotte antigiuridiche, «non essendo stato neppure prospettato un consenso di tutti gli azionisti alla realizzazione delle condotte illecite, commettendole si sarebbe certamente reso inadempiente alle obbligazioni derivanti dal contratto di mandato in forza del quale ha agito in nome e per conto della società, avendo omesso di agire con la diligenza del buon padre di famiglia (richiesta dall'art. 1710 c.c., comma 1)»[54].
In definitiva, «la responsabilità dell'ente è una responsabilità che, *lato sensu*, può definirsi di organizzazione, perché il *proprium* dell'ente è l'organizzazione ed anzi un'organizzazione libera e sotto il profilo della strutturazione [...] e sotto il profilo dell'individuazione di ruoli ed attribuzioni»[55].
Di conseguenza, il criterio dell'interesse va inteso come intrinsecamente concatenato al difetto di organizzazione, che incarna e interpreta il concetto di colpa di organizzazione, ossia al fatto che l'ente ha trascurato, più o meno consapevolmente, di valutare e di gestire rischi aziendali che avrebbe, invece, dovuto conoscere, ad esempio in quanto endemici rispetto allo specifico settore di operatività e, magari, acuiti da scelte organizzative lecite, ma non prudenti. Da questo punto di vista, l'interesse diventa criterio ascrittivo idoneo, molto più del vantaggio, a fornire una base razionale per la responsabilità dell'ente derivante dai reati colposi commessi dai suoi esponenti. Solo se questi hanno realizzato le condotte colpose per perseguire un interesse, organizzativo o economico o di altra natura, dell'ente, quest'ultimo può essere chiamato a rispondere del reato-presupposto ai sensi del d.lgs. 231/01. In conclusione, l'interesse dell'ente deve connotare la misura oggettiva della colpa, la obiettiva violazione della regola, generica o specifica, di diligenza, di prudenza e di perizia, la cui violazione ha determinato la realizzazione del reato-presupposto. Inteso in questo senso, l'interesse dell'ente coincide, perciò, con il difetto di organizzazione e, quindi, con la colpa di organizzazione, che rappresenta, nell'attuale sistema di responsabilità dell'ente, un elemento costitutivo dell'illecito amministrativo.
Il criterio del vantaggio dell'ente potrà, invece, rappresentare la base di ascrizione all'ente stesso della responsabilità *ex* d.lgs. 231/01 per i reati-presupposto dolosi. Non è questa la sede per un compiuto approfondimento dogmatico di tale soluzione, che, tuttavia, viene qui prefigurata per sottolineare l'esigenza di differenziare i presupposti della responsabilità dell'ente a seconda della natura, dolosa o colposa, del delitto presupposto. Nei casi, non frequenti, di reato-presupposto contravvenzionale, dovrebbe, invece, valere la regola dell'indifferenza dell'elemento soggettivo *ex* art. 42, comma 4, c.p., esteso all'illecito amministrativo *ex* art. 3, l. 689/81.

4. Un primo bilancio in tema di colpa di organizzazione e di interesse dell'ente.

Volendo tirare le somme di quanto, fino a qui, scritto e sempre nelle more dell'imprescindibile riforma

della disciplina in argomento, sembra possibile isolare quattro benefici derivanti dalla costruzione separata dei criteri ascrittivi dell'interesse e del vantaggio e dalla riconsiderazione e rivisitazione del concetto di colpa di organizzazione, *ut supra* declinato. In sintesi, l'operazione esegetica suggerita:

- in primo luogo, portando a compimento una rilettura costituzionalmente orientata del modello ascrittivo disegnato dagli artt. 5 e 6, riporterebbe sostanzialmente la colpa di organizzazione, quale «frontiera di "massima soggettivizzazione" del paradigma [...] della fattispecie colposa»[56], tra gli elementi costitutivi dell'illecito dell'ente, ciocché era, peraltro, volontà del legislatore delegato stesso, secondo il quale, infatti, «ai fini della responsabilità dell'ente occorrerà [...] non soltanto che il reato sia ad esso ricollegabile sul piano oggettivo [...]; di più, il reato dovrà costituire anche espressione della politica aziendale o quanto meno derivare da una colpa di organizzazione»[57];
- in secondo luogo e di conseguenza, introdurrebbe un meccanismo di autonoma rimproverabilità dell'ente in quanto tale per il reato-presupposto colposo, nella prospettiva di personalizzare, anche rispetto alla persona giuridica, il rimprovero e di collocare la sanzione punitiva nel reale centro di imputazione della responsabilità, vale a dire la colpa di organizzazione (*i.e.*, il difetto di organizzazione) funzionale al conseguimento di uno scopo nel contesto delle concrete dinamiche operative dell'ente. Solo se la condotta colposa è stata realizzata nell'interesse dell'ente, «può dirsi che l'ente abbia partecipato al fatto-reato moralmente, ossia con un proprio processo decisionale»[58] dettato dal perseguimento di un proprio interesse;
- in terzo luogo, consentirebbe di promuovere gli orientamenti giurisprudenziali sullo *standard* probatorio dell'accertamento della colpa di organizzazione quale antecedente causale della realizzazione della condotta illecita, che, in un quadro sistematico pienamente conforme alle garanzie della materia penale, si informa alla regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio[59] e aderisce al canone *nullum crimen, nulla poena sine culpa* costituzionalizzato nel sistema italiano all'art. 27, Cost.;
- in quarto e ultimo luogo, atteso che «le scelte organizzative dell'impresa sono proprie dell'imprenditore» e che «il d.lgs. n. 231/2001 non può dunque essere interpretato nel senso di una intromissione giudiziaria nelle scelte organizzative dell'impresa ma nel senso di una necessaria verifica di compatibilità di queste scelte con i criteri di cui al d.lgs. n. 231/2001»[60], autorizzerebbe a rileggere i presupposti di idoneità del Modello, di cui all'art. 6, commi da 1 a 2-*quater*, quali elementi atti a delimitare puntualmente il perimetro della facoltà probatoria dell'ente rispetto al tema dell'idoneità del Modello eventualmente adottato[61], nell'ambito di una materia, quale è quella della gestione dei rischi aziendali, altrimenti troppo vasta, fortemente interdisciplinare e oggetto di una traboccante produzione c.d. *soft law*, peraltro soggetta a evoluzioni incessanti, per consentire una difesa, rispetto all'idoneità del Modello, informata, consapevole ed effettiva.

5. Conclusioni.

Nel definire, ai sensi dell'art. 5, la pertinenza all'ente del reato-presupposto del suo esponente, si è propensi a considerare la condotta nell'interesse dell'ente quale criterio realmente essenziale. Sicché, su di esso ci si è specificamente concentrati. Si crede, infatti, che il criterio dell'interesse contrassegni il primo e indefettibile livello di imputazione, in ordine alla c.d. destinazione genetica del reato-presupposto dell'ente, in quanto solo la condotta realizzata nell'interesse può essere considerata come propria dell'ente[62].

Sul punto, si è elaborato il seguente quadruplice ordine di ragionamenti, che hanno seguito uno sviluppo a progressione sequenziale.

- In primo luogo, è apparso opportuno enfatizzare la connotazione attualmente oggettiva del criterio dell'interesse. Infatti, una condotta che lo persegua – anche a volerla rappresentare, nella sua tensione teleologica, quale motrice del reato-presupposto, sia pure in via non esclusiva – «non può assumersi come se fosse disancorata dalla realtà». Per converso, occorre «valutarla nella sua "oggettiva" corrispondenza all'attività dell'ente, e quindi nella sua attendibilità e fattibilità»[63]. Se non si muove da una visione oggettiva, si corre, infatti, il rischio di generare una deriva psicologica nell'accertamento della fattispecie e di addebitare all'ente un atteggiamento privo di riscontri concreti. In altri termini, l'obiettivo dell'interesse si consumerebbe in un atteggiamento psicologico del soggetto agente, restringendosi alle sue convinzioni individuali, «con la perversa conseguenza di dare importanza anche a ispirazioni del

tutto "bizzarre" dello specifico agente»[64]. È in tale senso che occorre scindere la volontà del singolo da quella dell'ente – dacché proprio nella divaricazione tra le due volontà si fonda l'esonero di quest'ultimo e si colgono nettamente la logica complessiva e il senso più profondo dell'intero sistema specifico – e ribadire che il motivo espresso dal singolo deve comunque corrispondere a un interesse dell'ente inteso in senso oggettivo.

- In secondo luogo, non può ritenersi caratterizzante dell'interesse dell'ente – non «agganciato alle mere intenzioni dell'autore del reato e al movente che lo ha spinto a porre in essere la condotta»[65] – la generica connessione con la politica di impresa, ossia con il comportamento usuale e complessivo dell'ente. Diversamente, «sarebbe come reintrodurre per l'ente schemi che la storia ha condannato da molto tempo nella definizione dell'illecito penale, condanna che deve valere senz'altro [anche] per l'illecito para-penale dell'ente»[66], che non può, dunque, essere esposto a un'inammissibile responsabilità per la sua condotta di vita.
- In terzo luogo e viceversa, l'interesse – *rectius*, il disinteresse – dell'ente dovrebbe essere oggettivamente e concretamente individuabile, secondo criteri di derivazione causale, nella specifica, puntuale e inescusabile lacuna organizzativa da cui è scaturito il singolo fatto illecito commesso. Detto altrimenti, l'aggancio della responsabilità per l'illecito da reato-presupposto alla rimproverabilità dell'ente dovrebbe essere fondato su un'autentica colpa di organizzazione. Così, si garantirebbe il ragionevole recupero di un parametro oggettivo di accertamento reale della responsabilità dell'ente e il rispetto del principio costituzionale di colpevolezza per fatto proprio fissato dall'art. 27, comma 1, Cost., altrimenti fortemente mutilato. Infatti, tale principio non ammette eccezioni e va, perciò, reso operativo non solo nei confronti della responsabilità penale strettamente intesa, ma anche sul piano della responsabilità para-penale dell'ente. In questo ordine di idee, la politica di impresa potrà, tutt'al più, costituire un «dato diagnostico nella ricostruzione del singolo fatto, ma tutta da verificare nel rispetto rigoroso di simile, "diverso" angolo visuale»[67].
- In quarto e ultimo luogo, per identificare la lacuna organizzativa e la derivazione causale, da quest'ultima, del singolo fatto illecito commesso, occorre che il decisore pubblico, giudice o pubblico ministero che sia: *(i)* si sottragga alla tentazione di limitare, in modo innaturalmente semplificante, la valutazione sulla gestione dei rischi-reato al solo Modello, peraltro spesso valutato ricorrendo al semplicismo dicotomico del buono/non buono; *(ii)* per converso, si immergerga, senza presunzioni né scorciatoie, nei meandri più singolari del sistema dogmatico inerente alla mitigazione – ragionevole – dei rischi aziendali, istituito e regolarmente aggiornato da entità sovranazionali teleologicamente orientate a normare e ad armonizzare tale fenomeno a livello locale e ultranazionale; *(iii)* della direttrice autopoietica *sub (ii)* disveli, analizzi e comprenda «le caratteristiche funzionali, le espressioni normative [e] le coordinate linguistiche»[68]. Così operando, il decisore pubblico potrà intuire che la codificazione delle buone prassi, obbligatorie o meno, già delinea e descrive, con rigore e precisione – per quanto possibile, ovviamente – e, peraltro, con una struttura a rete che fisiologicamente si prolunga in misura capillare lungo l'intero mercato globale, un catalogo, esaustivo, conchiuso e agevolmente consultabile, di cautele normativizzate, di per sé idoneo a conseguire lo scopo preventivo di riduzione ragionevole dei rischi aziendali. Tale catalogo potrà descrivere anche la migliore guida per una valutazione – oggettiva, razionale e di senso – della correttezza della gestione dei rischi-reato[69].

In conclusione e in sintesi, la proposta qui solamente tratteggiata, che persegue la finalità di fondare una concezione dell'interesse dell'ente in prospettiva oggettivistica, cerca di assicurare una linea di continuità storica e, soprattutto, logica dell'illecito imputato all'ente. L'avvertimento decisivo rimane il seguente: «tale finalità conduc[a] all'ascrizione dell'illecito dell'ente sempre e solo se […] essa sia "oggettivamente riscontrabile"». Ciò in piena armonia con il principio di colpevolezza per fatto proprio che deve informare anche la disciplina della responsabilità da reato dell'ente. Nessuna deriva psicologica può, infatti, temersi se si tiene conto che, in ogni caso, il criterio della condotta nell'interesse dell'ente, improntato non all'estensione ma al contenimento della responsabilità della persona giuridica, «deve trovare un preciso riscontro nella ragionevolezza di un raccordo effettivo della finalità dell'esponente agli interessi reali dell'ente, con esclusione delle condotte che appaiano del tutto "staccate" da un qualsivoglia vantaggio realisticamente acquisibile da parte dell'ente medesimo»[70].

1 Cass. Pen., Sez. Un., 18 settembre 2014 (ud. 24 aprile 2014), n. 38343, in *Cass. Pen.*, 2015, 2, p. 426, con nota di K. Summerer, *La pronuncia delle Sezioni Unite sul caso Thyssen Krupp. Profili di tipicità e colpevolezza al confine tra dolo e colpa.* Nello stesso senso, v., *ex plurimis*: Cass. Pen., Sez. VI, 8 agosto 2018 (ud. 17 aprile 2018), n. 38243, in www.dejure.it, secondo cui «il riscontro del *deficit* organizzativo [...] conseguente alla mancata adozione del modello organizzativo ha [...] consentito una piena e agevole ascrizione all'ente dell'illecito penale realizzato nel suo ambito operativo»; Cass. Pen., Sez. II, 20 settembre 2012 (ud. 6 luglio 2012), n. 35999, in *Il Quotidiano Giuridico*, 30 ottobre 2012, secondo cui «la mancata "preventiva" adozione di tali modelli [...] è sufficiente a costituire quella "rimproverabilità" di cui alla Relazione ministeriale al decreto legislativo e ad integrare la fattispecie sanzionatoria»; Cass. Pen., Sez. VI, 17 settembre 2009 (ud. 9 luglio 2009), n. 36083, in *Resp. Amm. Soc. Enti*, 2010, 2, p. 193, con nota di S. Beltrani, *Modelli organizzativi e gestionali e criteri di imputazione della responsabilità dell'ente (commento a Cass. Pen., Sez. VI, n. 36083/09)*, secondo cui «la mancata adozione dei modelli organizzativi [...] è sufficiente a costituire quella "rimproverabilità" della condotta di impresa per omissione organizzativa e gestionale di cui alla Relazione ministeriale al decreto legislativo che giustifica la responsabilità dell'ente e integra la fattispecie sanzionatoria»; Cass. Pen., Sez. II, 30 gennaio 2006 (ud. 20 dicembre 2005), n. 3615, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2006, p. 1055, secondo cui «il rilievo di tale colpa di organizzazione si estrinseca [...] nella mancanza di modelli di organizzazione e gestione, idonei a prevenire la commissione di reati».

2 Trib. Tolmezzo, Sez. G.u.p., 3 febbraio 2012 (ud. 23 gennaio 2012), n. 18, in *Le Società*, 2012, p. 1150. Nello stesso senso, v., *ex plurimis*: Trib. Novara, Sez. G.u.p., 1° ottobre 2010, in *Resp. Amm. Soc. Enti*, 2011, 2, p. 161, con nota di D. Zaniolo, *Omessa adozione dei Modelli organizzativi e responsabilità degli enti a seguito di omicidio colposo con violazione delle norme antinfortunistiche*, secondo cui «l'adozione dei modelli organizzativi costituisce una incoercibile scelta positiva dell'ente di dotarsi di uno strumento organizzativo»; Trib. civ. Milano, Sez. VIII, 13 febbraio 2008, n. 1774, in *Le Società*, 2008, p. 1507, secondo cui «l'adozione del modello organizzativo e di gestione non è obbligatoria»; Trib. Napoli, Sez. G.i.p., 26 giugno 2007 (ord.), Impregilo, in *Resp. Amm. Soc. Enti*, 2007, 4, p. 163, con nota di M. Cardia, *I Modelli organizzativi e la nozione di profitto del reato: le considerazioni del G.i.p. di Napoli*, secondo cui «il legislatore, pur avendo inteso ancorare il rimprovero dell'ente alla mancata adozione ovvero al mancato rispetto di *standard* doverosi e, dunque, a motivarlo all'osservanza degli stessi, non ha previsto il modello organizzativo come adempimento obbligatorio»; Cass. Pen., Sez. VI, 2 ottobre 2006 (ud. 23 giugno 2006), n. 32627, in *Guida Dir.*, 2006, 42, p. 61, secondo cui «nella normativa contenuta nel d. lgs. n. 231/2001, [...] non si prevede alcuna forma di imposizione coattiva dei modelli organizzativi, la cui adozione, invece, è sempre spontanea»; Trib. riesame Milano, 28 ottobre 2004, Siemens, in *Corr. Merito*, 2005, p. 319, con nota di G. Lunghini, *Responsabilità amministrativa degli enti: soggetti, interessi infragruppo e requisiti di idoneità e di attuazione dei modelli*, secondo cui «la mancata adozione del modello organizzativo definito *compliance program* non costituisce di per sé un illecito».

3 Trib. Milano, Sez. G.u.p., 3 gennaio 2011, X S.p.A., in www.rivista231.it.

4 P. Ferrua, *Diritti umani e tutela degli enti nel processo*, in *Dir. Pen. E Proc.*, 2016, 2, p. 706 sg.

5 *Relazione al d.lgs. 231/01*, in S.M. Corso, *Codice della responsabilità "da reato" degli enti annotato con la giurisprudenza*, G. Giappichelli Editore, 2018, p. 456.

6 *Id.* p. 480.

7 *Id.* p. 454.

8 Cass. Pen., Sez. Un., 18 settembre 2014 (ud. 24 aprile 2014), n. 38343, *cit.*, § 62, considerazioni in diritto.

9 V., con diverse sfumature: M.A. Bartolucci, *L'art. 8 d. lgs. 231/2001 nel triangolo di Penrose*, in *Dir. Pen. Cont.*, 9 gennaio 2017, p. 8; F.B. Giunta, *La punizione degli enti collettivi: una novità attesa*, in G. De Francesco (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, G. Giappichelli Editore, 2004, p. 36; A. Melchionda, *Brevi appunti sul fondamento "dogmatico" della nuova disciplina sulla responsabilità degli enti collettivi*, in F. Palazzo (a cura di), *Societas puniti potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Cedam, 2003, p. 229; F. Mucciarelli, *Il fatto illecito dell'ente e la costituzione di parte civile nel processo ex d. lgs. n. 231/2001*, in *Dir. Pen. E Proc.*, 2011, p. 431; M. Pelissero, *La responsabilizzazione degli enti alla ricerca di un difficile equilibrio tra modelli "punitivi" e prospettive di efficienza*, in *Legisl. Pen.*, 2003, p. 365. Per dovere di cronaca, si segnala che in dottrina si registrano profonde incertezze sulla definizione della struttura analitica e sull'inquadramento dogmatico dell'illecito proprio dell'ente. Infatti, si riscontrano almeno due ulteriori orientamenti dottrinali. Un primo orientamento riconosce un solo fatto illecito – il reato-presupposto – oggetto di una duplice qualificazione giuridica e ascrivibile, oltre che alla persona fisica, anche all'ente, in forza dei criteri oggettivi di imputazione costituiti dalla qualifica soggettiva del soggetto agente (funzionalmente legato all'ente) e dalla sussistenza dell'interesse o del vantaggio (v.: A. Alessandri, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in A. Alessandri (a cura di), *La responsabilità amministrativa degli enti*, Ipsoa, 2002, p. 40; G. De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparativi*, Edizioni ETS, 2012, p. 313; G. De Vero, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. It. Dir. E Proc. Pen.*, 2001, p. 1126; E. MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e*

misure interdittive, in *Dir. Giust.*, 2001, 23, p. 8). Condivide, recepisce e aderisce espressamente a tale filone interpretativo parte della giurisprudenza: «il sistema nel suo complesso, come posto in luce dalla dottrina, si fonda dunque sulla concreta riconducibilità del fatto […] ad un profilo di immedesimazione della responsabilità, la quale può essere esclusa solo nel caso della preventiva adozione di idonei modelli organizzativi» (Cass. Pen., Sez. VI, 6 dicembre 2018 (ud. 25 settembre 2018), n. 56640, in *Cass. Pen.*, 2019, 9, p. 3344); «l'ente non è chiamato a rispondere di un fatto altrui, bensì proprio, atteso che il reato commesso nel suo interesse o a suo vantaggio da soggetti inseriti nella compagine della persona giuridica deve considerarsi tale in forza del rapporto di immedesimazione organica che lega i primi alla seconda», sicché il d.lgs. 231/01 «si basa sull'assunto che il reato è fatto della società, di cui essa deve rispondere» (Cass. Pen., Sez. VI, 16 luglio 2010 (ud. 18 febbraio 2010), n. 27735, in *Cass. Pen.*, 2011, 5, p. 1876, con nota di A. Agnese, *La natura della responsabilità da reato degli enti*; così anche Cass. Pen., Sez. VI, 17 settembre 2009 (ud. 9 luglio 2009), n. 36083, in *Cass. Pen.*, 2010, 5, p. 1938, con nota di M. Lei, *La responsabilità degli enti per mancata adozione dei Modelli organizzativi*); «la tipicità dell'illecito dell'ente è integrata esclusivamente dalla commissione di un delitto presupposto nell'interesse o a vantaggio dell'ente da un soggetto in posizione apicale» (Trib. Milano, Sez. G.i.p., 3 novembre 2010, Italease, in *Foro Amb.*, 2010, 4, p. 478). All'inverso, un secondo orientamento inquadra la struttura dell'illecito dell'ente come fattispecie plurisoggettiva di parte generale, riconducibile allo schema del concorso necessario della persona giuridica – attraverso la propria condotta colpevole (colpa di organizzazione) – nel reato della persona fisica (secondo la logica dell'accessorietà). Così, parte della giurisprudenza ha affermato che «il fatto della persona fisica, cui è riconnessa la responsabilità anche della persona giuridica, deve essere considerato "fatto" di entrambe, per entrambe antigiuridico e colpevole, con l'effetto che l'assoggettamento a sanzione sia della persona fisica che di quelle giuridica si inquadra nel paradigma penalistico della responsabilità concorsuale» (Cass. Pen., Sez. Un., 2 luglio 2008 (ud. 27 marzo 2008), n. 26654, in *Riv. It. Dir. E Proc. Pen.*, 2008, 4, p. 1738, con nota di V. Mongillo, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca d'identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*). Nello stesso senso, parte della giurisprudenza, sul presupposto dello stesso fatto riferibile alla persona fisica e a quelle giuridica, ha riconosciuto applicazione, in materia di confisca, al «principio solidaristico che informa lo schema concorsuale» (Cass. Pen., Sez. VI, 8 maggio 2009 (ud. 6 febbraio 2009), n. 19764, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2009, 5, p. 613). Per una ricostruzione analitica dei vari orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in tema di struttura dell'illecito amministrativo, v. M.M. Scoletta, *Commento all'art. 6. Profili penalistici*, in D. Castronuovo – G. De Simone – E. Ginevra – A. Lionzo – D. Negri – G. Varraso (a cura di), *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Ipsoa, 2019, pp. 134-137.

10 Cass. Pen., Sez. VI, 22 gennaio 2011 (ud. 5 ottobre 2010), n. 2251, in *Cass. Pen.*, 2011, 7-8, p. 2539, con nota di G. Varraso, *L'"ostinato silenzio" del d.lg. n. 231 del 2001 sulla costituzione di parte civile nei confronti dell'ente ha un suo "perché"*.

11 Cass. Pen., Sez. VI, 17 luglio 2018 (ud. 25 gennaio 2018), n. 33044, in *Riv. Pen.*, 2018, 11, p. 1022. V. anche Cass. Pen., Sez. VI, 25 ottobre 2017 (ud. 25 luglio 2017), n. 49056, in *Resp. Amm. Soc. Enti*, 2018, 2, p. 219, con nota di S. Beltrani, *La responsabilità da reato delle società unipersonali e delle società fallite* e Cass. Pen., Sez. VI, 7 luglio 2016 (ud. 10 novembre 2015), n. 28299, in *Dir. Pen. E Proc.*, 2017, p. 934, con nota di A. Orsina, *L'autonomia della responsabilità degli enti tra pragmatismo e garanzie*.

12 Cass. Pen., Sez. Un., 5 marzo 2014 (ud. 30 gennaio 2014), n. 10561, in *Le Società*, 2014, p. 487.

13 Corte Cost., 18 luglio 2014 (ud. 9 luglio 2014), n. 218, in *Dir. Pen. E Proc.*, 2014, p. 1168.

14 Cass. Pen., Sez. Un., 18 settembre 2014 (ud. 24 aprile 2014), n. 38343, *cit.* Riconosce l'autonomia e l'essenza normativa della colpevolezza dell'ente, da valutare attraverso il giudizio di adeguatezza «dell'articolato normativo che esplicita un protocollo comportamentale», anche Cass. Pen., Sez. V, 30 gennaio 2014 (ud. 18 dicembre 2013), n. 4677, in *Riv. Dott. Comm.*, 2015, 1, p. 169.

15 Cass. Pen., Sez. Un., 18 settembre 2014 (ud. 24 aprile 2014), n. 38343, *cit.*

16 Trib. Novara, Sez. G.u.p., 1° ottobre 2010, *cit.* Del resto, il legislatore delegato stesso richiede l'adozione non del Modello, bensì, più genericamente, «di modelli comportamentali specificamente calibrati sul rischio-reato, e cioè volti ad impedire, attraverso la fissazione di regole di condotta, la commissione di determinati reati» (*Relazione al d.lgs. 231/01*, in S.M. Corso, *op. cit.*, p. 457).

17 Cass. Pen., Sez. Un., 18 settembre 2014 (ud. 24 aprile 2014), n. 38343, *cit.* Tuttavia, nell'elencazione casistica della sentenza riprodotta nel testo, si intravedono i rischi di sovrapposizione tra colpa dell'ente e colpa del datore di lavoro-persona fisica, come, ad esempio, quando si fa riferimento all'assenza del Documento di Valutazione dei Rischi.

18 Cass. Pen., Sez. VI, 17 settembre 2009 (ud. 9 luglio 2009), n. 36083, *cit.* Così anche Cass. Pen., Sez. II, 20 settembre 2012 (ud. 6 luglio 2012), n. 35999, *cit.* e Cass. Pen., Sez. VI, 16 luglio 2010 (ud. 18 febbraio 2010), n. 27735, *cit.*, secondo cui la colpa di organizzazione dell'ente consiste nel «non avere […] predisposto un insieme di accorgimenti preventivi idonei ad evitare la commissione di reati del tipo di quello realizzato».

19 Sulla colpa di organizzazione quale paradigma unitario cui generalmente ricondurre il modello imputativo della responsabilità dell'ente, v.: C. De Maglie, *L'etica e il mercato: la responsabilità penale delle società*, Giuffrè Editore, 2002, p. 363; G. De Simone, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la "parte generale" e la "parte*

speciale" del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, in G. Garuti (a cura di), *Responsabilità amministrativa degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Cedam, 2002, p. 81; A. Fiorella, *La colpa dell'ente per la difettosa organizzazione generale*, in F. Compagna (a cura di), *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, Jovene Editore, 2012, p. 267; M.N. Masullo, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012; C.E. Paliero – C. Piergallini, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. Amm. Soc. Enti*, 2006, 3, p. 167; M. Pelissero, *La responsabilità degli enti*, in F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, II, XIV ed. a cura di C.F. Grosso, Giuffrè Editore, 2018, p. 758; C. Piergallini, *La struttura del modello di organizzazione, gestione e controllo del rischio-reato*, in G. Lattanzi (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Giuffrè Editore, 2010, p. 161; A. Tripodi, *Situazione organizzativa e colpa in organizzazione: alcune riflessioni sulle nuove specificità del diritto penale dell'economia*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2004, p. 483; E. Villani, *Alle radici del concetto di "colpa di organizzazione" nell'illecito dell'ente da reato*, Jovene Editore, 2016. Sulla necessità di recuperare, su questo terreno, il criterio di giudizio *ex ante* a base parziale tipico della colpa classicamente intesa nel diritto penale moderno, v. C.E. Paliero, *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza: decisione "lassista" o interpretazione costituzionalmente orientata?*, in *Le Società*, 2010, 4, pp. 477 sg. e 480, secondo il quale, «ai fini dell'accertamento della responsabilità, il modello cautelare valido è quello forgiato sulla base delle migliori conoscenze – consolidate e condivise nel momento storico in cui il fatto viene commesso – circa i metodi di abbattimento/minimizzazione del rischio tipico» (c.d. «"criteriologia cautelare" all'epoca "migliore", per autorevolezza della fonte») e «viene individuato – proprio sulla scorta delle "affermazioni di principio" di cui sopra – solo previa storicizzazione del fatto imputato, e con specifica considerazione del *know-how* da considerarsi "migliore" all'epoca». In sintesi, secondo l'Autore, «il paradigma preventivo (la regola cautelare) deve essere valutato: *(i)* rigorosamente *ex ante*; *(ii)* a "base parziale" (cioè sulla sola base delle conoscenze esperibili al momento del fatto); *(iii)* valutando la esigibilità di un comportamento alternativo in assoluto (con valutazione *ex post*, o, quanto meno, "a base totale") più cautelare».

20 Tale impostazione ripropone, nell'interpretare il d.lgs. 231/01, la doppia dimensione del dovere di diligenza che caratterizza la colpa della persona fisica. Sull'argomento, v., di recente, S. Canestrari, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in AAVV, *Studi in onore di Franco Coppi*, G. Giappichelli Editore, 2012, p. 73 sgg. V. anche le osservazioni critiche sulla compatibilità tra processo accusatorio e teoria della doppia misura della colpa di M. Donini, *Prassi e cultura del reato colposo. La dialettica tra personalità della responsabilità penale e prevenzione generale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 13 maggio 2019.

21 Cass. Pen., Sez. Un., 18 settembre 2014 (ud. 24 aprile 2014), n. 38343, *cit.*

22 Trib. Milano, Sez. G.u.p., 17 novembre 2009, n. 7911, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2010, p. 607. Per un commento sulla sentenza Impregilo S.p.A., v. C.E. Paliero, *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza: decisione "lassista" o interpretazione costituzionalmente orientata?*, *cit.*, p. 476.

23 P. Ferrua, *op. cit.*, p. 709 sg.

24 Cass. Pen., Sez. Un., 18 settembre 2014 (ud. 24 aprile 2014), n. 38343, *cit.*

25 Ad esempio, Cass. Pen., Sez. VI, 16 luglio 2010 (ud. 18 febbraio 2010), n. 27735, *cit.*, esplicitamente richiamata da Cass. Pen., Sez. Un., 18 settembre 2014 (ud. 24 aprile 2014), n. 38343, *cit.*

26 Cass. Pen., Sez. VI, 16 luglio 2010 (ud. 18 febbraio 2010), n. 27735, *cit.*

27 P. Ferrua, *op. cit.*, p. 707.

28 G. De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè Editore, 2008, p. 194. Parimenti *contra*, v. F.B. Giunta, *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2004, p. 14. Nello stesso senso, v., nella giurisprudenza di merito, Trib. Milano, Sez. G.u.p., 8 marzo 2012 (ud. 6 ottobre 2011) (ord.), F.S., in *Giur. Merito*, 2012, p. 1899, secondo cui «è onere specifico del pubblico ministero precisare in che cosa si concretizzi l'inidoneità assunta a base dell'accusa». Inoltre, «è onere indefettibile del giudice procedente motivare in modo puntuale, anche per evitare surrettizie forme di responsabilità oggettiva o forme di impunità», secondo Cass. Pen., Sez. V, 15 ottobre 2012 (ud. 26 aprile 2012), n. 40380, in *Guida Dir.*, 2012, 46, p. 94.

29 M.M. Scoletta, *Commento all'art. 7. Profili penalistici*, in D. Castronuovo – G. De Simone – E. Ginevra – A. Lionzo – D. Negri – G. Varraso (a cura di), *op. cit.*, p. 172.

30 Cass. Pen., Sez. VI, 17 settembre 2009 (ud. 9 luglio 2009), n. 36083, *cit.* In tale senso, v. anche Cass. Pen., Sez. Un., 18 settembre 2014 (ud. 24 aprile 2014), n. 38343, *cit.*

31 Cass. Pen., Sez. Un., 18 settembre 2014 (ud. 24 aprile 2014), n. 38343, *cit.* Sulla circostanza per cui sembra potersi dire risolto, in linea di massima, il dilemma rispetto ai contenuti e all'estensione dei protocolli organizzativi e gestionali, sia permesso rinviare a V. D'Acquarone – R. Roscini-Vitali, *L'evoluzione dei profili esimenti del Modello di organizzazione e gestione: tecniche di aggiornamento e criticità*, in *Resp. Amm. Soc. Enti*, 2020, 3, p. 293. Sul tema delle ricadute pratiche dell'impostazione rispetto ai contenuti della contestazione dell'illecito amministrativo di cui all'art. 59, d.lgs. 231/01, sia permesso, ancora una volta, rinviare a V. D'Acquarone – R. Roscini-Vitali, *Il ruolo della contestazione dell'illecito amministrativo nelle logiche difensive dell'ente*, in *Resp. Amm. Soc. Enti*, 2016, 3, p. 137.

32 Sostiene che è importante sfatare «*per facta concludentia* le sin troppo facili profezie dell'esegetica pessimistica, se non

nichilista, del decreto del 2001, le quali – giudicando l'esimente in questione mera "norma simbolica", fragile foglia di fico di suggestione garantista apposta a una sostanza imputativa puramente obiettiva – pronostica[no] la pratica inapplicabilità di questa parte – secondo la *ratio legis* viceversa fondamentale – del sistema», C.E. Paliero, *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza: decisione "lassista" o interpretazione costituzionalmente orientata?*, *cit.*, p. 478.

33 *Relazione al d.lgs. 231/01*, in S.M. CORSO, *op. cit.*, p. 456 sg.

34 Così A. Alessandri, *Reati colposi e modelli di organizzazione e gestione*, in *Analisi Giur. Econ.*, 2009, 2, p. 341. Nello stesso senso, v. F. Bordiga, *Commento agli artt. 5-6-7. Profili societari*, in D. Castronuovo – G. De Simone – E. Ginevra – A. Lionzo – D. Negri – G. Varraso (a cura di), *op. cit.*, p. 187, secondo il quale «la nozione di interesse non ha una connotazione certa nella materia in esame». Nel senso che è questione tuttora alquanto controversa quella relativa al significato da attribuire al concetto di interesse e che si tratta di uno dei profili sostanziali più discussi di tutto il sistema normativo del d.lgs. 231/01, v. M.M. Scoletta, *La disciplina della responsabilità da reato degli enti collettivi: teoria e prassi giurisprudenziale*, in G. Canzio – L.D. Cerqua – L. Lupària (a cura di), *Diritto penale delle società*, Cedam, 2016, p. 849. Pone opportunamente in luce la centralità assunta nell'economia della fattispecie ascrittiva, sul versante della prassi giurisprudenziale, dal criterio oggettivo dell'interesse, a discapito della colpa di organizzazione, A. Gargani, *Responsabilità collettiva da delitto colposo d'evento: i criteri di imputazione nel diritto vivente*, in R. Borsari (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, JusQuid Sezione Scientifica, 2016, p. 308. V. anche, con specifico riferimento alle ipotesi di reato-presupposto commesso da uno dei soggetti in posizione apicale, A. Alessandri, *I criteri di imputazione della responsabilità all'ente: inquadramento concettuale e funzionalità*, in A. Stile – V. Mongillo – G. Stile (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001*, Jovene Editore, 2013, p. 239, il quale ritiene che, in tali ipotesi, la responsabilità dell'ente «abbia ormai assunto un profilo schiettamente oggettivo».

35 Atto CE 19 giugno 1997, in *G.U.*, 2° serie speciale, n. C 221 del 19 luglio 1997. Fa, invece, espresso riferimento al concetto di vantaggio la direttiva UE 13 dicembre 2011, n. 92 sulla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, che sostituisce la decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio (in *G.U.U.E.*, n. L 335 del 17 dicembre 2011): «gli Stati membri adottano le misure necessarie per assicurare che le persone giuridiche possano essere ritenute responsabili dei reati di cui agli articoli da 3 a 7 commessi a loro vantaggio da qualsiasi soggetto, a titolo individuale o in quanto membro di un organismo della persona giuridica, che detenga una posizione preminente in seno alla persona giuridica» (art. 12, § 1); «gli Stati membri adottano inoltre le misure necessarie per assicurare che le persone giuridiche possano essere ritenute responsabili qualora la mancata sorveglianza o il mancato controllo da parte di un soggetto tra quelli di cui al paragrafo 1 abbiano reso possibile la commissione, a vantaggio della persona giuridica, dei reati di cui agli articoli da 3 a 7 da parte di una persona sottoposta all'autorità di tale soggetto» (art. 12, § 2).

36 Art 11, comma 1, lett. *e*, l. 300/00, in *G.U.* n. 250 del 25 ottobre 2000 (s.o.).

37 A titolo esemplificativo: «l'aver agito per conto [art. 121-2, c.p. francese; art. 13, *Corpus Juris*] della persona giuridica o a suo vantaggio [§ 13, comma 1, n. 1, *Verbandsverantwortlichkeitsgesetz* austriaco]», o «per suo conto o a suo vantaggio» (art. 1, comma 1, l. sammarinese 6/10), o «in suo nome o per suo conto e a suo vantaggio» (art. 13-*bis*, comma 1, c.p. spagnolo), o «in suo nome e nell'interesse collettivo» (art. 11, comma 2, lett. *a*, c.p. portoghese), o «nell'esercizio di attività commerciali conformi allo scopo imprenditoriale» (art. 102, comma 1, c.p. svizzero). Decisamente più tortuose sono le formule impiegate nel § 30, comma 1, ultima parte, *OWiG* tedesco-federale («la persona giuridica o l'associazione ha ricavato o avrebbe dovuto ricavare un utile») e nell'art. 5, c.p. belga (l'ente è penalmente responsabile «dei reati che sono intrinsecamente legati alla realizzazione del suo oggetto o alla tutela dei suoi interessi, o di quelli di cui i fatti concreti dimostrano che sono stati commessi per suo conto»). D'altra parte, anche nel progetto elaborato dalla commissione Grosso era stato messo a punto il criterio oggettivo di imputazione dell'interesse, tipizzato, nell'art. 121, comma 1, come segue: «*a*) delitti dolosi commessi per conto o comunque nell'interesse specifico della persona giuridica, da persona che aveva il potere di agire per essa; *b*) reati realizzati nello svolgimento dell'attività della persona giuridica, con inosservanza di disposizioni pertinenti a tale attività, da persone che ricoprono una posizione di garanzia all'interno dell'organizzazione complessa» (in *Riv. It. Dir. E Proc. Pen.*, 2001, p. 691). Per una ricostruzione analitico-comparativa dei criteri di collegamento nell'ambito dei diversi paradigmi ascrittivi via via implementati a livello eurounitario, v. G. De Simone, *Commento all'art. 5. Profili penalistici*, in D. Castronuovo – G. De Simone – E. Ginevra – A. Lionzo – D. Negri – G. Varraso (a cura di), *op. cit.*, p. 111 e G. De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparativi*, *cit.*, p. 374.

38 A. Alessandri, *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, Giuffrè Editore, 1984, p. 116.

39 D. Pulitanò, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. It. Dir. E Proc. Pen.*, 2002, p. 425; D. Pulitanò, *La responsabilità "da reato" degli enti nell'ordinamento italiano*, in AAVV, *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, in *Cass. Pen.*, 2003, Suppl. al n. 6, p. 15. Analogamente, nel senso che si tratterebbe di due sinonimi, v.: G. Cocco, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. It. Dir. E Proc. Pen.*, 2004, p. 95; F. Cordero, *Procedura penale*, Giuffrè Editore, 2001, p. 1300; A. Fiorella, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè Editore, 2006, p. 5102; A. Manna, *La responsabilità da reato degli enti*, in A. Manna (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, Cedam, 2010, p. 55; A. Manna, *La c.d.*

responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista, in *Cass. Pen.*, 2003, p. 1114. Per una sintesi esaustiva delle diverse opinioni, si rinvia a R. Lottini, *I criteri di imputazione oggettiva: i soggetti che impegnano la responsabilità dell'ente e il criterio dell'interesse o del vantaggio*, in A. Cadoppi – S. Canestrari – A. Manna – M. Papa (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, Utet Giuridica, 2016, p. 2427.

40 Cass. Pen., Sez. II, 30 gennaio 2006 (ud. 20 dicembre 2005), n. 3615, *cit.* Così anche, nella giurisprudenza di merito, Trib. Milano, 14 dicembre 2004, n. 2333, in *Foro It.*, 2005, 2, c. 527, secondo cui «l'espressione "nell'interesse o a vantaggio dell'ente", utilizzata dal legislatore nell'art. 5, comma 1, non costituisce un'endiadi rafforzativa, in quanto i due termini non sono sinonimi e la congiunzione "o" deve essere intesa in modo disgiuntivo, nel senso che, purché il reato sia stato compiuto nell'interesse dell'ente, non occorre anche che da esso l'ente abbia tratto un vantaggio».

41 A. Astrologo, *"Interesse" e "vantaggio" quali criteri di attribuzione della responsabilità dell'ente nel d.lgs. 231/2001*, in *Indice Pen.*, 2003, p. 656.

42 In ordine alla c.d. tesi dualistica, v., *ex plurimis*: Cass. Pen., Sez. II, 9 dicembre 2016 (ud. 27 settembre 2016, n. 52316, in *Guida Dir.*, 2017, 9, p. 101, secondo cui «in tema di responsabilità amministrativa degli enti, l'articolo 5 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, che ne individua il presupposto nella commissione dei reati "nel suo interesse o a suo vantaggio", non contiene un'endiadi, perché i predetti termini hanno riguardo a concetti giuridicamente diversi, ed evocano criteri concorrenti, ma alternativi […] Da ciò deriva che i due presupposti si trovano in concorso reale»; Cass. Pen., Sez. VI, 25 marzo 2016 (ud. 9 febbraio 2016), n. 12653, in *Guida Dir.*, 2016, 22, p. 57, secondo cui «i due criteri di imputazione sono alternativi o concomitanti»; Cass. Pen., Sez. IV, 21 gennaio 2016 (ud. 17 dicembre 2015), n. 2544, in *Guida Dir.*, 2016, 12, p. 88, secondo cui «in tema di responsabilità amministrativa degli enti derivante da reati colposi di evento, i criteri di imputazione oggettiva, rappresentati dal riferimento contenuto nell'art. 5 del d.lgs. n. 231 del 2001 all'interesse o al vantaggio, sono alternativi e concorrenti tra di loro»; Cass. Pen., Sez. II, 10 luglio 2015 (ud. 16 giugno 2015), n. 29512, in *Resp. Civ. Prev.*, 2016, p. 893, con nota di G. Manca, *"Non c'è vantaggio senza interesse" e l'illecito dell'ente non coincide col reato presupposto: conseguenze sul momento determinativo del vantaggio*, secondo cui «i criteri per ritenere configurata la responsabilità amministrativa da reato degli enti sono l'interesse o il vantaggio riferiti alla condotta illecita presupposta. Essi costituiscono criteri distinti, da considerarsi come concorrenti ma alternativi»; Cass. Pen., Sez. Un., 18 settembre 2014 (ud. 24 aprile 2014), n. 38343, *cit.*, secondo cui «in tema di responsabilità da reato degli enti, i criteri di imputazione oggettiva, rappresentati dal riferimento contenuto nell'art. 5 d.lgs. n. 231 del 2001 all'"interesse o al vantaggio", sono alternativi e concorrenti tra loro»; Cass. Pen., Sez. V, 4 marzo 2014 (ud. 28 novembre 2013), n. 10265, in *Cass. Pen.*, 2014, 10, p. 3234, con nota di A. Fux, *Ulteriori precisazioni sui confini della nozione di profitto: è necessaria l'"esternalità"*, secondo cui «i criteri ascrittivi della responsabilità da reato degli enti, rappresentati dal riferimento contenuto nell'art. 5 del d.lgs. n. 231 del 2001 all'"interesse o al vantaggio", evocano concetti distinti e devono essere intesi come criteri concorrenti, ma comunque alternativi»; Cass. Pen., Sez. II, 30 gennaio 2006 (ud. 20 dicembre 2005), n. 3615, *cit.*, secondo cui «in tema di responsabilità da reato delle persone giuridiche e delle società, l'espressione normativa, con cui se ne individua il presupposto nella commissione dei reati "nel suo interesse o a suo vantaggio", non contiene un'endiadi, perché i termini hanno riguardo a concetti giuridicamente diversi, […] sicché l'interesse ed il vantaggio sono in concorso reale». V., in dottrina, G. Amato, *Osservazioni sulla rilevanza del vantaggio per l'ente e sulla "quantificazione" di tale vantaggio nella responsabilità amministrativa da reato colposo*, in *Resp. Amm. Soc. Enti*, 2013, 3, p. 186.

43 *Relazione al d.lgs. 231/01*, in S.M. Corso, *op. cit.*, p. 455.

44 Cass. Pen., Sez. II, 9 dicembre 2016 (ud. 27 settembre 2016), n. 52316, *cit.* Nello stesso senso, v., *ex plurimis*: Cass. Pen., Sez. VI, 25 marzo 2016 (ud. 9 febbraio 2016), n. 12653, *cit.*, secondo cui «quello costituito dall'interesse esprime una valutazione teleologica del reato, apprezzabile *ex ante*, cioè al momento della commissione del fatto e secondo un metro di giudizio marcatamente soggettivo»; Cass. Pen., Sez. Un., 18 settembre 2014 (ud. 24 aprile 2014), n. 38343, *cit.*, secondo cui «il criterio dell'interesse esprime una valutazione teleologica del reato, apprezzabile "*ex ante*", cioè al momento della commissione del fatto e secondo un metro di giudizio marcatamente soggettivo»; Cass. Pen., Sez. V, 15 ottobre 2012 (ud. 26 aprile 2012), n. 40380, *cit.*, secondo cui «la nozione di interesse esprime la proiezione soggettiva dell'autore […] e rappresenta una connotazione accertabile con analisi "*ex ante*"»; Cass. Pen., Sez. II, 27 marzo 2009 (ud. 17 marzo 2009), n. 13678, in *Cass. Pen.*, 2010, 4, p. 1577, secondo cui «potendosi distinguere un interesse "a monte" per effetto di un indebito arricchimento, prefigurato e magari non realizzato, in conseguenza dell'illecito»; Cass. Pen., Sez. II, 30 gennaio 2006 (ud. 20 dicembre 2005), n. 3615, *cit.*, secondo cui «si può distinguere un interesse "a monte" della società ad una locupletazione – prefigurata, pur se di fatto, eventualmente, non più realizzata – in conseguenza dell'illecito». V., nella giurisprudenza di merito, *ex plurimis*: Trib. Tolmezzo, Sez. G.u.p., 3 febbraio 2012 (ud. 23 gennaio 2012), n. 18, *cit.*, secondo cui «in generale i concetti di interesse e vantaggio si riferiscono a sfere diverse: il primo alla tensione soggettiva della condotta verso un risultato favorevole; il secondo al risultato oggettivamente conseguito»; Trib. Novara, Sez. G.u.p., 1° ottobre 2010, *cit.*, secondo cui il concetto di interesse «evoca l'interesse prefigurato "a monte" come indebito arricchimento conseguente all'illecito»; Trib. Pordenone, 23 luglio 2010, Savoia Cinque, in *Giur. Merito*, 2011, 2, p. 482, secondo cui «l'interesse costituisce la prefigurazione di un indebito arricchimento che sarebbe possibile trarre dalla condotta criminosa ma è indipendente dall'effettiva realizzazione

dell'arricchimento e, a maggior ragione, dall'individuazione del momento consumativo del reato»; Trib. riesame Milano, 20 dicembre 2004 (ord.), Ivri, in *Resp. Amm. Soc. Enti*, 2006, 2, p. 165, con nota di G. Cardani, *Spunti di riflessione applicativi a partire dall'ordinanza del Tribunale di Milano del 20 dicembre 2004*, secondo cui «l'"interesse" implica solo la finalizzazione del reato a quell'utilità, senza peraltro richiedere che questa venga effettivamente conseguita». In dottrina, questo punto di vista è condiviso, tra gli altri, da C.E. Paliero, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, in A. Alessandri, *Il nuovo diritto penale delle società*, Ipsoa, 2002, p. 51 e da R. Rordorf, *La responsabilità amministrativa delle società. D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Le Società*, 2001, p. 1298. Ritengono che si tratti di un criterio di imputazione che assume una connotazione soggettiva anche A. Bernasconi, *La responsabilità dell'ente. I criteri di imputazione. Il gruppo di imprese*, in A. Presutti – A. Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè Editore, 2018, p. 68; A. Manna, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2002, p. 508; C.E. Paliero, *La responsabilità penale della persona giuridica: profili strutturali e sistematici*, in G. De Francesco (a cura di), *op. cit.*, p. 22; M.A. Pasculli, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi nell'ordinamento italiano*, Cacucci Editore, 2005, p. 171; F. Vignoli, *Societas puniri potest. Profili critici di un'autonoma responsabilità dell'ente collettivo*, in *Dir. Pen. E proc.*, 2004, p. 909. V., altresì, C. Santoriello, *I requisiti dell'interesse e del vantaggio della società nell'ambito della responsabilità da reato dell'ente collettivo*, in *Resp. Amm. Soc. Enti*, 2008, 3, p. 55 e C. Santoriello, *Violazioni delle norme antinfortunistiche e reati commessi nell'interesse o a vantaggio della società*, in *Resp. Amm. Soc. Enti*, 2008, 1, p. 165.

45 In tale senso, secondo la dottrina più recente, v. F.C. Bevilacqua, *Responsabilità da reato ex d.lgs. 231/2001 e gruppi di società*, Egea, 2006, p. 86 e P. Sfameni, *Idoneità dei modelli organizzativi e sistema di controllo interno*, in *Analisi Giur. Econ.*, 2009, p. 267.

46 In tale senso, sempre secondo la dottrina più recente, v. M. Maugeri, *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria)*, in *Orizzonti Del Diritto Commerciale*, 2014, p. 9. Per una disamina analitica dei vari aspetti societari legati al nesso di ordine teleologico dell'interesse, v. F. BORDIGA, *cit.*, in D. Castronuovo – G. De Simone – E. Ginevra – A. Lionzo – D. Negri – G. Varraso (a cura di), *op. cit.*, p. 188.

47 Nel senso che il criterio di imputazione dell'interesse altro non sarebbe che la traduzione in termini normativi dell'idea dell'immedesimazione organica, v.: G. Cocco, *cit.*, p. 96; C. De Maglie, *op. cit.*, p. 331; G. De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparativi*, *cit.*, p. 372; M.A. Manno, *Non è colpa mia! Alla ricerca della colpevolezza perduta nella responsabilità "da reato" degli enti collettivi*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2018, p. 139; M.A. Pasculli, *op. cit.*, p. 169; C. Piergallini, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2002, p. 581; C. Piergallini, *Societas delinquere et puniri non potest*, in *Questione Giust.*, 2002, p. 1098; M.M. Scoletta, *La disciplina della responsabilità da reato degli enti collettivi: teoria e prassi giurisprudenziale*, in G. Canzio – L.D. Cerqua – L. Lupària (a cura di), *op. cit.*, p. 848.

48 Così anche: G. De Simone, *Id.* p. 377; M.A. Manno, *Id.*, p. 144; D. Pulitanò, *La responsabilità "da reato" degli enti nell'ordinamento italiano*, in AAVV, *cit.*, p. 15; D. Pulitanò, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, *cit.*, p. 425; M. Riverditi, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione*, Jovene Editore, 2009, p. 184.

49 Paventa tale rischio A. MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, *cit.*, p. 1114.

50 *Relazione al d.lgs. 231/01*, in S.M. Corso, *op. cit.*, p. 454.

51 Trib. Trani, Sez. dist. Molfetta, 11 gennaio 2010 (ud. 26 ottobre 2009), Truck Center e al., in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2010, p. 539.

52 Così D. Pulitanò, *La responsabilità "da reato" degli enti nell'ordinamento italiano*, in AAVV, *cit.*, p. 15 e D. Pulitanò, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, *cit.*, p. 425. Ritengono, *ex plurimis*, che il criterio dell'interesse vada inteso in senso oggettivo: A. Alessandri, *I criteri di imputazione della responsabilità all'ente: inquadramento concettuale e funzionalità*, in A. Stile – V. Mongillo – G. Stile (a cura di), *op. cit.*, p. 231; A. Alessandri – S. Seminara, *Diritto penale commerciale*, G. Giappichelli Editore, 2018, p. 95; G. Cocco, *cit.*, p. 95; G. De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparativi*, *cit.*, p. 376; G. De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, *cit.*, p. 160; S. Dovere, *Morfologie dell'imputazione all'ente dell'illecito connesso a reati colposi. Perché riformare*, in *Resp. Amm. Soc. Enti*, 2018, 4, p. 41; F.B. Giunta, *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2004, p. 7; F.B. Giunta, *La punizione degli enti collettivi: una novità attesa*, in G. De Francesco (a cura di), *op. cit.*, p. 40; M. Guernelli, *La responsabilità delle persone giuridiche nel diritto penale-amministrativo interno dopo il d.legisl. 8 giugno 2001, n. 231 (Prima parte)*, in *Studium Iuris*, 2002, p. 290; R. Guerrini, *Le modifiche al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, in F.B. Giunta – D. Micheletti (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Giuffrè Editore, 2010, p. 146; A. Manna, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, *cit.*, p. 1114; M. Pelissero, *La responsabilità degli enti*, in F. Antolisei, *op. cit.*, p. 757; A. Picillo, *L'infortunio sul lavoro nell'ambito della responsabilità degli enti: il criterio d'imputazione oggettiva*, in *Arch. Pen.*, 2013, 3, p. 11; F. Sgubbi – A. Astrologo, *Commento all'art. 5, d.lgs. 231/01*, in M. Levis – A. Perini (diretto da), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Zanichelli Editore, 2014, p. 154; F. Vignoli, *cit.*, p. 909. In chiave critica, v., però, da ultimo, M. Riccardi, *La "sfuggente"*

dimensione oggettiva dell'interesse dell'ente, in *Resp. Amm. Soc. Enti*, 2018, 2, p. 257. Secondo un'altra parte della dottrina, l'interesse presenterebbe, invece, un duplice profilo, a un tempo oggettivo e soggettivo: v., in tale senso, E.M. Ambrosetti, *Efficacia della legge penale nei confronti delle persone. Persone giuridiche e responsabilità amministrativa da reato*, in M. Ronco (diretto da), *Commentario sistematico al codice penale. La legge penale*, Zanichelli Editore, 2006, p. 197; A. Fiorella, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in S. Cassese (a cura di), *op. cit.*, p. 5102; N. Pisani, *La struttura dell'illecito e i criteri di imputazione*, in A. D'Avirro – A. Di Amato (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti*, Cedam, 2009, p. 111; M.M. Scoletta, *Responsabilità ex crimine dell'ente e delitti colposi d'evento: la prima sentenza di condanna*, in *Le Società*, 2010, p. 1121; N. Selvaggi, *Infortuni sul lavoro e interesse dell'ente*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2010, pp. 512 e 522; N. Selvaggi, *L'interesse dell'ente collettivo*, Jovene Editore, 2006, p. 169. Nel senso che, pure essendo la nozione di interesse caratterizzata da una prevalente connotazione soggettiva, non può comunque prescindersi da un confronto con un parametro oggettivo, non rimesso esclusivamente a imperscrutabili intendimenti dell'autore materiale del reato-presupposto, v., nella giurisprudenza di legittimità, Cass. Pen., Sez. VI, 6 dicembre 2018 (ud. 25 settembre 2018), n. 54640, *cit.* Sempre in questo ordine di idee, già prima, del resto, la giurisprudenza di legittimità aveva sostenuto che non sarebbe corretto fare coincidere l'interesse oggettivo con le soggettive intenzioni e rappresentazioni dell'autore materiale del reato-presupposto, in quanto tale requisito finirebbe per essere ingiustificatamente identificato con il dolo specifico che riguarda la sfera soggettiva dell'autore materiale del reato-presupposto e non l'ente: v., sul punto, Cass. Pen., Sez. VI, 5 giugno 2013 (ud. 22 maggio 2013), n. 24559, in *Cass. Pen.*, 2014, 4, p. 1361, con nota di M.F. Cialdella, *Il requisito dell'interesse alla commissione del reato presupposto ai fini della responsabilità dell'ente*.

53 Trib. Trani, Sez. dist. Molfetta, 11 gennaio 2010 (ud. 26 ottobre 2009), Truck Center e al., *cit.* Nel senso che il requisito dell'interesse sia legato «agli obiettivi strategici dell'impresa», v. Cass. Pen., Sez. IV, 27 settembre 2016 (ud. 23 febbraio 2016), n. 40033, in www.ilsocietario.it, 6 ottobre 2016. In termini, v. Cass. Pen., Sez. VI, 7 luglio 2016 (ud. 10 novembre 2015), n. 28299, *cit.* e Cass. Pen., Sez. II, 30 gennaio 2006 (ud. 20 dicembre 2005), n. 3615, *cit.*, secondo cui «il d.lgs. n. 231/2001 aggancia il rimprovero nei confronti della persona giuridica ad un difetto della organizzazione di impresa, rispetto ad un modello di diligenza esigibile dall'ente come soggetto collettivo».

54 Cass. Pen., Sez. III, 28 gennaio 2020 (ud. 18 novembre 2019), n. 3458, in *Dir. Giust.*, 29 gennaio 2000. Del resto, già il legislatore delegato prendeva in considerazione l'«ipotesi di c.d. "amministratore infedele", che agisce cioè contro l'interesse dell'ente al suo corretto funzionamento» (*Relazione al d.lgs. 231/2001*, in S.M. Corso, *op. cit.*, p. 458).

55 Trib. Milano, Sez. G.u.p., 8 marzo 2012 (ud. 6 ottobre 2011) (ord.), *cit.*

56 C.E. Paliero, *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza: decisione "lassista" o interpretazione costituzionalmente orientata?*, *cit.*, p. 480.

57 *Relazione al d.lgs. 231/01*, in S.M. Corso, *op. cit.*, p. 456.

58 Di conseguenza, al vantaggio (inteso come risultato perseguito, esterno alla condotta) andrebbe riconosciuto un ruolo solamente nei reati dolosi, quale «altro modo, al di fuori di una politica d'impresa manifesta, di individuare la partecipazione decisionale dell'ente, anche solo in termini di connivenza o di accettazione del rischio» (M.N. Masullo, *Responsabilità dell'ente e reati colposi: il profilarsi di una diversa esigenza imputativa*, in G. Casaroli – F.B. Giunta – R. Guerrini – A. Melchionda (a cura di), *La tutela penale della sicurezza del lavoro*, Edizioni ETS, 2015, p. 213). Nel senso che quello dell'interesse sembra, in effetti, essere l'unico criterio di collegamento davvero rilevante, mentre il vantaggio rappresenterebbe una sorta di variabile causale, che potrà anche darsi concretamente, senza che, per ciò solo, si debba ipotizzare una responsabilità da reato dell'ente, v.: P. Aldrovandi, *La responsabilità amministrativa degli enti per i reati in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro alla luce del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, in *Indice Pen.*, 2009, p. 497; F.C. Bevilacqua, *op. cit.*, p. 62; C. De Maglie, *op. cit.*, p. 332; G. De Simone, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d'imputazione*, in *Dir. Pen. Cont.*, 20 ottobre 2012, p. 34; G. De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparativi*, *cit.*, p. 374; G. De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, *cit.*, p. 158; O. Di Giovine, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in G. Lattanzi (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Giuffrè Editore, 2010, p. 71; A. Fiorella, *Principi generali e criteri di imputazione all'ente della responsabilità amministrativa*, in G. Lancellotti (a cura di), *La responsabilità della società per il reato dell'amministratore*, G. Giappichelli Editore, 2003, p. 88; L. Foffani, *Responsabilità delle persone giuridiche e riforma dei reati societari*, in F. Palazzo (a cura di), *op. cit.*, p. 253; R. Guerrini, *La responsabilità da reato degli enti*, Giuffrè Editore, 2006, p. 205; R. Guerrini, *Le modifiche al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, in F.B. Giunta – D. Micheletti (a cura di), *op. cit.*, p. 146; A. Manna, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, *cit.*, p. 509; C.E. Paliero, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, in A. Alessandri, *Il nuovo diritto penale delle società*, *cit.*, p. 59; C. Pecorella, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in A. Alessandri e al. (a cura di), *La responsabilità amministrativa degli enti. D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Ipsoa, 2002, p. 83 e n. 54; M. Pelissero, *La responsabilità degli enti*, in F. Antolisei, *op. cit.*, p. 756; M. Pelissero, *La "nuova" responsabilità amministrativa delle persone giuridiche. Disposizioni sostanziali*, il *Legisl. Pen.*, 2002, p. 581; C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del modello organizzativo ex D.Lgs. n. 231/2001)*, in *Studi Mario Romani*, Jovene Editore, 2014, p. 2052; N. Pisani, *cit.*, in A. D'Avirro – A. Di Amato (a cura di), *op. cit.*, p. 110; S. Putinati, *Commento all'art. 3, d.lgs.*

61/02 (Responsabilità amministrativa delle società), in A. Lanzi – A. Cadoppi (a cura di), *I reati societari*, Cedam, 2002, p. 362; M. Riverditi, *op. cit.*, p. 182; T. Vitarelli, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, in *Riv. It. Dir. E Proc. Pen.*, 2009, p. 705. V., inoltre, nella giurisprudenza di merito, Trib. Camerino, 9 aprile 2013, in *Riv. Pen.*, 2013, p. 695. Nel senso che occorre attribuire alla disposizione di cui all'art. 5 un «significato unitario, polarizzato sul concetto stabile e pregnante di interesse», v. N. Selvaggi, *L'interesse dell'ente collettivo*, *cit.*, p. 112. Sulla stessa lunghezza d'onda, in prospettiva *de lege ferenda*, focalizza in via esclusiva l'attenzione sul criterio di collegamento dell'interesse anche il progetto Pisapia del 2007 (art. 56, comma 1, lett. *c*). *Contra*, v.: M.M. Scoletta, *La disciplina della responsabilità da reato degli enti collettivi: teoria e prassi giurisprudenziale*, in G. Canzio – L.D. Cerqua – L. Lupària (a cura di), *op. cit.*, p. 850; M.M. Scoletta, *Responsabilità ex crimine dell'ente e delitti colposi d'evento: la prima sentenza di condanna*, *cit.*, p. 1123; M.A. Manno, *cit.*, p. 142; G. De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparativi*, *Id.* p. 375; M. Riverditi, *Ibid.*

59 Sulla regola di giudizio, v. C. Santoriello, *La regola di giudizio nel processo agli enti collettivi: il criterio civilistico del "più probabile che no" e lo standard del processo penale dell'"oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Resp. Amm. Soc. Enti*, 2010, 1, p. 21 e M.M. Scoletta, *La disciplina della responsabilità da reato degli enti collettivi: teoria e prassi giurisprudenziale*, in G. Canzio – L.D. Cerqua – L. Lupària (a cura di), *Id.* p. 864.

60 Trib. Milano, Sez. G.i.p., 20 settembre 2004, V.C.M., in *Corr. Giur.*, 2004, 47, p. 69.

61 Identifica quella dell'ente come un'«ampia facoltà di fornire prova liberatoria» Cass. Pen., Sez. VI, 16 luglio 2010 (ud. 18 febbraio 2010), n. 27735, *cit.*

62 A. Fiorella, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, G. Giappichelli Editore, 2018, p. 655 sgg.

63 S. Massi, *Verso una concezione integrata della condotta nell'interesse dell'ente?*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2020, 1-2, p. 47.

64 A. Fiorella, *From "Macro-Anthropos" to "Multi-Person Organisation"*, in A. Fiorella (a cura di), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. Towards a Common Model in the European Union*, Jovene Editore, 2012, p. 394, che, nella versione inglese, recita come segue: «what schould contribute to establishing the connection between the individual's conduct and the entity may wind up being absorbed within it, with the perverse consequence of giving importance also to completely outlandisch "ispiration" of the specific perpetrator. The perpetrator's motive should correspond to an "objective" interest of the entity». Anche per F. Compagna, *The Commission of the offence "for the benefit" of the Entity*, in A. Fiorella (a cura di), *Id.* p. 194, «a totally wrong evalutation of the relationship between one's own conduct and the interests of a corporate entity, even though it might be decisive from a motivational viewpoint, may not in any case make up for an objective relationship between unlawful conduct and corporate interests. For these reasons most courts agree that the notion of interest shall not be meant as the result of an accurate psychological introspection but as an objective link between a specific offence and an entity's own purposes».

65 Trib. Trani, Sez. dist. Molfetta, 11 gennaio 2010 (ud. 26 ottobre 2009), Truck Center e al., *cit.*

66 S. Massi, *cit.*, p. 53.

67 *Ibid.*

68 V. Muscatiello, *Il ruolo dell'autonormazione nel diritto penale della società del rischio. L'euristica del prima, la maledizione del dopo*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2020, 1-2, p. 379.

69 Per un magistrale affresco del processo di emersione della codificazione delle buone prassi nell'economia globale, v. C. Piergallini, *Globalizzazione dell'economia, rischio-reato e responsabilità ex crimine delle multinazionali*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2020, 1-2, p. 152 sgg., il quale, rispetto a tale codificazione, segnala che «il "Penale" pare atteggiarsi come un intruso. […] Il suo DNA stride con quello della globalizzazione. Il diritto penale è sempre stato, per sua natura, territoriale (statuale), *hard* (sul piano delle fonti) e digitalizzato (secondo un modello decisionale di tipo "classificatorio", che condiziona in termini oppositivi i giudizi imputativi: tipico/atipico, colpevole/non colpevole, ecc.). Per di più, la sua natura punitiva ha tramandato quasi sempre ostilità rispetto a forme *extra*-penali di composizione del sottostante conflitto sociale. La globalizzazione del diritto ha sensibilmente scosso il fortino, provocando crepe che ne minacciano la stabilità. Gli attacchi più acuminati si sono consumati, e continuano a consumarsi, prevalentemente sul piano delle fonti. È sotto gli occhi di tutti che l'irruzione di componenti internazionali e sovranazionali ha profondamente sovvertito l'idea del diritto penale come "spazio chiuso" e ordinato. Ormai convergono, nel "Penale", sistemi normativi diversi ma simultaneamente applicabili, secondo una logica di "internormatività giuridica"».

70 S. Massi, *cit.*, p. 66.

GIURISPRUDENZA PENALE

GUIDO STAMPANONI BASSI, avvocato penalista del foro di Milano, si occupa di diritto penale dell'economia e di responsabilità degli enti ex D. Lgs. 231/2001. Editore e Direttore della rivista Giurisprudenza Penale. Componente dell'Osservatorio "Corte Costituzionale" dell'Unione delle Camere Penali Italiane. E' docente in Master ed autore di pubblicazioni scientifiche.

AUTORI

Federica Assumma
Paolo Balboni
Marco Alessandro Bartolucci
Giuseppe Massimo Cannella
Jean-Paule Castagno
Cinzia Catrini
Milena Cirigliano
Claudia Corsaro
Simone Maria D'Arcangelo
Marco Dall'Antonia
Enrico De Fusco
Roberto De Luca
Alessandro De Nicola
Roberta De Paolis
Luca Del Favero
Giuseppe Di Vetta
Marika Fardo
Pio Gaudiano
Giovanni Grasso
Ugo Lecis
Valentina Mancuso
Andrea Mazzillo
Cristiana Montesarchio
Antonio Morello
Giovanni Morgese
Mattia Moscardini
Osservatorio 231 UCPI
Giovanni Palmieri
Filomena Pisconti
Dorella Quarto
Pierpaolo Rivello
Fabrizio Sardella
Alice Savarino
Nicola Sciarra
Pasqualino Silvestre
Andrea Alfonso Stigliano
Cesare Trabace
Remo Trezza
Francesca Tugnoli
Francesca Valenti
Andrea Vianelli
Giuseppe Zarrella

COMITATO SCIENTIFICO

Roberto Bartoli
Luca Bassi
Hervé Belluta
Sergio Beltrani
Alessandro Bernasconi
Riccardo Borsari
Renato Bricchetti
Massimo Ceresa-Gastaldo
Federico Consulich
Luigi Cornacchia
Roberto Crepaldi
Cristiano Cupelli
Emanuele D'Innella
Annalisa De Vivo
Ombretta Di Giovine
Anna Doro
Désirée Fondaroli
Alessandro Galimberti
Marco Gambardella
Giulio Garuti
Elisa Lorenzetto
Alessandro Melchionda
Enrico Mezzetti
Guido Pavan
Andrea Perini
Alessandro Pistochini
Daniele Piva
Alessandra Rossi
Ciro Santoriello
Nicola Selvaggi
Guido Stampanoni Bassi
Andrea Tripodi
Gianluca Varraso
Paolo Vernero