



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI REGGIO CALABRIA
“MEDITERRANEA”
Facoltà di Giurisprudenza

DOTTORATO IN DIRITTO ED ECONOMIA
CURRICULUM DI DIRITTO PUBBLICO DELL'ECONOMIA
XXXI - CICLO

Controlli di prevenzione e responsabilità dell'ente

Tutor:
Ch.mo Prof. Nicola Selvaggi

Candidata:
Marianna Geraci

Anno Accademico 2017-2018

INDICE

<i>Introduzione</i>	6
---------------------------	---

CAPITOLO I

CRIMINALITA' D'IMPRESA E SISTEMA DEI CONTROLLI

1. Premessa.....	13
2. L'evoluzione dell'organizzazione societaria: dalla <i>corporate governance</i> all' <i>internal governance</i>	19
3. L'evoluzione del concetto di controllo. Le differenze con l'attività di vigilanza. Tipi di controllo.....	22
4. I controlli interni: breve panoramica.....	25
5. Il sistema di controllo interno e la gestione del rischio-reato: osservazioni preliminari.....	30
5.1. Segue: i presidi di controllo <i>ex</i> D.lgs. n. 231/2001.....	32
6. Problematiche relative alla complessità dei controlli. In particolare: la responsabilità penale.....	35
7. Delimitazione delle responsabilità individuale e dell'ente. Scopo dell'indagine.....	37

CAPITOLO II

IL CONTROLLO DEL RISCHIO-REATO NEL SISTEMA DEL D.LGS. N.

231/2001

1. I Modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo.....	41
1.1. Segue: il contenuto del "dovere di organizzazione".....	44
2. La vigilanza sui Modelli: l'Organismo di Vigilanza.....	47
3. Struttura dell'Organismo di Vigilanza.....	49
4. Struttura dei controlli interni all'ente.....	58
5. L'organizzazione del controllo per funzioni.....	61

6. I livelli del controllo.....	62
7. Il ruolo dell’Organismo di Vigilanza.....	63
8. I rapporti tra l’Organismo di Vigilanza e gli altri organi societari: premessa.....	64
8.1. L’Organismo di Vigilanza e gli amministratori.....	64
8.2. L’Organismo di Vigilanza e il Collegio Sindacale.....	68
8.3. I rapporti tra l’Organismo di Vigilanza e le altre Funzioni: l’ <i>Internal Audit</i>	77
8.4. I rapporti tra Organismo di Vigilanza e la Funzione di <i>Compliance</i> . In particolare: il <i>Compliance Officer</i>	79
8.5. Focus: l’OdV a composizione mista e nei gruppi di imprese.....	83
9. Il D.lgs. n. 231/2001 e i Modelli Anticorruzione: premesse.....	87
9.1. Segue: il D.lgs. 231/2001 e i Modelli Anticorruzione: punti di contatto.....	91
9.2. L’Organismo di Vigilanza e il Responsabile della Prevenzione della Corruzione.....	93
10. Funzione e poteri dell’Organismo di Vigilanza.....	98
10.1. Le attività di formazione e informazione.....	102
10.2. Il controllo sull’effettività del Modello.....	103
10.3. Il controllo sull’attività di aggiornamento del Modello.....	104
11. Considerazioni intermedie sull’Organismo di Vigilanza nel sistema della responsabilità da reato degli enti.....	106

CAPITOLO III

DINAMICITA’ DEI SISTEMI DI CONTROLLO DEL RISCHIO-REATO

1. Profili dinamici del controllo: premessa.....	110
2. I flussi informativi.....	111
2.1. I flussi informativi periodici.....	114
2.2. I flussi informativi “ <i>ad hoc</i> ”.....	115
2.3. I flussi dall’OdV verso i vertici societari.....	117
3. Canali interni di segnalazione dell’illecito: la disciplina del <i>Whistleblowing</i> prima della Legge n. 179/2017.....	119

3.1. Segue: <i>Whistleblowing</i> e altre normative di settore.....	122
3.2. Il <i>Whistleblowing</i> e la Legge n. 197/2017.....	124
3.3. Il <i>Whistleblowing</i> e la Legge n. 197/2017: le modifiche al D.lgs. 231/2001.....	126
3.4. Breve analisi della novella legislativa.....	128
3.5. I rapporti tra <i>Whistleblowing</i> e Organismo di Vigilanza.....	130
4. Aspetti evolutivi della <i>criminal compliance: internal investigations</i>	132
4.1. Segue: Brevi cenni dell'esperienza statunitense.....	133
4.2. Investigazioni difensive nel sistema domestico: la Legge n. 397/2000.....	137
4.3. Profili dinamici delle investigazioni interne.....	140

CAPITOLO IV

PROFILI DI RESPONSABILITA' DELL'ORGANISMO DI VIGILANZA

1. Riepilogo dell'attività dell'Organismo di Vigilanza: delimitazione dei compiti e delle responsabilità.....	146
2. Profili di responsabilità dell'Organismo di Vigilanza.....	149
2.1. Premesse dogmatiche: posizione di garanzia, causalità omissiva e poteri impeditivi.....	150
2.2. Segue: poteri impeditivi ed assetto organizzativo dell'ente.....	154
3. La posizione di garanzia dell'Organismo di Vigilanza: tesi minoritaria.....	156
3.1. L'esclusione della posizione di garanzia in capo all'OdV secondo l'orientamento maggioritario.....	158
3.2. La posizione della giurisprudenza sulla responsabilità dell'OdV.....	161
3.3. Sul coinvolgimento nel reato dei membri dell'OdV: la sentenza n. 18160/2016.....	165
3.4. Disciplina in materia di sicurezza e sistema di prevenzione del reato: applicabilità dell'art. 113 c.p. Premesse.....	167
3.5. L'Organismo di Vigilanza e il Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione.....	169

4. La responsabilità dell'Organismo di Vigilanza nello schema della colpa di organizzazione: una ricostruzione del problema.....	173
4.1. Segue: qualificazione del contributo negligente dell'Organismo di Vigilanza.....	176
4.2. Cooperazione colposa e agevolazione colposa.....	178
4.3. Tra l'azione e l'omissione: la tolleranza dell'Organismo di Vigilanza.....	179
5. D.lgs. 231/2007 e Organismo di Vigilanza: le modifiche apportate dal D.lgs. n. 90/2017 alla normativa antiriciclaggio.....	182
6. Colpa e causalità nell'attività dell'Organismo di Vigilanza. Profili di responsabilità civile.....	186

CAPITOLO V

LA COLPEVOLEZZA DI IMPRESA: TRA RESPONSABILITA' INDIVIDUALE E RESPONSABILITA' DELL'ENTE

1. Organismo di Vigilanza e valutazione giudiziale dei Modelli.....	191
2. L'elusione fraudolenta dei Modelli di Gestione, Organizzazione e Controllo.....	195
2.1. La fraudolenza come parametro di riferimento per il Modello adeguato.....	198
3. La colpevolezza dell'ente: la combinazione dell'agire organizzato e dell'agire del singolo.....	203
4. Gli strumenti e gli attori della prevenzione quali indici di valutazione nel giudizio di responsabilità dell'ente.....	206
4.1. Segue: il giudizio di responsabilità dell'ente nella piccola-media impresa.....	209
5. La separazione tra l'atteggiamento dell'ente e quello del suo esponente.....	211
6. Parametri di valutazione della colpevolezza dell'ente.....	213
<i>Conclusioni</i>	217
 Bibliografia.....	 223

Introduzione

Con l'introduzione della disciplina della responsabilità da reato degli enti collettivi l'illecito penale è divenuto un rischio d'impresa.

L'ordinamento ha avvertito l'esigenza di punire la persona giuridica per le conseguenze negative che l'attività economica può produrre in virtù della complessità organizzativa, della difficoltosa dominabilità e dell'incertezza dei processi decisionali ed esecutivi che la caratterizzano e le fattispecie criminose hanno assunto la veste di "internalità", ossia di costi nelle analisi dell'impresa. A quest'ultima spetta anzi prendere in considerazione i reati come effettive disutilità nelle proprie determinazioni, secondo la medesima logica economica che, istituzionalmente, ispira la sua azione e la sua stessa ragion d'essere qual è quella della produzione di profitto.

La necessità di far fronte alla criminalità d'impresa e a tutte quelle situazioni in cui la complessa e spesso opaca articolazione delle strutture societarie ha comportato serie difficoltà nell'accertamento di condotte illecite commesse dal singolo all'interno delle realtà organizzate, ha pertanto spinto il Legislatore all'emanazione del D.lgs. n. 231/2001 con cui, come è noto, è stata introdotta nel nostro ordinamento una forma di responsabilità in capo all'ente per i fatti di reato commessi nel suo interesse o a suo vantaggio da soggetti ad esso intranei.

Aldilà della complessiva forza dirompente rispetto alla tradizione di quello che è stato definito un "microsistema punitivo", il tratto caratterizzante tale cornice legislativa è stato certamente rappresentato dai congegnati meccanismi tanto di ascrizione della responsabilità da reato all'ente collettivo quanto di esonero dalla stessa. Sinteticamente, il presupposto oggettivo individuato dal Legislatore per delineare tale responsabilità si è fatto coincidere con la commissione di un fatto di reato commesso da soggetti interni alla società ed alla stessa legati da particolari rapporti; sotto il profilo soggettivo, invece, è stato ideato un sistema adeguato alla natura giuridica del soggetto

metaindividuale che, evidentemente, non può offrire alcun apporto psicologico alla consumazione del reato¹.

L'ente è ritenuto responsabile per una forma di colpa particolare quale è quella di organizzazione, da intendersi – in senso normativo – come la possibilità di muovere al soggetto collettivo un rimprovero per aver favorito o comunque non prevenuto la commissione dell'illecito penale per violazione o inadeguata attuazione delle regole che lo stesso soggetto è chiamato a predisporre e ad attuare proprio per prevenire lo specifico rischio da reato. Più precisamente, e sulla scorta dell'esempio fornito dall'esperienza statunitense dei *compliance programs*, la condotta illecita non potrà essere ascritta all'ente ove risulti, tra l'altro, 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.

A distanza di quasi un ventennio dall'entrata in vigore del D.lgs. n. 231/2001 sembra tuttavia che, sebbene il Legislatore abbia affidato all'ente il ruolo di “guardiano della legalità” e il compito di adottare – ai fini dell'esonero dalla responsabilità - presidi con cui effettivamente perseguire lo specifico e circoscritto obiettivo di prevenzione del reato all'interno dell'organizzazione e quale componente del più ampio sistema di controllo interno, la giurisprudenza si sia mostrata in un certo senso indifferente rispetto agli sforzi compiuti in tal senso dal soggetto collettivo.

In particolare, è la dimensione soggettiva, ossia l'atteggiamento dell'organizzazione complessivamente intesa rispetto al verificarsi di una condotta illecita al suo interno a non essere preso in considerazione nell'ambito dei giudizi di accertamento della responsabilità dell'ente, da ciò derivando nella materia *de qua* una problematica resistenza rispetto alla compiuta affermazione (ed applicazione) del principio di colpevolezza.

¹ Come evidenziato dalla letteratura statunitense - che per prima si è interrogata sul tema della *corporate criminal liability* – “*a corporation has no soul to be damned, and no body to be kicked*”, J.C. COFFEE, JR, “*No soul to damn: no body to kick*”: *an unscandalized inquiry into the problem of corporate punishment*, in *Michigan Law Review*, vol. 79, N. 3, 1981, p. 386.

Attraverso il presente elaborato, in cui si è scelto di considerare principalmente le forme giuridiche rappresentate dalle società di capitali, si è allora cercato di individuare degli elementi che, nell'ambito del sistema di controllo interno e delle interazioni tra organismi, funzioni e presidi in esso operanti, possano fungere da parametri di una adeguata ed effettiva organizzazione preventiva del rischio-reato da parte dell'ente, valorizzandone una volontà orientata nella direzione opposta a quella del singolo autore di una condotta illecita.

Imprescindibile punto di partenza del lavoro, sviluppato nel corso del primo capitolo, sono state le coordinate del sistema di controllo endosocietario, per come delineatosi successivamente alla novella legislativa del 2003. Il riferimento è alle modifiche che hanno investito la materia societaria mutandone, da un lato, la disciplina e incoraggiando, dall'altro, l'avvicinamento, e man mano l'intreccio, del punto di vista dell'aziendalista con quello del giurista.

Uno dei profili di maggiore criticità rispetto all'effettività dei sistemi di monitoraggio all'interno delle realtà organizzate è infatti rappresentato dalla coesistenza – generatasi nel corso del tempo anche attraverso interventi normativi mai figli di un'analisi sistematica – di molteplici istanze di controllo, i cui compiti e le cui funzioni si sovrappongono. La moltiplicazione dei centri di controllo, foriera della moltiplicazione dei centri di responsabilità individuali, rappresenta un fattore di ostacolo nella costruzione della responsabilità dell'ente, chiamato quasi automaticamente a rispondere delle condotte illecite dei suoi esponenti infedeli.

Il prosieguo della trattazione ha avuto quindi ad oggetto lo specifico e circoscritto sistema interno di controllo del rischio-reato. Sono stati esaminati nel secondo capitolo gli strumenti appositamente previsti dal Legislatore per contrastare le spinte criminose in seno alle realtà plurisoggettive e, perciò, i Modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo e l'Organismo di Vigilanza. In particolare ci si è soffermati sull'esame di quest'ultimo, considerato il perno del sistema di prevenzione previsto dal D.lgs. 231/2001.

In primo luogo sono stati trattati gli aspetti legati alle caratteristiche e alla fisionomia di tale Organismo; in secondo luogo, invece, e soprattutto alla luce del confronto con gli

altri organi, uffici e funzioni deputati al controllo nell'organigramma societario, si è giunti alla determinazione dei contenuti e dei limiti degli autonomi poteri di iniziativa e di controllo attribuitigli, nonché delle concrete modalità di esercizio dell'attività ad esso spettante.

All'individuazione dei profili statici del controllo è seguita – nel terzo capitolo – l'analisi dei profili dinamici derivanti dalle interazioni con l'Organismo di Vigilanza: sono stati perciò rispettivamente analizzati i temi riferiti ai flussi informativi (nelle diverse tipologie di flussi interni, esterni, periodici e *ad hoc*), al *Whistleblowing* e alle investigazioni interne.

Intercorre, in effetti, una relazione di stretta interdipendenza tra i compiti attribuiti all'Organismo di Vigilanza e i circuiti informativi interni all'ente, risultando fondamentale che questi ultimi funzionino regolarmente e che i poteri del sorvegliante siano tanto più ampi quanto più si renda necessario l'accesso alle informazioni. Lo strumento di controllo prescelto dal Legislatore è, in altri termini, in grado di dispiegare la forza preventiva con la quale è stato concepito se ad esso pervengono, dalle varie aree della società e/o da coloro che rivestono determinate funzioni, le informazioni sull'osservanza e sull'attuazione dei Modelli di Organizzazione; d'altro canto, spetta allo stesso Organismo di Vigilanza, destinatario dei dati informativi, riportare a sua volta all'organo dirigente i risultati dell'attività svolta, sì da tenere adeguatamente informato il vertice societario sullo *status* dell'apparato di prevenzione del rischio-reato ed eventualmente stimolare - ove si rivelino necessari - interventi di miglioramento, di implementazione o, in generale, di modifica all'assetto predisposto.

Nell'ambito dei flussi c.d. *ad hoc* è poi emerso come la raccolta delle informazioni da parte dell'Organismo possa collegarsi alla creazione di appositi canali di segnalazione di comportamenti illeciti e/o violazioni interni allo stesso ente. In verità, la Legge n. 179/2017 in materia di *Whistleblowing* – a cui si è reso necessario un riferimento nella trattazione - ha modificato l'art. 6 del D.lgs. 231/2001 rendendo obbligatoria, per gli enti che abbiano adottato il Modello di Organizzazione, anche la predisposizione di tali canali di segnalazione.

Rispetto alla rilevazione di eventuali anomalie in seno al soggetto collettivo, un altro strumento di *criminal compliance* di cui è sembrata opportuna la disamina è poi quello costituito dall'apertura di "istruttorie" all'interno della società per comprendere se e in che modo un illecito si è verificato.

L'istituto, in tal caso, è quello delle investigazioni interne, meglio note come *corporate internal investigations*, espressione che senz'altro ben suggerisce i sistemi giuridici di *common law* che per primi le hanno conosciute e sviluppate. Ripercorsi i benefici che l'ente potrebbe trarre dall'utilizzo di questo strumento (non solo per conoscere ciò che avviene "entro le proprie mura" ma anche nei momenti rispettivamente anteriore all'esercizio dell'azione penale e successivo, in vista della gestione di una strategia difensiva in un processo già incardinatosi), ci si è interrogati sull'opportunità che l'istituto trovi cittadinanza nel sistema italiano. Gli approdi cui la disciplina processual-penalistica è già da tempo giunta in tema di indagini difensive ma per la difesa della persona fisica, potrebbero infatti rappresentare il germe per la costruzione di uno apposito "statuto" delle *internal investigations* per le persone giuridiche che sia applicabile anche e soprattutto nel processo *de societate*.

Tanto i flussi informativi, quanto la predisposizione di canali di segnalazioni e gli approfondimenti investigativi che l'ente *sua sponte* decide di svolgere, denotano l'impegno del soggetto pluripersonale "restitutivo nella lotta al crimine economico", attraverso - come è stato osservato da attenta dottrina - "la valorizzazione della cooperazione, dell'iniziativa e dell'autonomia degli agenti sociali, nonché attraverso la generazione e preservazione di un contesto favorevole allo scambio costante di informazioni e conoscenze, al dialogo plurale, alla persuasione più che all'imposizione esplicita o implicita, coinvolgendo le componenti dell'impresa, come gli organismi di vigilanza, cui la regolazione interna abbia deputato primariamente compiti di controllo sul rispetto della legalità aziendale"².

² Così 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*, in *Impresa e giustizia penale. Tra passato e futuro. Atti del Convegno (Milano, 14-15 marzo 2008)*, a cura di A. ALESSANDRI, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pp. 213 e ss.

Oggetto esclusivo del quarto capitolo della trattazione è stato invece l'Organismo di Vigilanza: si è proceduto all'inquadramento e alla ricostruzione delle sue funzioni tipiche e della posizione assunta nel sistema di controllo preso in esame per chiarire il binomio poteri-doveri ad esso spettanti e approfondire uno degli interrogativi di maggiore interesse della materia, che attiene alla possibile configurabilità di qualche tipo di responsabilità (sia civile che penale) in capo ai suoi componenti.

Si è riferito delle diverse posizioni dottrinali sul tema, specie con riguardo alla *vexata quaestio* dell'eventuale responsabilità penale che sorgerebbe in capo all'Organismo in ragione di una posizione di garanzia gravante sullo stesso. Avendo la dottrina maggioritaria pronunciata sul tema accolto la posizione che privilegia l'esclusione di una responsabilità di questo tipo, in ragione dell'assenza di un adeguato fondamento normativo e di concreti poteri di impedimento attribuiti ai membri dell'Organismo di Vigilanza, ci si è in particolare interrogati sulla condotta di omessa vigilanza che si manifesti in forme particolari (inerzia/tolleranza), cercando di comprendere il confine a partire dal quale comportamenti di tal genere possano o debbano assumere una qualche rilevanza penalistica.

Nell'ultima parte dell'elaborato - come anticipato - si è analizzata la responsabilità dell'ente in relazione a quella della persona fisica autrice dell'illecito allo scopo di evidenziare come la volontà del soggetto collettivo ben possa separarsi da quella dell'individuo che pure abbia agito al suo interno.

Si ritiene, in altri termini, di dover rifuggire da quell'impostazione - che la prassi dimostra purtroppo essere abbastanza diffusa - che travolge la persona giuridica per il solo fatto della commissione del reato da parte di uno o più soggetti operanti nell'organizzazione. Ciò che si propone, per valorizzare l'atteggiamento dell'ente, è di considerare elementi tangibili da cui possa desumersi che la sua volontà, da intendersi quale volontà aggregata espressione dell'intera organizzazione, si muova nella direzione della legalità o verso l'eventuale ripristino di quest'ultima.

La valutazione di specifici elementi - individuati al termine della presente indagine e che sostanzialmente attengono all'effettività della prevenzione, all'adeguatezza del Modello, alla verifica della concreta attualizzazione delle regole ivi contenute, alla

reazione dell'ente rispetto ai segnali d'allarme emersi dalle varie istanze e dai vari soggetti collocati lungo la filiera dei controlli attraverso l'attivazione di meccanismi in contrapposizione alle anomalie riscontrate – sembra poter consentire al soggetto collettivo di dimostrare la propria estraneità, o comunque la propria resistenza, all'illecito, evidenziando una dissociazione con il comportamento del singolo che delinque.

Non può considerarsi colpevole – in un'accezione penalistica o, *in subiecta materia*, para-penalistica del termine – il soggetto pluripersonale che abbia adottato le cautele volte alla prevenzione del reato, ne abbia assicurato l'effettività e l'implementazione nel corso del tempo e che si sia dimostrato capace, sotto il profilo dell'esigibilità della condotta, di dominare il rischio della realizzazione di fatti criminosi.

Questi indici, ritenuti all'esito dell'indagine svolta, rivelatori della disgiunzione tra quanto voluto e realizzato dalla persona fisica e quanto invece voluto dalla persona giuridica, non sembrano essere di poco momento rispetto all'accertamento concreto della responsabilità dell'ente; la loro messa in luce potrebbe infatti condurre, ove naturalmente se ne riscontri l'esistenza, all'esonero della responsabilità del soggetto collettivo per difetto di colpevolezza, nel pieno rispetto dei principi costituzionali che governano la materia.

CAPITOLO I

CRIMINALITA' D'IMPRESA E SISTEMA DEI CONTROLLI SOCIETARI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'evoluzione dell'organizzazione societaria: dalla *corporate governance* all'*internal governance*. – 3. L'evoluzione del concetto di controllo. Le differenze con l'attività di vigilanza. Tipi di controllo. – 4. I controlli interni: breve panoramica. – 5. Il sistema di controllo interno e la gestione del rischio-reato: osservazioni preliminari. – 5.1. Segue: I presidi di controllo *ex D.lgs. n. 231/2001*. - 6. Problematiche relative alla complessità dei controlli. In particolare: la responsabilità penale. 7. Delimitazione delle sfere di responsabilità individuale e dell'ente. Scopo dell'indagine.

1.PREMESSA

La disciplina della responsabilità amministrativa da reato dell'ente introdotta con il D.lgs. n. 231/2001 ha rappresentato, come è noto, un punto d'arrivo³ e al contempo una

³ Tra i primi critici del dogma *societas delinquere non potest* – come noto – F. BRICOLA, *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in Riv. Trim. dir. Proc. pen., 1950, pp. 950 e ss.; G. MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Giuffrè, 1971, pp. 175 e ss.; E. PALIERO, *Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente nell'ordinamento italiano*, in Riv. Trim. dir. Pen. ec., 1996, pp. 1173 e ss. All'indomani dell'entrata in vigore del Decreto Legislativo n. 231/2001, PIERGALLINI, *La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni. Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in Dir. Proc. pen., 2001, pp. 1355 e ss.; PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in Riv. Trim. dir. Pen. econ., 2002, pp. 585 e ss.; A. ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, IPSOA, 2002, pp. 45 e ss.; D. PULITANO, *La responsabilità da "reato" degli enti nell'ordinamento italiano*, in AA. VV., *Responsabilità degli enti*, pp. 7 e ss.; A. FIORELLA,

profonda novità nel sistema penale italiano che, per tradizione, considerava la persona fisica⁴ quale esclusiva destinataria delle proprie sanzioni.

Il rapido sviluppo dell'impresa organizzata ha comportato – specie a seguito dei più celebri scandali societari e finanziari degli ultimi decenni⁵ - l'emersione di forme di delinquenza collettiva⁶, riconducibili, da un lato, alla messa in pericolo della pluralità di beni giuridici coinvolti dall'attività aziendale e alla diffusione di forme di illiceità proprie della società c.d. del rischio⁷; dall'altro, allo sviluppo della criminalità del profitto. A riguardo, i risultati criminologici - a cui studiosi statunitensi impegnati nello studio del fenomeno sono giunti già da tempo⁸ - hanno dimostrato come la necessità di incrementare i profitti e/o minimizzare le perdite⁹ abbia rappresentato il motore di *modus operandi* illegali all'interno delle organizzazioni complesse.

Responsabilità da reato degli enti collettivi (Voce), in Dizionario di diritto pubblico, Milano, 2006, pp. 511 e ss.

⁴ Sull'inadeguatezza dei vecchi sistemi di reato e le conseguenti modalità di repressione dell'illecito si veda P. DI GERONIMO, I modelli di organizzazione e gestione per gli enti di piccole dimensioni, in Resp. amm. soc. ent., 2008, 1, p. 63 e ss; A. CARMONA, *Premesse ad un corso di diritto penale dell'economia. Mercato regole e controllo penale nella postmodernità*, CEDAM, 2002, pp. 202 e ss.;

⁵ Si pensi ai casi Enron, WorldCom, Parmalat, Cirio, Banca Antonveneta e, da ultimo, Thyssenkrupp, Deep Water Horizon, Volkswagen.

⁶ “Il legislatore ha preso atto della insufficienza dei tradizionali strumenti di intervento del diritto penale rivolti a colpire esclusivamente il fatto della persona fisica, in quanto l'efficacia della risposta dell'ordinamento a certe forme di criminalità non poteva tralasciare di considerare un dato evidenziato dalle indagini criminologiche: la complessità sociale odierna ha visto l'emergere di nuovi soggetti, non più identificabili nelle singole persone fisiche, costituiti da organismi a struttura complessa che legittimamente operano sui mercati e sono capaci di “esprimere una propria cultura, una propria tradizione, un proprio indirizzo strategico e operativo”. Così F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Quattordicesima Edizione, Giuffrè, 2018, p. 743;

⁷ Sul tema M. N. MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, Napoli, 2012, pp. 14 e ss.

⁸ Il riferimento è al criminologo statunitense E. H. SUTHERLAND che nella nota opera *White Collar Crime*, New York, 1949, nel tentativo di superare le teorie classiche in materia di comportamenti criminali - che attribuivano a situazioni di natura sociale (povertà, istruzione, contesto familiare, ecc.) o personale (minorità mentale) le principali cause criminogene - rilevava la diffusione del crimine nei soggetti appartenenti alla *upper socio-economic class*.

⁹ “Rappresenta una vera e propria molla della criminalità d'impresa il fatto che la violazione della legge finisca per essere un modo per massimizzare il profitto o, forse, più raramente, minimizzare le perdite”. Così C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, p. 257.

Il riferimento è chiaramente alla categoria criminologica dei cosiddetti *white collars*¹⁰, ossia amministratori, dirigenti e figure manageriali che consapevolmente realizzano condotte illecite per perseguire utilità di ogni genere (personali o nell'interesse della società¹¹). La commissione di un reato è infatti risultata essere frutto del bilanciamento tra opportunità criminali, ossia tra le possibilità di ottenere un risultato senza essere scoperti, e i motivi che spingono ad un comportamento illecito¹².

Rispetto allo sviluppo del *corporate crime* il modello classico di reato si è allora rivelato inadeguato, sia nel fronteggiare disegni criminosi assunti quali scopi imprenditoriali¹³, che nell'interpretare comportamenti posti in essere da soggetti diversi (e ricoprenti differenti posizioni nella struttura di cui sono parte) e perciò capaci di frammentarsi all'interno della realtà organizzata¹⁴.

Con riguardo a tale secondo profilo, l'inadeguatezza del paradigma punitivo classico è dipesa soprattutto dal consueto scollamento all'interno delle organizzazioni societarie tra la titolarità dei poteri decisionali - unita al possesso dei compendi informativi - e lo svolgimento dei compiti esecutivi.¹⁵ L'abbandono della classica struttura "verticale"

¹⁰ Categoria coniata da E.H. SUTHERLAND, *White Collar Crime*, cit., in cui rientrano persone "rispettabili e di elevata condizione sociale" che commettono reati nell'ambito della loro occupazione, non appartenenti all'abituale tipo criminale, dotati di potere ed influenze sociali che suscitano la fiducia da parte della comunità di riferimento, agevolando così la perpetrazione nel tempo di condotte illecite.

¹¹ Si pensi ad una promozione, all'occultamento di un errore per proteggere la propria reputazione ma anche ad una politica aziendale che non ostacoli o anzi agevoli la commissione di reati.

¹² C. DE MAGLIE, op. cit., individua ulteriori e specifici fattori criminogeni all'interno delle realtà organizzate. Con riferimento all' "ebbrezza del rischio", il decidere e l'agire collettivamente renderebbe i soggetti "più baldanzosi" ed inclini a sopravvalutare le possibilità di successo e sottovalutare le percentuali di insuccesso, inducendoli ad atteggiamenti spregiudicati; la "segretezza dell'organizzazione" offrirebbe agli stessi una sorta di "autogiustificazione dei reati"; la "lontananza dal bene giuridico" rispetto alle fattispecie tipiche della criminalità d'impresa, ossia la distanza spazio-temporale tra l'azione criminosa e l'evento lesivo porterebbe ad una specie di "neutralizzazione etica".

¹³ A. ALESSANDRI, *Diritto penale ed attività economiche*, 2010, p. 130 e ss.

¹⁴ Alla complessità dell'*iter criminis* si aggiunga la frammentazione delle competenze tra più soggetti ed il loro coinvolgimento in ogni singola fase dell'attività imprenditoriale. Sul tema C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, Riv. Trim. dir. Pen. ec., 2002, p. 577.

¹⁵ "Accade spesso che chi decide possieda l'elemento soggettivo del reato ma, se ha previamente trasferito i suoi poteri di gestione, non realizzi la materialità del fatto tipico e che chi realizza invece il fatto tipico non possieda gli elementi di conoscenza che incardinano l'elemento

all'interno delle imprese in favore di quella "orizzontale"¹⁶ ha infatti reso difficile individuare (e conseguentemente perseguire) un soggetto all'interno della compagine organizzativa e la polverizzazione delle responsabilità individuali ha causato il fenomeno della irresponsabilità organizzata¹⁷.

La varietà di soluzioni adottate da ordinamenti diversi da quello italiano¹⁸, le spinte provenienti da fonti sovranazionali¹⁹, le istanze (in verità piuttosto risalenti) da parte della dottrina e l'esistenza di progetti di legge sul tema²⁰, hanno infine portato il Legislatore italiano all'emanazione del Decreto Legislativo sopra citato.

soggettivo del reato". Così PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, Riv. Trim. dir. Pen. econ., 1988, pp. 140 e ss.

¹⁶ Per rispondere tempestivamente alle esigenze imposte dal mercato e dallo sviluppo tecnologico l'impresa ha dovuto abbandonare il rigido sistema di distribuzione di competenze. Sulle forme di *corporate governance* "orizzontali" DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, pp. 270 e ss. e G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di GROSSO, PADOVANI, PAGLIARO, Milano, 2008, p. 25.

¹⁷ Così A. MEREU, *La responsabilità "da reato" degli enti collettivi e i criteri di attribuzione della responsabilità tra teoria e prassi*, in *Indice Penale*, 2006, p. 35.

¹⁸ Per un'ampia analisi dei diversi sistemi dell'Unione Europea si vedano *Corporate criminal liability and compliance programs*, vol. I, a cura di FIORELLA A., Napoli, 2012; E. VILLANI, *Alle radici del concetto di "colpa di organizzazione" nell'illecito dell'ente da reato*, Jovene Editore, Napoli, 2016.

¹⁹ Il riferimento è alla Raccomandazione n. 18 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa del 20.10.1998 sulla *promozione dell'adozione di misure (anche di natura penale) finalizzate a rendere le imprese responsabili per i reati commessi nell'esercizio della loro attività, indipendentemente dai regimi di responsabilità in vigore* con cui si invitavano gli Stati Membri a prevedere sistemi di responsabilità delle persone giuridiche; alla Convenzione O.C.S.E. sottoscritta a Parigi il 17 dicembre 1997 sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri con cui si obbligavano gli Stati contraenti ad assumere "le misure necessarie conformemente ai propri principi giuridici per stabilire la responsabilità delle persone morali"; al secondo protocollo della Convenzione per la tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee (meglio nota come Convenzione P.I.F.) del 26 maggio 1995. In particolare, tale ultimo atto di derivazione internazionale opera una puntuale distinzione a seconda che il reato sia stato commesso da soggetti in posizione apicale o subordinata: ci si trova nell'un caso qualora il soggetto abbia un potere di rappresentanza, l'autorità di prendere decisioni o svolga funzioni di controllo e si prevede per questa ipotesi una responsabilità diretta ed immediata dell'ente; per il ricorrere invece dell'altro caso (soggetto subordinato) si stabilisce che ciascun Stato membro adotti le misure necessarie affinché le persone giuridiche possano essere dichiarate responsabili quando la carenza di sorveglianza o controllo da parte di uno dei soggetti in posizione apicale abbia reso possibile la perpetrazione di un reato a beneficio della persona giuridica da parte di una persona sottoposta alla sua autorità.

²⁰ Come noto, il *novum* normativo era già stato introdotto nel Progetto di riforma del codice penale predisposto dalla commissione ministeriale presieduta da Carlo Federico Grosso nel 1998; il progetto decadde con lo spirare della legislatura. Nella Relazione della commissione si

Alla base della normativa in esame vi è come noto una innovativa inversione rispetto al tipico modello di rimprovero penalistico: il reato viene considerato quale rischio per l'ente collettivo ed è proprio a quest'ultimo che si domanda di gestire tale rischio attraverso l'identificazione delle fonti da cui origina, il controllo del suo sviluppo, la segnalazione del suo verificarsi; il tutto adottando naturalmente un'ottica prevenzionistica, che si rivolge all'impresa non già prevedendo misure con ricadute indirette in termini di dissuasione dei singoli (persone fisiche) ma specifiche forme di autocontrollo. Mutuando la filosofia dei *compliance programs* nordamericani anche il Legislatore italiano ha ritenuto opportuno muoversi nella direzione di un diritto penale "interattivo"²¹ con cui viene delegato al privato il controllo del rischio criminale.

La strada dell'auto-regolamentazione è divenuta il pilastro della disciplina penalistica nei settori economici²² ed il classico approccio *command and control* si è evoluto nell'etero-direzione punitiva; l'obiettivo della più efficace prevenzione del crimine d'impresa vuole essere raggiunto attraverso la sinergica interazione tra intervento repressivo dello Stato e *self-regulation* delle imprese ed altri attori privati. Per incentivare la società ad accettare questa collaborazione si è allora optato per l'approccio c.d. *carrot and stick*, combinando l'apparato punitivo con misure

sottolineava la necessità di un diritto sanzionatorio per le persone giuridiche in vista di un riassetto razionale delle sanzioni e di altri istituti fondamentali del diritto penale d'impresa. Per approfondimenti si veda Progetto preliminare di riforma del codice penale (versione del 2001), Riv. it. dir. proc. pen., 2001, pp. 574 e ss.

²¹ "È l'idea post-keynesiana di uno Stato che si ritrae dalla diretta regolazione della vita economica-sociale, incentivando strategie di autodisciplina e compliance da parte dei soggetti privati". Così F. CENTONZE, *La co-regolamentazione della criminalità d'impresa nel d.lgs. n. 231/2001. Il problema dell'importazione dei "compliance programs" nell'ordinamento italiano*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, Vol. 2/2009, p. 220. L'Autore, riprende da J. B. BRAITHWAITE, *The New Regulatory State and the Transformation of Criminology*, in *BJC*, 2000, i concetti di "governance ibrida" e "regulatory capitalism" per individuare il momento storico in cui lo Stato centrale non può più in via esclusiva svolgere compiti di autoregolamentazione e, su impulso degli stessi governi, emergono nuovi *regulators* privati.

²² Sul mutamento del ruolo dello Stato nella regolamentazione dei fenomeni sociali sempre più complessi e articolati G. FORTI, *La "chiara luce della verità" e "l'ignoranza del pericolo"*. *Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione*, in *Scritti per Federico Stella*, p. 639,

premianti²³ finalizzate a promuovere l'impegno proattivo delle organizzazioni nella prevenzione dei reati.

Altro tratto distintivo del microsistema punitivo coniato dal Legislatore è poi il meccanismo di ascrizione della responsabilità da reato all'ente fondato sulla c.d. colpa d'organizzazione. Secondo quanto stabilito dal D.lgs. 231/2001, alla base del rimprovero mosso al soggetto collettivo vi è infatti la mancata, carente o ineffettiva organizzazione da parte di quest'ultimo nella gestione del rischio-reato e, più precisamente, delle cautele finalizzate a prevenire la commissione del reato e di cui si dirà più diffusamente nel corso della trattazione.

Ciò posto, sebbene sia trascorso quasi un ventennio dall'introduzione della responsabilità da reato degli enti, un compiuto riconoscimento di tale tipologia di illecito ancora stenta ad affermarsi, come comprovato dal fatto che i concetti di prevenzione e di colpevolezza – evidentemente con riguardo al soggetto collettivo – rappresentano tuttora terreno d'indagine per gli operatori del diritto.

In tale scenario si inserisce il presente lavoro, per mezzo del quale, a partire dall'analisi degli strumenti di prevenzione di cui deve dotarsi l'organizzazione societaria e dall'individuazione delle loro corrette interazioni, vuole sostenersi l'importanza di un sistema di *compliance* integrata che consenta di separare²⁴ – in termini di accertamento concreto del fatto-reato e di una conseguente corretta (nel rispetto dei principi costituzionali) attribuzione delle responsabilità – la posizione dell'ente, ossia la sua volontà, da quella della persona fisica che abbia voluto e realizzato l'illecito.

A ciò si aggiunga che, in generale, l'esperienza inaugurata con gli scandali societari dell'ultimo decennio del secolo scorso ha dimostrato (anche se, in verità, lo scenario è attualmente rimasto pressoché invariato) da un lato, la difficoltà da parte della magistratura nel valutare l'effettiva capacità dell'ente di munirsi di efficaci misure di

²³ Riflette sul tema V. MONGILLO, *Il "sacchetto d'oro" e la "spada inguainata": l'interazione pubblico-privato e il peso degli "incentivi" in un recente modello di compliance anticorruzione*, www.dirittopenalecontemporaneo.it, osservando come "la constatazione dell'incapacità dello Stato Leviatano di condurre, in via esclusiva, un'efficace lotta al business crime ha così generato nuovi compiti e funzioni in capo al settore privato".

²⁴ Approfondiscono la questione A. FIORELLA e A.S. VALENZANO, *Colpa dell'ente e accertamento. Sviluppi attuali in una prospettiva di diritto comparato*, Collana Studi e Ricerche, Sapienza Università Editrice, 2016.

contenimento del rischio-reato²⁵; dall'altro, la scarsa capacità di comprensione e gestione dei rischi da parte delle realtà societarie. Relativamente a tale secondo aspetto, particolare attenzione è stata riservata dal Legislatore al tema dei controlli interni societari e a quello più ampio della *corporate governance*.

Questo cambio di prospettiva operato attraverso le norme di diritto societario ha rappresentato il punto di partenza altresì per il sistema di prevenzione del rischio-reato e in quanto tale merita di essere preliminarmente ripercorso.

2. L'EVOLUZIONE DELL'ORGANIZZAZIONE SOCIETARIA: DALLA CORPORATE GOVERNANCE ALL'INTERNAL GOVERNANCE.

Il vocabolo "controllo", in diritto societario, è stato definito in ragione dei suoi molteplici significati²⁶ polisenso²⁷ ma può, in linea generale, farsi ad esso riferimento in una prima accezione, al dominio sulla società inteso come proprietà della stessa, in una seconda accezione, all'attività di vigilanza svolta da soggetti esterni alla società e, ancora, in una terza accezione - che è quella esaminata in questa sede - all'attività di revisione e valutazione che alcuni organi sociali effettuano sull'operato di altri.

Il controllo endosocietario, che trova le proprie origini nella teoria c.d. dell'agenzia - fondata sul rapporto tra un "principale" e un "agente" e caratterizzata dall'impossibilità del primo di controllare il *moral hazard* del secondo (motivo per cui il mandante si rivolge ad un controllore) - si è evoluto divenendo la prima maglia di una rete che

²⁵ Osserva C. PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, in *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di G. LATTANZI, Giuffrè editore, 2010, p. 195 come il soggetto chiamato ad effettuare l'accertamento sia "*visibilmente inattrezzato, per cultura, formazione e prassi, a confrontarsi con le organizzazioni complesse*". Si sofferma sulla stessa problematica 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*, n. 3/2011, p. 74, il quale sottolinea che "*le valutazioni giudiziali in subiecta materia sono endemicamente corrose da una cospicua componente di soggettività, fonte di incertezze e disomogeneità applicative*".

²⁶ Fornisce una ricostruzione delle diverse accezioni del termine controllo e dei diversi ambiti in cui è utilizzato M.S. GIANNINI, *Controllo: nozioni e problemi*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1974, pp. 1263.

²⁷ Secondo SCHIUMA, *Controllo, governo e partecipazione al capitale*, Padova, 1997, p. 18 <<il vocabolo "controllo" è giuridicamente "polisenso e polisemico">>.

protegge interessi ulteriori rispetto a quello costituito dal patrimonio sociale e le teorie di *corporate governance* hanno preso atto di ciò e della necessità di tutelare *shareholders* e *stakeholders*.

È allora necessario soffermarsi sull'evoluzione dell'organizzazione societaria – in cui la disciplina dei controlli di prevenzione dal rischio-reato si inserisce – e, soprattutto, del modo di concepire la stessa da parte giurista.

Lo sguardo di quest'ultimo, che secondo l'impostazione tradizionale si rivolgeva all'organizzazione societaria come ad una attribuzione di competenze tra organi, dopo la riforma del diritto delle società del 2003²⁸ si è invece indirizzato verso il complesso di compiti, funzioni decisionali, di controllo e di vigilanza attribuiti ad una sempre maggiore pluralità di soggetti. In altri termini, oggetto di attenzione non è più (solo) la proiezione dell'organizzazione verso l'esterno della società ma altresì verso il suo interno.

Se prima rilevava il solo vertice dell'organizzazione, rappresentato dagli organi di *governance*, l'interesse si è rivolto anche agli altri livelli della struttura aziendale propriamente intesa e alla sua articolazione interna, caratterizzata dalle funzioni operative, di supporto e di controllo.

Non è stato alterato l'assetto corporativo ma si è spostato il momento oggetto del controllo, che non è più soltanto svolto *ex post* sugli atti degli amministratori e quindi sul risultato della loro attività, ma viene effettuato in una fase precedente affinché l'operato sia valutato *ex ante* in termini di adeguatezza.

²⁸ Si tratta del Decreto Legislativo n. 6 del 17 gennaio 2003 contenente la “*Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative*” e con cui è stata profondamente innovata la disciplina del diritto societario. Il Decreto fa seguito alla Legge delega n. 366 del 2001, avente quali obiettivi principali quelli di “*allineare il nostro ordinamento in materia societaria con la normativa comunitaria, al fine di favorire la nascita, la crescita e la competitività delle imprese, anche attraverso il loro accesso ai mercati interni ed internazionali dei capitali, di definire con chiarezza i compiti e le responsabilità degli organi sociali, di semplificare la disciplina delle società tenendo conto delle esigenze delle imprese e del mercato concorrenziale, quindi di ampliare gli ambiti dell'autonomia statutaria tenendo però conto degli interessi contrapposti ed infine di creare nuovi strumenti finanziari a disposizione delle varie esigenze delle imprese*”.

È proprio il criterio dell'adeguatezza, in particolare, ad ergersi e ad essere riconosciuto quale clausola generale connotata da autonoma precettività²⁹.

Si è specificato sul punto come il *quid novi* della riforma del 2003 non sia consistito nell'evocazione degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili come componente centrale e non rinunciabile dell'attività gestoria bensì nella scelta di qualificare l'adozione e il concreto funzionamento di quegli assetti come un risvolto dei principi di corretta amministrazione societaria e, soprattutto, di indicare nell'adeguatezza un generale criterio di condotta a cui gli organi societari devono attenersi nell'attività di loro configurazione, attuazione, verifica e vigilanza³⁰.

Fondamentale è divenuto quindi il funzionamento delle interazioni tra gli organi di *governance* e la struttura e le funzioni aziendali, il quale viene garantito da una predeterminata individuazione delle regole di comportamento dei soggetti.

Man mano che al concetto di organizzazione è stato attribuito il significato di complesso di regole che stabiliscono formalmente – attraverso procedure e processi – “chi fa cosa”, “come e quando questo qualcosa deve essere fatto” e “chi controlla/vigila su chi quel qualcosa fa”, il punto di vista del giurista si è progressivamente avvicinato a quello dell'aziendalista³¹.

Si è parlato in tal senso di procedimentalizzazione dell'attività d'impresa, fenomeno per cui le fasi e le operazioni dell'agire societario, nonché i compiti dei soggetti preposti vengono predeterminate; il vantaggio di questa ricostruzione delle procedure di gestione e di vigilanza e dei processi decisionali consiste sicuramente nel rendere

²⁹ “A prescindere quindi dai singoli doveri a contenuto specifico che di volta in volta impongono agli amministratori di adottare ben precise iniziative in tema di assetti organizzativi, amministrativi e contabili della società azionaria, sussiste un ulteriore e più generale di realizzare, pur in assenza di specifiche prescrizioni normative, le ulteriori attività volte a far sì che la società sia dotata di assetti adeguati, ovvero di regole di organizzazione e di presidi operativi in ambito amministrativo e contabile funzionali a far sì che non solo siano rispettate le norme di legge e statuto, ma anche che l'attività di impresa sia esercitata secondo criteri di efficienza ed efficacia dell'azione gestoria”. Così G. MERUZZI, *L'adeguatezza degli assetti*, in *L'adeguatezza degli assetti in Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, a cura di M. IRRERA, Zanichelli, 2016.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Sul processo di “osmosi” tra scienze aziendalistiche e scienze giuridiche P. MONTALENTI, *Organismo di vigilanza e sistema dei controlli*, in *Giur. Comm.*, 4, I, 2009, p. 644.

trasparente e verificabile *ex post* l'attività della società ma, soprattutto, nel ridurre il rischio di errori o inadempimenti.

La *ratio* della puntuale organizzazione societaria e della sua dimensione operativa è infatti da rintracciare nell'obiettivo perseguito dall'impresa di gestire efficacemente, ridurre il più possibile e controllare internamente il rischio attraverso questo approccio procedimentalizzato. Così concepito, il controllo societario non si quindi basa sulla mera vigilanza formale sulla corrispondenza tra l'azione degli amministratori e i dettami normativi ma su una tipologia di sorveglianza connaturata alla funzione gestoria in cui le attività organizzative, gestionali e contabili sono oggetto di verifica *in fieri*³². Inoltre, qualora tali attività siano oggetto di un successivo sindacato giudiziale, la ricostruzione procedimentale delle decisioni assunte e delle conseguenti implicazioni operative si traduce in una necessità per l'impresa, ancor prima che in una opportunità³³.

3. L'EVOLUZIONE DEL CONCETTO DI CONTROLLO. LE DIFFERENZE CON L'ATTIVITA' DI VIGILANZA. TIPI DI CONTROLLO.

Il concetto di controllo si è reso coevo alla percezione di determinati rischi e all'impegno dell'impresa ad arretrare l'attenzione alla possibile genesi di tali rischi³⁴.

Si controllano le procedure e l'organizzazione tanto nel loro assetto corporativo quanto - e in ciò consiste il cambiamento rispetto al passato - come insieme di articolazioni esecutivo-dinamiche.

Si rivolge l'attenzione, inoltre, alla gestione delle informazioni o, meglio, allo scambio delle stesse attraverso canali istituzionalizzati.

³² Sul tema P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nelle società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in Riv. soc. 20013, p. 51.

³³ Così G. MERUZZI, *L'adeguatezza degli assetti*, op. cit., p. 29.

³⁴ La tipologia dei rischi aziendali è in realtà vastissima, potendosi annoverare, tra i principali, quelli strategici, finanziari, di immagine, operativi, derivanti da norme e regolamenti e legati alla gestione delle informazioni.

Al cambio di prospettiva di cui si è riferito si è collegato lo sviluppo della nozione di controllo, della cui classica bipartizione (controllo di legalità/controllo di merito)³⁵ non a caso un'autorevole dottrina ha suggerito una rivisitazione.

È stata individuata una terza forma di controllo sulla generale correttezza della gestione societaria, ossia sull'idoneità dell'intero sistema³⁶ e, in particolare, quello relativo al monitoraggio dei rischi (c.d. funzione di *risk management*) e quello relativo alla verifica del rispetto delle regole normative, primarie e secondarie (c.d. funzione di *compliance*). Si tratta di un'attività non esterna ma interna alla funzione gestoria³⁷, cui anzi è demandato il compito di dirigere gli affari nel pieno rispetto delle regole vigenti.³⁸

Una ulteriore distinzione si è delineata sulla scorta dei dati reali tra controlli diretti e indiretti. All'articolazione del potere di amministrazione si è affiancata quella delle procedure di controllo: molte istanze procedono non già ad atti di ispezione e controllo diretto bensì presso le istanze inferiori per verificare il corretto svolgimento dei

³⁵ Sul tema MONTALENTI P., *Collegio sindacale, flussi informativi e governo societario: novità e prospettive*, Il nuovo diritto delle società, n. 15/2015 “Il controllo di merito è il controllo sull'opportunità e la convenienza economica dell'attività (più che dei singoli atti) di gestione che spetta ai soci nei confronti del consiglio di amministrazione e a quest'ultimo, come plenum, nei confronti dei delegati. Si tratta di un controllo in forma di potere di indirizzo, di condizionamento e anche di contrapposizione antagonista, con la revoca dell'amministratore o della delega, non già di sorveglianza e verifica in funzione di eventuali iniziative sul terreno della responsabilità. Il controllo di legalità. Infatti, il merito della gestione, e cioè il contenuto delle scelte manageriali è assistito – il punto è pacifico anche nel nostro ordinamento – dalla c.d. *business judgment rule*: le operazioni gestorie degli amministratori non sono sindacabili, né dal collegio sindacale né dal comitato audit né dai revisori né dal giudice, se non in caso di manifesta irrazionalità. In contrapposizione al merito vi è il controllo di legalità (cfr. art. 2403, cod. civ.) oggetto tipico – sin dal codice di commercio (cfr. art. 183, comma 1, n° 10, cod. comm. 1882) – della loro attività di vigilanza”.

³⁶ “Il concetto di controllo pare oggi doversi più analiticamente scomporre in tre subfattispecie: controllo di merito; controllo di correttezza gestionale e di adeguatezza amministrativa; controllo di legalità (formale e sostanziale)”, MONTALENTI P., op. cit.

³⁷ <<Un assunto deve essere in ogni caso ribadito con chiarezza: il controllo si emancipa dall'accezione tradizionale di “verifica ex post” (derivato del diritto amministrativo) e si evolve in elemento coesistente dell'esercizio dell'impresa e del potere amministrativo>>, *Ibidem*.

³⁸ “In chiave assiologica la nozione di controllo dovrebbe evolvere da una concezione del controllo come “costo” all'idea del controllo come “opportunità”, *Ibidem*.

processi, così potendosi immaginare il sistema – secondo quanto osservato dalla più attenta dottrina giuscommercialistica - come una sorta di piramide rovesciata³⁹.

Tale bipartizione, preziosa per il numero di informazioni garantite in ragione della ramificazione all'interno della realtà organizzata non è tuttavia priva di inconvenienti. Proprio perché i controlli indiretti si fondano su quelli diretti in caso di difetti di questi ultimi il rischio è quello di un effetto domino⁴⁰.

Un'altra differenziazione – imprescindibile per gli strumenti di prevenzione che si esamineranno nel corso della trattazione – è poi quella tra controllo e vigilanza.

Con il primo concetto si fa riferimento a strumenti di verifica più pervasivi, laddove il secondo rappresenta invece un'attività di sorveglianza generale effettuata sulla base della diligenza professionale richiesta dalla natura dell'incarico.

La vigilanza consiste in una supervisione sintetica che non può sovrapporsi con il controllo in quanto sprovvista di poteri di ispezione diretti e diffusi. È fondamentale – specie rispetto a quanto vuole portarsi alla luce con la presente indagine – che la vigilanza vada intesa quale funzione di sintetica e generale sorveglianza sulle ampie ed articolate aree della realtà organizzata (a loro volta oggetto dei poteri-doveri degli organi di controllo) al fine di una equilibrata ricostruzione dei profili di responsabilità.

Tornando nell'alveo del controllo, deve poi tenersi presente una basilare tripartizione dello stesso nei seguenti livelli:

- ad un primo livello vengono definiti e gestiti i processi operativi attinenti al *business core* dell'impresa e ai rischi (c.d. controlli di linea). Si tratta dei controlli effettuati da chi pone in essere le operazioni e da chi le supervisiona (es. responsabili di aree operative);

³⁹ “*Che ricomprende l'insieme delle funzioni di controllo indiretto e che poggia sul vertice, anch'esso rovesciato, dei controlli diretti su cui si regge, in definitiva, l'intera architettura*”, MONTALENTI, op. cit.

⁴⁰ “*I controlli indiretti, proprio perché molteplici articolati e diffusi, contengono in sé maggiori risorse di feedback e quindi di “autocorrezione”, ma, proprio perché si fondano sui controlli indiretti (i c.d. “controlli di linea”), rischiano anch'essi un “default a catena” in caso di carenza o di inefficacia di questi e richiedono quindi un apposito presidio attraverso l'istituzione di un appropriato sistema di “controllori dei controllori”*”, MONTALENTI, op. cit.

- al secondo livello si trovano i presidi ai processi di individuazione, valutazione, gestione e controllo dei rischi⁴¹;
- infine, i soggetti preposti al controllo di terzo livello - c.d. di *assurance* sull'intera articolazione dei controlli interni - sono organi indipendenti dalla gestione operativa e da altre attività di controllo. Tipica funzione deputata a tale tipologia di controllo è l'*Internal Audit* a cui si farà a breve cenno.

4. I CONTROLLI INTERNI: BREVE PANORAMICA

La predisposizione di un sistema di controllo interno – la cui necessità deve ricondursi alla separazione all'interno delle realtà organizzate tra proprietà e gestione (e dunque all'esigenza di monitorare le operazioni che gli amministratori effettuano sul capitale sociale) - è sempre il frutto di una specifica modulazione a seconda delle caratteristiche aziendali e delle fonti normative di riferimento.

Rispetto alla prima variabile rilevano il settore in cui opera una società, il modello di *governance* (tradizionale, monistico o dualistico⁴²) dalla stessa adottato o le dimensioni; per quanto concerne invece i precetti legislativi il panorama è piuttosto eterogeneo.

Contribuisce infatti a rendere particolarmente complesso il tema dei controlli il proliferare non solo di leggi speciali (si pensi ai testi unici in materia bancaria e finanziaria) ma anche di norme di rango sublegislativo come i regolamenti delle Autorità amministrative di vigilanza applicabili a seconda degli interessi tutelati⁴³ e di

⁴¹ Le funzioni aziendali interessate sono il *risk management*, il *compliance officer*, il controllo di gestione e altresì il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili.

⁴² Deve precisarsi che normativamente il sistema di controllo interno è previsto solo con riferimento al modello monistico. Per evitare una disparità di regolazione rispetto all'utilizzo da parte dell'impresa di ciascuno dei modelli alternativi di amministrazione e controllo è stata tuttavia proposta un'interpretazione estensiva della *littera legis* secondo la quale l'obbligatorietà del sistema di controllo interno non dipende dal tipo di *governance* adottato ma da una valutazione sulla effettiva struttura amministrativa dell'impresa.

⁴³ Si pensi, tra tutti, a Banca d'Italia, che vigila su banche, gruppi bancari e intermediari finanziari avendo riguardo alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario nonché all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia, e Consob, che vigila sugli intermediari finanziari onde

fonti privatistiche quali i codici di *corporate governance*, quelli redatti dalle associazioni di categoria o, ancora, ove adottati, i Modelli di Organizzazione e Gestione di cui all'art. 6 del D.lgs. 231/2001.

Deve peraltro a tal proposito ricordarsi che il Legislatore ha sinora omesso di definire normativamente il sistema di controllo interno; definizioni di quest'ultimo sono in effetti rinvenibili solo nell'ambito dell'autoregolamentazione⁴⁴; nel Codice di Autodisciplina delle società quotate (c.d. Codice Preda), per esempio, si identifica tale sistema come *“l'insieme delle regole, delle procedure e delle strutture organizzative⁴⁵ volte a consentire l'identificazione, la misurazione, la gestione e il monitoraggio dei principali rischi”⁴⁶*.

Posto che l'intensificazione delle istanze di controllo è anche frutto della promiscuità delle regole che governano la materia, è possibile affermare che, in generale, i sofisticati meccanismi di controllo previsti dalla legge possono sintetizzarsi

garantire la trasparenza e la correttezza dei loro comportamenti, sui mercati regolamentati di strumenti finanziari al fine di assicurare l'ordinato svolgimento delle negoziazioni e la tutela degli investitori, sulle società di gestione dei mercati regolamentati, su tutti gli emittenti strumenti finanziari diffusi tra il pubblico.

⁴⁴ L'espressione “sistema di controllo interno” appare per la prima volta con il D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 e la Delibera Consob n. 11522 (Regolamento di attuazione al D.lgs. 58/1998). Il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti, all'interno di una *Guida operativa sulla vigilanza del sistema di controllo interno*, definisce quest'ultimo come *“l'insieme delle direttive, delle procedure e delle tecniche adottate dall'azienda, allo scopo di raggiungere i seguenti obiettivi: i) la conformità delle attività degli organi aziendali all'oggetto che l'impresa si impone di conseguire ed alle direttive ricevute; ii) la salvaguardia del patrimonio aziendale; iii) l'attendibilità dei dati”*, www.cndec.it.

⁴⁵ *“Già, quindi, nella definizione si ha l'impressione di una preferenza per sistema “policentrico”, nel quale varie “strutture organizzative” apportano il proprio contributo all'obiettivo generale di un'organica attività di supervisione dell'attività gestoria”*. Così G. CATALANO, *Organismo di vigilanza e dinamica dei controlli interni: le novità del codice di autodisciplina alla luce della recente normativa e dell'esperienza statunitense*, in Resp. amm. soc. enti, p. 23.

⁴⁶ *“Tale sistema è integrato nei più generali assetti organizzativi e di governo societario adottati dall'emittente e tiene in adeguata considerazione i modelli di riferimento e le best practices esistenti in ambito nazionale e internazionale”*, Art. 7 – Sistema di controllo interno e di gestione dei rischi, Principi, 7. P.1., Codice di Autodisciplina, Comitato per la Corporate Governance, luglio 2015, reperibile su www.borsaitaliana.it. La definizione del Codice di Autodisciplina ricalca quella del *Co.S.O. Report – Internal Control Integrated Framework* che identifica il sistema di controllo interno come un *“processo che si prefigge di fornire una ragionevole sicurezza sulla realizzazione degli obiettivi di efficacia ed efficienza delle attività operative, di attendibilità dell'informativa di bilancio e di conformità alle leggi”*.

nell'interazione diretta e dialettica tra determinati organi – il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza, il comitato di gestione, il responsabile della revisione, l'*internal auditing* – e l'amministrazione.

Per il proseguo della trattazione si rivela allora utile una celere panoramica al fine di individuare, da un lato, i principali soggetti chiamati ad assumere il ruolo controllori nel contesto societario e, dall'altro, le funzioni caratterizzanti il ruolo di ciascuno di essi.

In primo luogo, senz'altro il controllo appartiene ai portatori del primario interesse al buon andamento della società, ovvero ai *soci*. A questi ultimi, infatti, è attribuito un generale potere di controllo che, nelle società di capitali, si manifesta attraverso le forme dell'esercizio dei diritti di cui i singoli godono mentre in quelle di persone con l'esperimento di un'azione nei confronti di chi amministra. Il controllo è espressione di un diritto anche dei soci non amministratori e ciò si comprende in quanto pur non detenendo poteri gestori, essi restano responsabili per le obbligazioni sociali⁴⁷.

L'organo storicamente istituito avente funzioni di vigilanza sull'attività gestionale degli amministratori e sulla contabilità è invece il *sindaco*. Tutte le società di capitali prevedono un sistema di controllo con specifica istituzione di un organo a ciò preposto, laddove in quelle a responsabilità limitata esso è talvolta obbligatorio, altre volte imposto dall'atto costitutivo. È importante sottolineare come la riforma del 2003 abbia inciso sul ruolo dei sindaci, sancendo una più netta distinzione tra i doveri e i poteri. Rispettivamente, i doveri di cui all'art. 2403 c.c. consistono nella vigilanza sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione - e in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento – e

⁴⁷ Con maggiore precisione deve farsi riferimento all'art. 2261 c.c., norma dettata nell'ambito della disciplina della società semplice ma il cui impianto si estende alle società in nome collettivo (art. 2293 c.c.): non vi è una specifica norma in tema di controlli ma il rinvio consente di applicare la regola secondo cui soci che non partecipano all'amministrazione hanno diritto di avere dagli amministratori notizia dello svolgimento degli affari sociali, di consultare i documenti relativi all'amministrazione e di ottenere il rendiconto quando gli affari per cui fu costituita sono stati compiuti (se poi il compimento degli affari sociali dura da oltre un anno, i soci hanno diritto di avere rendiconto dell'amministrazione al termine di ogni anno, salvo che il contratto stabilisca un termine diverso).

nel controllo contabile (solo per le società che non abbiano ricorso al mercato del capitale del rischio e che non sono tenute alla redazione del bilancio consolidato); all'art. 2403-*bis* c.c. vengono poi individuati i poteri, ossia l'ispezione e il controllo, la richiesta di informazioni agli amministratori sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari, lo scambio di informazioni con i corrispondenti organi delle società controllate sui sistemi di amministrazione e controllo e sull'andamento generale dell'attività sociale⁴⁸. Si aggiunga, ai sensi dell'art. 2377 c.c., la possibilità riconosciuta ai sindaci di impugnare le deliberazioni assunte in violazione della legge o dello statuto.

Sinteticamente, spetta ai sindaci una funzione di vigilanza sull'altrui attività e, nello specifico, sulla legalità e sulla conformità allo statuto e alla legge di quest'ultima⁴⁹.

A seconda che la società abbia adottato il sistema dualistico o monistico, le funzioni dell'organo sindacale sono svolte rispettivamente dal *consiglio di sorveglianza* o dal *comitato per il controllo della gestione*.

I componenti del primo, in base all'art. 2409-*terdecies* hanno il compito di nominare e revocare il consiglio di gestione, approvare il bilancio d'esercizio ed eventualmente di quello consolidato, di denunciare al Tribunale ai sensi all'art. 2409 c.c., di inviare una relazione scritta all'assemblea ed almeno una volta all'anno sull'attività di vigilanza, sulle omissioni e sui fatti censurabili rilevati, di partecipare alle assemblee. Spetta al Consiglio *de quo* assistere alle adunanze del Consiglio di Gestione e, come per i sindaci - benchè nel sistema dualistico il controllo contabile sia affidato ad un revisore contabile (o ad una società di revisione) – il compito di vigilare sull'adeguatezza dell'assetto contabile della società e sul suo concreto funzionamento.

Secondo l'art. 2409-*octiesdecies* c.c. spetta invece al comitato per il controllo della gestione la vigilanza sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società, del

⁴⁸ Benchè l'articolo si riferisca espressamente ai "poteri", si ritiene che gli atti consentiti al collegio dei sindaci rappresentino – ove richiesti da necessità di controllo – doveri.

⁴⁹ Secondo P. MONTALENTI, *Controlli societari: recenti riforme, antichi problemi*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2011, Vol. 64, fasc. 5, p. 539, il controllo di correttezza gestionale consiste nella verifica dell'osservanza delle regole tecnico-aziendalistiche che concretano la diligenza professionale del buon amministratore secondo quanto stabilito dall'art. 2392 c.c.

sistema di controllo interno, di quello amministrativo e contabile e sulla sua idoneità a rappresentare correttamente la gestione e lo svolgimento di ulteriori compiti affidatigli dal Consiglio di Amministrazione riguardo ai rapporti con i soggetti incaricati del controllo contabile.

Con riferimento al tipo di controllo appena menzionato – e fatta eccezione per i casi in cui è svolto dall'organo sindacale - a rilevare sono anche i *revisori*, ai quali spetta verificare periodicamente la regolare tenuta della contabilità e la corretta rilevazione dell'attività gestoria attraverso le scritture contabili, nonché la corrispondenza - e la conformità normativa - tra queste ultime e il bilancio di esercizio (e quello consolidato ove redatto)⁵⁰.

In tema di procedure contabili, la legge n. 262 del 2005 - contenente disposizioni finalizzate a rafforzare la tutela dei risparmiatori - ha inoltre attribuito il compito di vigilare sulle stesse (oltre che su quelle amministrative) ad una ulteriore figura di controllo, il *dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili*⁵¹. La nomina di quest'ultimo è obbligatoria per le società quotate mentre quelle non quotate possono volontariamente optare per l'istituzione di tale figura.

Uno dei risultati dell'attenzione alla *corporate governance* e in particolare al fenomeno della *self-governance* è poi l'istituzione dell'*Internal auditing*. La disciplina di tale funzione è di tipo normativo solo per il settore dell'intermediazione finanziaria⁵², risultando essere perlopiù negli altri settori di tipo contrattuale e rimessa all'autonomia dei privati⁵³. L'*Internal auditing* di fonte negoziale ha funzioni di controllo ispettivo, di

⁵⁰ A seguito della riforma del 2003 il controllo contabile può essere affidato ad un revisore o ad una società di revisione iscritti nell'apposito Registro presso il Ministero della Giustizia e, solo per espressa previsione dello statuto, può essere affidato al collegio sindacale (purché la società non faccia ricorso al mercato del capitale di rischio). Spetta alla società di revisione informare il collegio sindacale dei fatti che ritiene censurabili in modo che lo stesso provveda secondo il comma II dell'art. 2408 c.c.

⁵¹ Ai sensi dell'art. 154-*bis* del T.U.F. il dirigente preposto deve redigere una relazione scritta attestante la corrispondenza tra atti e comunicazioni della società diffusi al mercato e relativi all'informativa finanziaria e i libri e le scritture contabili.

⁵² È perlopiù la normativa secondaria dei settori speciali (Banca d'Italia, CONSOB, IVASS) a prevedere l'*Internal Audit*.

⁵³ Secondo M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, Giuffrè, 2005. pp. 8 e ss., l'istituzione dell'*Internal Audit* deve ritenersi obbligatoria

controllo cosiddetto *auditor* e di controllo-consulenza e, sostanzialmente, vengono allo stesso demandati compiti di verifica dell'efficienza degli ingranaggi organizzativi aziendali. Esso è chiamato a curare, valutare e vigilare le procedure di controllo interno nella veste di braccio operativo del Collegio sindacale e del Consiglio di amministrazione.

Infine, troviamo i destinatari del controllo da parte degli organi a tale funzione preposti: si tratta degli *amministratori* ai quali spetta anzitutto l'esercizio del potere gestionale e altresì quello di verifica. Inoltre, all'interno dell'organo collegiale – il Consiglio di Amministrazione - si distinguono la figura del Presidente, gli amministratori *tout court*, quelli deleganti e quelli delegati. La funzione principale degli amministratori, specialmente a seguito della riforma del 2003⁵⁴, consiste nel controllo nell'attività di gestione dei *managers* e tale attività di supervisione si evince dagli obblighi sanciti ai commi 3 e 5 dell'art. 2381 c.c.: rispettivamente spetta al consiglio di amministrazione valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società sulla base delle informazioni ricevute e agli organi delegati curare che tale assetto sia adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa.

5. IL SISTEMA DI CONTROLLO INTERNO E LA GESTIONE DEL RISCHIO-REATO: OSSERVAZIONI PRELIMINARI

Il tema dei sistemi di controllo interni all'impresa finalizzati al contenimento dei rischi, attraverso la legislazione speciale del D.lgs. n. 231/2001, investe come anticipato altresì il settore della prevenzione dallo specifico rischio che fatti criminosi vengano commessi da soggetti riferibili all'ente; come è stato evidenziato, l'impresa,

laddove le dimensioni dell'impresa impongano agli amministratori un ausilio interno e specializzato.

⁵⁴ Secondo G. FERRARINI, *Funzione del consiglio di amministrazione, ruolo degli indipendenti e doveri fiduciari*, in I controlli societari. Molte regole, nessun sistema, a cura di C. BIANCHINI e C. DI NOIA, Milano, 2010, p. 51, la materia dei controlli interni si iscrive in una moderna concezione del consiglio di amministrazione e nel passaggio dall'idea di un << "consiglio che gestisce" (*managing board*) a quella di un "consiglio che controlla" (*monitoring board*) >>.

ontologicamente, ma ancor più per l'evoluzione che essa ha interpretato nello sviluppo economico, "ha conseguito in vario modo livelli di potere economico, di influenza sui mercati, di dominanza competitiva, di superiorità strategica, di pervasività nel tessuto economico-sociale, tali da rendere assolutamente impellente e necessaria l'assunzione di responsabilità, di vario tipo e certamente anche penalistiche"⁵⁵.

D'altro canto, la scelta dello Stato di coinvolgere i soggetti privati rendendo gli stessi protagonisti della produzione delle regole finalizzate al rispetto della legalità si inserisce in quel più ampio approccio strategico-culturale della gestione dell'impresa che mira a promuovere la sua dimensione valoriale ed etica. Si tratta della cosiddetta "responsabilità sociale d'impresa" - che nel mondo dell'economia aziendale viene comunemente indicata come *Corporate Social Responsibility* (C.S.R.)⁵⁶ - con cui l'organizzazione, consapevole del proprio ruolo e valore sociale, si impegna a contemperare il perseguimento del suo fine economico con il rispetto delle esigenze socio-ambientali e, per dimostrare concretamente ciò, condivide con tutti i portatori d'interesse con cui si relaziona la propria identità etica e la propria soggettività valoriale⁵⁷. Rilevano sotto questo punto di vista elementi quali la tutela della forza-lavoro, la trasparenza della propria attività e delle proprie negoziazioni, l'attendibilità delle informazioni ma, sicuramente un'impresa socialmente responsabile è un'impresa che, come del resto è richiesto dall'ordinamento ad ogni consociato⁵⁸, rispetta le leggi e

⁵⁵ P. BASTIA, *Implicazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle aziende*, in AA.VV., *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, p. 37.

⁵⁶ Una delle prime e più note definizioni di *Corporate Social Responsibility* è quella fornita da L. Holme e R. Watts e che figura in una pubblicazione del 2000 del *World Business Council for Sustainable Development* dal titolo *Corporate social responsibility: making good business sense*. Gli Autori definiscono la responsabilità sociale d'impresa come "the commitment of business to contribute to sustainable economic development, working with employees, their families, local community and society at large to improve the quality of life in ways that are both good for business and good for development".

⁵⁷ Si tratta, in altri termini, del raggiungimento di un equilibrio tra massimizzazione del profitto e giustizia dello stesso.

⁵⁸ Interessante è l'analisi della responsabilità sociale dell'impresa di A.B. CARROLL, *A Three-dimensional conceptual model of corporate performance*, in *Academic of Management Review*, 4, 1979. L'Autore - che ritiene che la responsabilità sociale d'impresa comprenda "le aspettative economiche, giuridiche, etiche e discrezionali che la società ha nei confronti delle organizzazioni in un dato momento" - per dimostrare il legame tra la performance aziendale -

soprattutto - per ciò che in questa sede rileva - è attenta a che non si verificano al suo interno illeciti penali. A conferma di tale impostazione, può sin da ora evidenziarsi che proprio il D.lgs. 231/2001 prevede che le imprese adottino, quale strumento di *compliance*, il Codice Etico contenente gli *standard* comportamentali che ispirano l'agire dell'ente⁵⁹.

Sostanzialmente, dunque, la materia dei controlli presa in esame attraverso (e richiede di essere affrontata tenendo sempre a mente) i tre *Leitmotiv* che hanno interessato le realtà societarie negli ultimi decenni: la *compliance* aziendale, il governo societario (*corporate governance*) e la responsabilità sociale dell'impresa.

5.1. SEGUE: I PRESIDI DI CONTROLLO EX D. LGS. N. 231/2001

Tra i soggetti deputati al controllo di cui si è riferito nel corso della rapida panoramica in precedenza fornita, deve allora annoverarsi anche l'Organismo di Vigilanza di cui all'art. 6, comma 1, lett. b) D.lgs. n. 231/2001, che è dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo sul funzionamento dei Modelli di Organizzazione e Gestione per la prevenzione dei reati commessi nell'interesse o a vantaggio dell'ente, nonché della cura dell'aggiornamento degli stessi.

intesa quale sviluppo dimensionale e crescita della produttività - e le scelte connesse alla responsabilità sociale l'Autore concepisce una piramide articolata su quattro livelli: alla base pone le responsabilità economiche (*economic responsibility*) che non tengono conto delle esigenze e delle aspettative degli *stakeholders* e che tendono a sfociare nell'illegalità; al secondo livello troviamo le responsabilità legali (*legal responsibility*) caratterizzato dalla conformità (*compliance*) agli obblighi di legge intesa come mero vincolo; seguono le responsabilità etiche (*ethical responsibility* o definite del "calcolo sociale") in cui alla tensione verso i risultati economici si affianca un atteggiamento aperto nei confronti nei soggetti con cui l'impresa entra in contatto; infine, al vertice della piramide si trova l'imprenditorialità socialmente orientata, livello al cui raggiungimento l'azienda deve tendere conciliando la ricerca di una maggiore performance economica con la propria capacità di soddisfare le attese sociali (*philantropic responsibility*) e agendo quale "good global corporate citizen".

⁵⁹ In quanto documento aziendale in cui si individuano i diritti, i doveri e le responsabilità - nonché i meccanismi sanzionatori in caso di condotte inosservanti dei valori aziendali - di tutti coloro che partecipano alla realtà aziendale e coloro che con essa intrattengono relazioni (per es. i clienti, i fornitori, ecc.) il Codice Etico è paragonato ad una vera e propria Carta Costituzionale per l'ente.

Deve subito rammentarsi come la materia della prevenzione dal reato si intersechi con il tema degli assetti organizzativi in quanto se è vero che la predisposizione dei Modelli – e la loro mancata adozione comporta per l’ente una sanzione - è un onere, è altrettanto vero che – come sopra riferito - ai sensi dell’art. 2381 c.c. spetta agli amministratori dotare la società di assetti organizzativi adeguati⁶⁰; pertanto, qualora il rischio di reato e dunque il rischio che alla società venga comminata una sanzione non sia stato gestito, la mancata adozione dei Modelli rappresenta altresì un inadempimento agli obblighi degli amministratori ai sensi della norma civilistica appena richiamata⁶¹.

Gli elementi caratterizzanti i Modelli di Gestione e Organizzazione di cui all’art. 6, comma 2, del Decreto, integrano in effetti il classico schema di ciò che nel linguaggio aziendalistico viene definito *risk management*; la loro costruzione è articolata in due momenti: quello dell’identificazione e quello della creazione di procedure capaci di minimizzare (nella misura più ampia possibile) il rischio. La loro adozione è atto di gestione, spetta agli amministratori delegati ed il loro contenuto, come si dirà più in avanti, è stato normativamente disciplinato solo nei suoi profili essenziali, preferendo il Legislatore che le imprese lo adattassero a seconda delle dimensioni, della struttura e del settore in cui ciascuna opera.

L’adozione dei Modelli e l’istituzione dell’Organismo di Vigilanza rappresentano quindi i requisiti perché l’ente sia esente dalla responsabilità amministrativa da reato

⁶⁰ E. LAGHI, *Il modello organizzativo e di gestione ex d.lgs. 231/2001: un approccio integrato ai sistemi di controllo interno in una logica di risk management*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, a cura di M. IRRERA, op. cit., p. 833, osserva a riguardo come se nell’impresa il sistema dei controlli interni rappresenta il processo svolto dall’organo di governo societario, dai dirigenti e da altri operatori della struttura aziendali mirato a fornire una ragionevole assicurazione sull’orientamento dell’entità alla realizzazione degli obiettivi aziendali (strategici, operativi, di reporting e compliance) “*anche i controlli (e i relativi modelli organizzativi) volti a prevenire le fattispecie di reato previste dal d. lgs. 231/2001 (obiettivi di conformità) dovrebbero costituire parte del più ampio sistema di controllo interno*”.

⁶¹ “(...) se al sistema di controllo interno è attribuito il compito di favorire una conduzione dell’impresa coerente con gli obiettivi prefissati e, tra questi, vi sono gli obiettivi di conformità – come quelli che concernono lo svolgimento dell’attività in conformità alle leggi e ai regolamenti in vigore – i modelli volti a prevenire le fattispecie di reato ex d.lgs. 231/2001 rientreranno nell’ambito degli schemi tipici di un sistema di controllo interno”, *Ibidem.*, p. 834.

prevista dalla disciplina in esame, unitamente alla circostanza per cui le procedure contenute nel Modello siano state violate attraverso una fraudolenta elusione.

Il meccanismo appena esposto, per cui l'impresa può dissociarsi dai comportamenti dei soggetti inseriti nella sua struttura e che non rappresentano espressione della propria politica, è di importanza centrale nella trattazione e, pertanto, si svilupperà nel capitolo successivo un inquadramento tanto dei Modelli quanto dell'Organismo di Vigilanza, quali "chiave di volta"⁶² e "architrave"⁶³ del sistema di cui al D.lgs. 231/2001.

La medesima tendenza alla creazione di anticorpi interni all'impresa ha tuttavia caratterizzato un recentissimo rafforzamento dei presidi previsti dalla disciplina della responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato. Il riferimento è alla Legge n. 179 del 2917⁶⁴ con cui è stata imposta alle imprese l'adozione di un sistema interno di segnalazione delle violazioni meglio noto come *Whistleblowing*. La disciplina sposa la medesima concezione di prevenzione e autoregolamentazione con cui l'organizzazione "cura se stessa" e con essa si è voluta radicare anche nel settore privato - come è noto l'istituto era già presente in altri settori dell'ordinamento⁶⁵ - una "coscienza sociale all'interno dei luoghi di lavoro, che invogli il singolo ad attivarsi per denunciare all'autorità o al proprio datore di lavoro, eventuali illeciti di cui sia venuto a conoscenza in occasione dello svolgimento della propria prestazione".

Quale ulteriore forma di controllo di prevenzione e parte del sistema di cui al D.lgs. 231, si renderà necessario anche l'approfondimento del *Whistleblowing*.

⁶² Così definisce i Modelli organizzativi G. FORTI, *Uno sguardo ai "piani nobili" del D.lgs. 231/2001*, in Riv. it. Dir. proc. pen. 2012, p. 1252.

⁶³ Sottolinea la centralità dell'Organismo l'Associazione dei Componenti degli Organismi di Vigilanza, AODV231, *La modifica dell'art. 6 del D.lgs. 231/2001: critica ragionata all'attribuzione al collegio sindacale della funzione di organismo di vigilanza*, Edizione 1.0 – 23 marzo 2012, p. 3., www.aodv231.it.

⁶⁴ Si tratta del provvedimento normativo approvato definitivamente dalla Camera il 15 novembre 2017 e contenente "Disposizioni a 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".

⁶⁵ La materia aveva trovato cittadinanza nel nostro ordinamento per il solo ambito pubblico a seguito dell'approvazione della legge n. 190/2012 (c.d. "Legge Severino") che ha introdotto specifiche disposizioni relative alla tutela del dipendente pubblico che segnala condotte illecite. In ambito privato, solo alcuni tra i più rilevanti settori – bancario e finanziario - conoscevano i sistemi di *whistleblowing*.

6. PROBLEMATICHE RELATIVE ALLA COMPLESSITA' DEI CONTROLLI. IN PARTICOLARE: LA RESPONSABILITA' PENALE

L'analisi dei controlli interni ha inevitabilmente condotto all'emersione della loro eccessiva moltiplicazione e – contrariamente ad ogni intento del Legislatore - del loro fallimento.

Da un lato, la scelta di aumentare i controllori si è rivelata per l'organizzazione societaria inefficace e farraginosa e, dall'altro, gli stessi controlli hanno spesso assunto un ruolo estremamente formale, soprattutto per la loro onerosità sotto il profilo economico.

Le società, in altri termini, hanno dimostrato di adempiere passivamente a quanto richiesto dalla legge e la *compliance* si è spesso rivelata – come si avrà modo di approfondire - operazione meramente cosmetica⁶⁶. Peraltro, l'indipendenza di coloro che sono preposti al controllo è minata dall'esistenza di conflitti d'interesse, specie in ragione del cumulo di più funzioni in capo allo stesso soggetto, magari chiamato a svolgere una funzione di controllo nella medesima area della società in cui ordinariamente opera⁶⁷.

Le riforme in materia societaria e la normativa speciale hanno infatti incrementato l'apparato dei controllori accumulando – e purtroppo, aggrovigliando - competenze e

⁶⁶ Evidenzia il problema rispetto alla legislazione italiana N. SELVAGGI, *Compliance Programmes and "Organisational Faults" in Italian Legislation. An overview of ten years of experience with Legislative Decree 231/2001 - Focus: Liability of Legal Persons in EUCRIM, The European Criminal Law Associations' Forum, 2012/2, pp. 127- 130*. Per un'analisi del problema anche in una prospettiva europea A.N. MARTIN, *Use and Lack Precision in Compliance Programs: Any Solution?, Ibidem, pp. 124-127*.

⁶⁷ Per una sintesi delle cause del fallimento dei controlli interni, F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, in Collana della Rivista delle società (a cura di G. ROSSI), Giuffrè editore, 2009. L'Autore afferma che <<La (caotica) coesistenza di organi di controllo ha dato vita, come testimonia la realtà organizzativa, a una complessa architettura burocratica dei controlli dagli effetti imprevedibili: il tempo e le risorse dedicate alle verifiche e alla supervisione rischiano ormai di essere sproporzionate rispetto a quelle dedicate alla produzione: i costi degli apparati di monitoraggio sono cresciuti enormemente; la sovrapposizione tra i compiti dei diversi organi di controllo è frequente e i confini delle rispettive attribuzioni assai incerti; le procedure di lavoro finiscono per disperdersi, in nome della verificabilità, "in un mare di carta">>, pp. 6-7.

funzioni in modo disorganico. Non a caso, proprio con riguardo alla moltitudine di operatori con compiti di controllo, si è parlato di architettura barocca⁶⁸ e si è evidenziato come più che un sistema l'apparato attuale sia un "reticolo"⁶⁹.

Il cambiamento dei paradigmi culturali del diritto societario del 2003 ha inoltre comportato un aumento dello spazio di discrezionalità riservato al sindacato giudiziale: con l'introduzione dei criteri dell'adeguatezza degli assetti, della corretta gestione e dell'agire informato, da cui è dipesa la procedimentalizzazione dell'attività gestoria, è stato attribuito al giudice un ruolo molto più pregnante "nella valutazione del *come* l'attività sociale è svolta"⁷⁰.

Il problema dell'esplosione dei controlli ha perciò portato con sé quello dell'esplosione della responsabilità dei controllori e, in particolare, della responsabilità penale.

Lo scenario indicato, che già solo dal punto di vista del diritto societario necessiterebbe di una ricostruzione sistematica, genera ripercussioni ancor più pericolose rispetto alle valutazioni del giudice penale⁷¹.

La reazione giudiziaria nei confronti degli illeciti commessi nell'ambito delle realtà organizzate, infatti, ha riguardato non solo i presunti autori degli illeciti ma anche i controllori per il fatto di non aver impedito – secondo lo schema giuridico

⁶⁸ FORTUNATO, *Fallimento del mercato e revisione contabile*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber Amicorum G.F. Campobasso, (a cura di) Abbadessa, Portale, 2007, pp. 91 e ss.

⁶⁹ MONTALENTI P., *Il sistema dei controlli: profili generali, Le società per azioni*, (a cura di) ABRIANI N., AMBROSINI S., CAGNASSO O., MONTALENTI P., Padova, 2000, p. 690. Per un'estrema sintesi delle questioni collegate al tema, può indicarsi anche il risultato emerso da un'indagine empirica promossa dalla Camera di Commercio di Milano nel 2010 secondo la quale uno dei maggiori difetti della legislazione italiana in materia di controlli societari andrebbe individuato "nella sovrapposizione di competenze tra diversi organi, in un rischio di deresponsabilizzazione per eccesso di funzioni e/o di organi, in un apparato fondato su adempimenti essenzialmente formali o cartacei".

⁷⁰ "ovvero di profili che, pur attinenti al giudizio di legittimità dell'operato, si traducono di fatto in scelte che riguardano l'organizzazione interna della società, ma che sono in ultima istanza riferibili al merito gestorio". G. MERUZZI, op. cit.

⁷¹ F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari: una lettura critica della recente giurisprudenza*, Consiglio Superiore della Magistratura – Ufficio per gli incontri di Studio, Roma, 4-6 Aprile 2011, p. 5, osserva come in contesti societari complessi, dove più forte è il rischio di indulgere a forme di responsabilità "collettiva", "il giudice è tenuto ad effettuare una difficile opera di cesello per isolare i contributi realmente rilevanti rispetto agli illeciti commessi, anche dal punto di vista del necessario coefficiente di responsabilità collettiva".

dell'imputazione realizzato attraverso gli artt. 40, comma 2, e 110 c.p. - che i reati venissero consumati.

In ossequio ai principi costituzionali di legalità, colpevolezza e personalità della responsabilità penale il sopra citato schema prevede, come è noto, l'individuazione di una posizione di garanzia in capo all'organo di controllo e di un obbligo giuridico d'impedimento, la prova del nesso causale tra la mancata attivazione del potere impeditivo e il fatto di reato e, nel caso di compartecipazione nel reato doloso, la prova della rappresentazione e volizione del fatto storico corrispondente alla fattispecie di reato.

La prassi si è invece orientata nel senso di mettere da parte la demarcazione di un potere impeditivo e di non ritenere necessario l'accertamento del nesso causale.

Peraltro, il momento soggettivo del rimprovero si è caratterizzato per l'equiparazione tra "conoscenza del fatto illecito" e "concreta conoscibilità" dello stesso, dilatando eccessivamente la portata del dolo eventuale⁷².

7. DEFINIZIONE DELLE SFERE DI RESPONSABILITA' INDIVIDUALI E DELL'ENTE. SCOPO DELL'INDAGINE.

Volgendo lo sguardo alle attuali dimensioni del sistema di controllo interno – e utilizzando una lente di ingrandimento con specifico riguardo a quello di prevenzione del rischio-reato – è emerso un panorama sempre più caotico e disarticolato.

Gli interventi del Legislatore italiano in materia non sono mai caratterizzati da una visione d'insieme ma anzi si sono succeduti in modo disorganico riforme di diritto comune, l'emanazione di leggi speciali, l'adozione di regolamenti nei settori vigilati e la redazione di Linee-guida da parte delle Associazioni di categoria. Non hanno poi di certo contribuito a semplificare l'architettura dei controlli le istanze provenienti dal

⁷² F. CENTONZE, *Ibidem*, p. 8, rileva come l'accertamento dell'elemento soggettivo si appiattiva sui criteri di imputazione della responsabilità civile degli amministratori e dei sindaci, equiparando la "conoscenza" alla "conoscibilità", *esaurendo la prova del dolo eventuale nella mera violazione delle regole di diligenza o nella presenza di "segnali d'allarme" della generica illegalità della gestione, ricorrendo alla formula sempreverde del "non poteva non sapere"*.

Legislatore europeo⁷³ o dagli organismi internazionali⁷⁴. Si sono così determinate stratificazioni normative e sovrapposizioni tra le diverse figure di controllori.

È stato sul punto rilevato come la risposta dell'ordinamento alla dimostrata inadeguatezza dei meccanismi di verifica⁷⁵ sia consistita nell'introduzione di nuove figure di guardiani⁷⁶, risiedendo la difficoltà del regolatore nel sapere avvertire il limite oltre il quale “più controlli” generano minore efficienza.

La presenza di più soggetti deputati al controllo non ha significato maggior rigore nel funzionamento degli assetti societari⁷⁷ ed il rischio che si voleva evitare – ossia che l'attivazione di uno dei preposti potesse dipendere dalla negligenza di un altro organo concorrente – si è concretamente tradotto in una dispersione delle competenze e delle responsabilità⁷⁸.

⁷³ Si pensi, da ultimo, al Regolamento UE 2016/679 sulla protezione dei dati personali – meglio noto come *General Data Protection Regulation* (G.D.P.R.) - applicabile dal 25 maggio 2018 con cui è stata introdotta la figura del *Data Protection Officer* (D.P.O.) incaricata dell'osservazione, della valutazione, dell'organizzazione e della gestione del trattamento dei dati personali e della loro protezione all'interno di un'azienda conformemente ai dettami delle normative sulla *privacy* nazionali ed europee.

⁷⁴ Un esempio è la legge 6 novembre 2012, recante le *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella Pubblica Amministrazione*, con cui – in attuazione dell'art. 6 della Convenzione dell'O.N.U. contro la corruzione del 2003 – è stata introdotta la figura del responsabile della prevenzione della corruzione (R.P.C.) La posizione di quest'ultimo ha poi di recente subito un rafforzamento dei compiti con il d.lgs. 97 del 2016: è stato unificato in capo ad un unico soggetto l'incarico di responsabile della prevenzione della corruzione e quello di responsabile della trasparenza (adesso individuato quale R.P.C.T.).

⁷⁵ I processi di riforma, come noto, avvengono quasi sempre sull'onda di crisi, siano esse finanziarie o aziendali.

⁷⁶ F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penali*, op. cit., sul tema: <<accade infatti che quando nuovi scandali finanziari ciclicamente dimostrano che i controllori sono risultati inadeguati a fungere davvero da guardiani, gli ordinamenti giuridici ricorrono a “semplici operazioni cosmetiche” e a “nuovi sistemi di vigilanza”, i quali si rivelano apparentemente “sufficienti a salvaguardare la fiducia sistemica”: si diffonde la credenza che questa volta i controlli “non saranno aggirati”, p. 7.

⁷⁷ Osserva P. MONTALENTI, *Amministrazione, controllo, minoranze nella legge sul risparmio*, in Riv. delle soc., 2006, p. 979 come “la concorrenza dei poteri (...) stimola, o quanto meno dovrebbe stimolare, un processo virtuoso, teso verso comportamenti di più intenso rigore”.

⁷⁸ Secondo F. CENTONZE, op. cit., << la moltiplicazione di funzioni e di organismi non produce quindi necessariamente un controllo più efficace: sommare controlli a controlli, è stato scritto di recente, è come tentare “di rimarginare una ferita infetta sovrapponendo cerotti”>>, p. 442.

Alla propensione legislativa a moltiplicare controlli si è purtroppo affiancata, come si accennava, la tendenza – dinanzi al manifestarsi degli insuccessi delle riforme – ad attribuire al diritto penale il compito di garantire il “ritorno alla legalità” e al giudice penale quello di supplire ad un dettato legislativo frammentario e vago. Tale operazione di eterointegrazione della norma costituita dalla concretizzazione giudiziale è tuttavia pericolosa perché foriera di un giudizio eticizzante, oltre che contrario ai principi di precisione, tassatività e determinatezza che governano la materia.

La presente indagine vuole perciò pervenire alla delimitazione dei confini delle responsabilità penali in capo ai soggetti che rivestono nell’impresa funzioni di controllo. Analizzando alcune tra le principali figure e verificandone i poteri e i doveri, sarà infatti possibile giungere alla comprensione delle rispettive potenzialità di intervento.

Inevitabile, nel ritagliare i contorni delle qualifiche soggettive, la costruzione delle posizioni di garanzia: il sistema societario è ancorato a formulazioni generiche dai confini elastici ma, nell’ottica del diritto penale, si rivela imprescindibile comprendere in che modo, con quali strumenti e sulla base di quale concreto raggio di conoscenza un soggetto possa governare le fonti di rischio sì da agire impedendo determinati illeciti.

L’*actio finium regundorum* relativa ai controllori rappresenta la premessa per pervenire ad altra delimitazione, ovvero quella della misura della condotta richiesta all’ente per prevenire il rischio secondo quanto previsto dal D.lgs. n. 231/2001: senz’altro è il nesso tra uomo e apparato a rivestire un ruolo centrale nella colpevolezza d’organizzazione ma il giudizio sull’esistenza di quest’ultima si fonda spesso sul presupposto della superiorità dell’ente collettivo sull’individuo. Sostanzialmente, “*ciò che è inibito alle capacità cognitivo/del secondo è ritenuto alla portata di pensiero/azione del primo*”⁷⁹.

Sebbene la colpevolezza *de qua* sia stata resa dal Legislatore più tangibile attraverso la previsione dell’adozione dei Modelli di Organizzazione e Gestione idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi, la ricerca dell’*ubi consistam* della responsabilità dell’ente non sembra ancora potersi ritenere esaurita.

⁷⁹ A. SERENI, *L’ente guardiano. L’autorganizzazione del controllo penale*, Giappichelli Editore, 2016, p. 22.

Anche l'imputazione dell'illecito al soggetto collettivo subisce infatti le conseguenze di una disciplina legislativa scarna e incerta. Come è noto, il Decreto Legislativo non fornisce specifiche regole cautelari ma si limita a richiedere il solo requisito dell'idoneità dei Modelli, sottoponendo l'ente che abbia voluto conformarsi al "sistema 231" ad una valutazione giudiziaria che oltre ad essere operata *ex post* si caratterizza, in assenza di parametri determinati e conoscibili, per un'elevata componente di soggettività.

È evidente che se in sede giudiziale il rimprovero alla struttura organizzata si soggettivizza e l'atteggiamento psicologico dell'ente si oggettivizza - non trovando spazio alcuno la verifica sulla concreta dominabilità sul fatto⁸⁰ da parte di quest'ultimo né potendosi apprezzare il suo eventuale agire virtuoso (e la sua estraneità al reato) – la responsabilità di cui al D.lgs. 231 si pone in contrasto non solo con il principio di personalità ma anche con quello processuale della presunzione di non colpevolezza.

Tenuto conto di queste problematiche, all'esito della presente indagine si tenterà quindi di suggerire alcune possibili strade percorribili al fine di riportare il giudizio sulla responsabilità dell'ente sugli stessi binari che governano quello della responsabilità della persona fisica.

⁸⁰ Sul tema A. FIORELLA, N. SELVAGGI, *Compliance programs e dominabilità "aggregata" del fatto. Verso una responsabilità da reato dell'ente compiutamente personale, Relazione al Congresso italo-spagnolo tenutosi presso l'Università degli Studi di Milano il 29 e il 30 maggio 2014*, in Riv. Trim. Diritto penale contemporaneo, Vol. 3-4/2014, pp. 105-119.

CAPITOLO II

IL CONTROLLO DEL RISCHIO-REATO NEL SISTEMA DEL D.LGS. N. 231/2001

SOMMARIO: 1. I Modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo. – 1.1. Segue: il contenuto del “dovere di organizzazione”. - 2. La Vigilanza sui Modelli: l’Organismo di Vigilanza. - 3. Struttura dell’Organismo di Vigilanza. - 4. Struttura dei controlli interni all’ente. - 5. L’organizzazione del controllo per funzioni. - 6. I livelli del controllo. - 7. Il ruolo dell’Organismo di Vigilanza. - 8. I rapporti tra l’Organismo di Vigilanza e gli altri Organi societari: premessa. – 8. L’Organismo di Vigilanza e gli amministratori. – 8.2. L’Organismo di Vigilanza e il Collegio Sindacale. – 8.3. I rapporti tra l’Organismo di Vigilanza e le altre Funzioni: l’*Internal Audit*. – 8.4. I rapporti tra Organismo di Vigilanza e la funzione di *Compliance*. In particolare: il *Compliance Officer*. – 8.5. Focus: l’OdV a composizione mista e nei gruppi di imprese. - 9. Il D.lgs. n. 231/2001 e i Modelli Anticorruzione: premesse. – 9.1. Segue: il D.lgs. n. 231/2001 e i Modelli Anticorruzione: punti di contatto. - 9.2. L’Organismo di Vigilanza e il Responsabile della Prevenzione della Corruzione. – 10. Funzioni e poteri dell’Organismo di Vigilanza. – 10.1. Le attività di formazione e informazione – 10.2. Il controllo sull’effettività del Modello. – 10.3. Il controllo sull’attività di aggiornamento del Modello. – 11. Considerazioni intermedie sull’Organismo di Vigilanza nel sistema della responsabilità da reato degli enti.

1. I MODELLI DI ORGANIZZAZIONE, GESTIONE E CONTROLLO

Nel complesso sistema della gestione dei rischi aziendali anche la prevenzione del rischio-reato diviene imprescindibile per l’orientamento dell’agire collettivo alla legalità.

Spetta pertanto all'ente contenere le spinte criminogene che possono accompagnare l'esercizio dell'attività d'impresa attraverso l'allestimento di una organizzazione⁸¹ che individui, misuri l'intensità, gestisca e contenga possibili violazioni di norme penali.

Con riguardo a tale dovere di organizzazione⁸², il D.lgs. 231/2001 prevede che imprese, enti e tutti i soggetti dalla disciplina interessati⁸³ possano in via preventiva tutelarsi

⁸¹ Secondo V. MONGILLO, op. cit., il modello di prevenzione dei reati d'impresa ascrivibili all'ente è criteriologia unitaria ma si articola su tre livelli ("tre formanti"): il primo livello (*hard law*) è rappresentato dai principi e dai parametri formulati dal D.lgs. n. 231/2001; il secondo livello (*soft law*) comprende i codici comportamentali delle associazioni di categoria; il terzo livello (*best practice*) è costituito dalle cautele individuate dallo stesso ente e dunque modulate a seconda del settore d'impresa.

⁸² È noto che, contrariamente a quanto l'espressione "*dovere di organizzazione*" potrebbe suggerire, secondo la prevalente dottrina il Decreto configurerebbe come facoltativa la conformazione degli enti alla disciplina in esso contenuta, non prevedendosi sanzioni per la mancata adozione dei Modelli. Ciononostante, *de facto*, essa si è nel tempo posta – soprattutto alla luce di considerazioni utilitaristiche da parte degli imprenditori – come un'esigenza e dunque quale obbligo. Sul punto è doveroso segnalare l'attuale esistenza di un disegno di legge (AS 726) che intende introdurre l'obbligatorietà del "Modello 231" e della nomina dell'Organismo di Vigilanza a tutte le società di capitali e cooperative che non rientrino nei limiti dimensionali e reddituali previsti dall'art. 2435-bis, primo comma, nn. 1) e 2) c.c., nonché la previsione di sanzioni pecuniarie per le società inadempienti. Nella Relazione di accompagnamento si legge che "*sulla spinta degli interventi normativi e delle pronunce giurisprudenziali, pur rimanendo ad oggi facoltativo, il modello 231 sta divenendo progressivamente uno strumento necessario per l'efficiente conduzione e controllo dell'attività d'impresa sia essa di matrice pubblica o privata, la promozione della cultura della legalità e, conseguentemente, per la tutela di patrimonio e attività dell'ente o dell'impresa*". Si riporta di seguito la modifica legislativa suggerita, consistente nell'inserimento di un comma 3-*bis* all'art. 1 del D.lgs. n. 231/2001 ai sensi del quale: "Tutte le società a responsabilità limitata (Srl), le società per azioni (SpA), le società in accomandita per azioni (SApA), le società cooperative (Sooc. Coop.) e le società consortili che anche solo in uno degli ultimi tre esercizi abbiano riportato un totale dell'attivo dello stato patrimoniale non inferiore a 4.400.000 euro, o ricavi delle vendite e delle prestazioni non inferiori ad 8.800.000 euro, nonché le società che controllino ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile una o più Srl, SpA, SApA, Sooc. Coop. e società consortili che superino i predetti limiti, approvano con delibera del consiglio di amministrazione, dell'organo amministrativo o dell'assemblea dei soci il modello di organizzazione e gestione di cui al presente decreto e nominano l'organismo di vigilanza di cui all'articolo 6, comma 1, lettera b), depositando presso la camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura di appartenenza la delibera consiliare o la decisione dell'organo amministrativo o la delibera assembleare di approvazione del modello di organizzazione e gestione e di nomina dell'organismo di vigilanza ai sensi del presente comma entro dieci giorni dall'adozione della stessa. Le società obbligate che non ottemperano all'obbligo di deposito presso la camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura di appartenenza della delibera consiliare, della decisione dell'organo amministrativo o della delibera assembleare di approvazione del modello di organizzazione e gestione di cui al decreto medesimo sono condannate al pagamento di una sanzione amministrativa di 200.000 euro. La medesima

rispetto al rischio di illeciti penali – e alle conseguenti sanzioni – e non essere ritenuti responsabili qualora prima della commissione di un reato da parte di un soggetto ad essi funzionalmente collegato abbiano adottato ed efficacemente attuato Modelli di organizzazione, gestione e controllo idonei ad evitarlo.

Perché non operi lo schema di imputazione della responsabilità all'ente – che, come noto, risponde in via diretta del reato commesso nel suo interesse o a suo vantaggio dai soggetti inseriti nel proprio organigramma⁸⁴ – gli è concesso, in altri termini, di

sanzione si applica nei casi in cui le predette società non provvedono alla nomina dell'organismo di vigilanza. La sanzione amministrativa è applicata alla società per ciascun anno solare in cui permane l'inosservanza degli obblighi. Nei casi di deposito tardivo della delibera, le società sono condannate al pagamento di una sanzione amministrativa di 50.000 euro”.

⁸³ Si rammenta che ai sensi dell'art. 1 del D.lgs. 231/2001 la disciplina si applica agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica; non si applica invece allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli enti pubblici non economici e agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale. Più precisamente i destinatari sono le società per azioni, quelle a responsabilità limitata, di intermediazione, le società semplici, in nome collettivo, in accomandita semplice, le società di capitali unipersonali, i consorzi con attività esterna, gli enti pubblici non economici. Rispetto a tale ultima categoria è stato dalla giurisprudenza puntualizzato che sono esonerati dall'applicazione del Decreto gli enti di natura pubblicistica che non svolgono attività economica (Cass. pen., Sentenza n. 28699/2010).

⁸⁴ Come è ben noto, i Modelli incidono sull'imputazione soggettiva del reato all'ente a seconda che quest'ultimo sia stato commesso da un soggetto in posizione apicale o sia invece riferibile ad un dipendente. Per una breve panoramica sulla struttura dell'imputazione A. FIORELLA, *Responsabilità da reato*, op. cit., pp. 5106-5107. L'Autore individua cinque livelli di "appartenenza" del fatto commesso all'ente cui il reato è imputato a titolo di illecito amministrativo se, sinteticamente, è destinato a realizzare un suo interesse, è stato commesso o agevolato da figure apicali, è stato causato da inefficienze organizzative, è stato reso possibile da modelli preventivi inidonei o è dovuto ad una elusione fraudolenta di questi ultimi. Più precisamente, al primo livello viene indicata l'appartenenza "per destinazione", perché l'ente, "almeno nelle intenzioni dell'autore, risulta il beneficiario del reato"; al secondo livello l'appartenenza "per la significativa posizione del soggetto attivo", "quale espressione di una sorta di propensione al reato dell'ente complessivamente considerato. L'autore del reato corrisponde al soggetto in posizione apicale. Anche nel caso del soggetto sottoposto l'appartenenza all'ente sarebbe assicurata dall'esser stato reso possibile dalle inosservanze di un soggetto in posizione di sorveglianza o di direzione"; al terzo livello l'appartenenza "per la derivazione del fatto dall'inefficace modellistica preventiva", richiedendosi che il fatto dipenda "in concreto da un'organizzazione inefficace dal punto di vista della prevenzione dei reati"; al quarto livello l'appartenenza "per la derivazione dal rischio non permesso d'impresa" fondando la legge l'imputazione sulla circostanza che "l'organizzazione è priva di modelli preventivi normalmente adeguati"; al quinto e ultimo livello corrisponde l'appartenenza per la "non-fraudolenta elusione" dei modelli, che risulta dal fatto che l'autore non abbia aggirato fraudolentemente i medesimi.

dimostrare di avere adempiuto a quell'obbligo di auto-organizzazione richiestogli attraverso l'adozione dei Modelli.

Questi ultimi – autentico supporto materiale del dovere organizzativo⁸⁵ - svolgono quindi un ruolo centrale sia sotto il profilo del criterio imputativo⁸⁶ della responsabilità dell'ente, sia sotto quello dell'attenuazione sanzionatoria⁸⁷, assumendo la duplice funzione esimente e riparatoria⁸⁸.

1.1.SEGUE: IL CONTENUTO DEL “DOVERE DI ORGANIZZAZIONE”

Il Legislatore del 2001 non ha specificato i requisiti che lo strumento di controllo rappresentato dal Modello deve possedere, limitandosi l'art. 6 del Decreto a puntualizzare quali sue condizioni qualificanti e compresenti l'adozione, l'idoneità e l'efficacia⁸⁹.

L'adozione fa chiaramente riferimento alla predisposizione dell'insieme di regole cui l'ente decide di conformarsi e l'efficacia al funzionamento in concreto del Modello; entrambi rimandano alle funzioni di direzione e di vigilanza dei soggetti apicali, le

⁸⁵ Così definiscono i Modelli E. PALIERO – C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in Resp. amm. soc. enti, vol. 3/2006, pp. 171 e ss. Secondo gli Autori i Modelli di prevenzione del rischio reato rappresentano “*regole autonorme*”. L'ente – si osserva – “*in una sorta di circolo maieutico (auto-maieutico)*” – cristallizza un vero e proprio programma di autodisciplina.

⁸⁶ Le condizioni per l'esclusione della punibilità dell'ente sono – come è noto – diversamente disciplinate agli artt. 6 e 7 del Decreto.

⁸⁷ Secondo quanto stabilito dall'art. 12, comma 2, del D.lgs. 231/2001, la sanzione pecuniaria è ridotta (da un terzo alla metà) se prima della dichiarazione di apertura del dibattimento l'ente – oltre all'ipotesi in cui abbia risarcito integralmente il danno e abbia eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si sia comunque efficacemente adoperato in tal senso – abbia adottato e reso operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi; al sussistere dei medesimi presupposti, invece, ai sensi dell'art. 17 del Decreto, è esclusa l'applicabilità delle sanzioni interdittive.

⁸⁸ Sulle condotte di ravvedimento, C. PIERGALLINI, in *Reati e responsabilità degli enti*, op. cit., evidenzia che il loro rilievo “*denota una significativa cofunzionalità con i criteri di iscrizione della responsabilità, atteso che viene valorizzato, in chiave specialpreventiva, il ruolo dei modelli in vista della minimizzazione del rischio-reato*”, p. 154.

⁸⁹ Non è richiesta la presenza dei tre requisiti in via alternativa, come indicato dalla Relazione di accompagnamento al D.lgs. 231/2001 e dalla giurisprudenza (Corte di Cassazione, Sez. IV, sentenza n. 36083/2009)

quali non devono essere adempiute staticamente ma in senso dinamico, perdurando nel corso della vita della società⁹⁰.

L'idoneità attiene invece alla capacità del Modello di esplicitare la sua forza preventiva, la quale però, a sua volta, dipende dalla scelta dell'ente di dotarsi o meno di questo strumento di *compliance*. Nel caso in cui sia stato adottato un Modello, il giudice sarà chiamato a valutarne l'idoneità attraverso il metodo della prognosi postuma, mentre nell'ipotesi contraria si dovrà concretamente vagliare se la successiva adozione del Modello possa colmare la lacuna organizzativa che ha consentito la realizzazione di un reato. Sui canoni di tali accertamenti si avrà modo di tornare ma può già evidenziarsi come al momento essi costituiscano un profilo di criticità della materia in esame, a causa della mancanza di una chiara disciplina e per il meccanismo probatorio invertito scelto dal Decreto. Seppur con riguardo alla sola ipotesi in cui l'autore del reato sia un soggetto apicale⁹¹, la legge infatti inverte l'onere della prova incaricando l'ente stesso di dimostrare di aver ideato, redatto e attuato adeguati modelli preventivi.

Per gli enti che si impegnano a costruire il Modello l'art. 7 – commi 2, 3 e 4 – puntualizza le esigenze che lo stesso deve soddisfare e, cioè, garantire lo svolgimento delle attività nel rispetto della legge e scoprire (quindi eliminare tempestivamente) le situazioni di rischio. A ciò si ricollega la necessaria verifica periodica del Modello e le opportune modifiche quando si registrino modifiche della struttura organizzativa e delle

⁹⁰ “ricondono a poteri e doveri di direzione e di vigilanza di soggetti apicali, che non si esauriscono in un adempimento iniziale, ma persistono nel tempo, in forme corrispondenti alle diverse situazioni e al modello organizzativo in concreto adottato”. Così D. PULITANO, *La responsabilità da <<reato>> degli enti: i criteri d'imputazione*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2002, pag. 416.

⁹¹ Sulla differenza tra il reato commesso dal soggetto apicale e quello commesso dal sottoposto A. FIORELLA, *Responsabilità da reato*, op. cit., p. 5109-5510. È stato evidenziato, pur non senza perplessità sulla compatibilità della disciplina con l'art. 27 comma 2 Cost., come nella prima ipotesi il Legislatore “*evidentemente muove dalla premessa secondo cui sarebbe in tal caso ragionevole presumere che il fatto corrisponda senz'altro alla politica dell'ente (in altri termini, salva prova contraria, da addossare all'ente il soggetto in posizione apicale, in via di principio e secondo le comuni presunzioni, esprimerebbe direttamente e senz'altro la volontà complessiva dell'ente)*”. Non è invece prevista l'inversione dell'onere della prova nella seconda ipotesi “*non scattando più, qui, evidentemente, la presunzione di collegamento del reato alla volontà complessiva dell'ente. Il decreto sotto questo profilo mostra di considerare meno significativa la circostanza che il reato del sottoposto sia stato reso possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza dei soggetti in posizione apicale*”.

attività. Si tratta di ulteriori indicazioni generali, spettando agli enti stessi – non senza difficoltà⁹² - in concreto arricchire la costruzione del Modello attraverso le specificità del proprio organigramma societario e dei soggetti coinvolti a vario titolo nell'organizzazione

Sul punto, e quindi rispetto al contenuto del “dovere di organizzazione”, si è detto che il Modello costituisce il dover essere vincolante per i singoli soggetti in quanto rappresentativo del *“volere essere dell'ente sia nella sua soggettività che nella sua configurazione organizzativa e operativa, mediante la regolamentazione dei processi, partitamente decisionali e di controllo, attraverso i quali si esplica l'esercizio dell'attività sia rivolta all'interno che all'esterno”*.

Fondamentale nella gestione del rischio-reato è, perciò, in primo luogo, la predisposizione di una griglia capillare di garanti⁹³ collocata nelle diverse fasi del processo decisionale e produttivo e, in secondo luogo, la preventiva azione di monitoraggio e progettazione dei comportamenti all'interno dell'impresa; il virtuoso meccanismo di contenimento delle spinte criminogene passa attraverso l'individuazione della funzione o del processo dove è probabile che si manifesti il rischio, si sviluppa nell'elaborazione di standard comportamentali cui il soggetto interessato è tenuto ad uniformarsi e giunge a sanzionare le eventuali deviazioni da tali standard⁹⁴

⁹² Come già evidenziato nel precedente capitolo, la dinamica organizzativa-aziendale della moderna persona giuridica è caratterizzata da una sempre maggiore compartimentazione delle funzioni in cui il *management* non si sviluppa in senso verticistico ma tra una pluralità di soggetti i cui compiti sono ripartiti su base orizzontale.

⁹³ *“L'oggetto della garanzia dipenderà dalla tipologia di funzione svolta: così, chi è collocato in posizione apicale assicurerà, prima di tutto, l'adozione di un modello organizzativo che consenta un'adeguata protezione ai beni giuridici tutelati dalle norme penali; scendendo ai “piani” inferiori, a garanzia si concretizzerà in rapporto al tipo di funzione (di direzione, di controllo, di consulenza, di predisposizione, ecc.) in concreto esercitata”* Così C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex D. lgs. n. 231/2001)*, op. cit., pp. 8 e ss.

⁹⁴ L'ente *“cristallizza un vero e proprio programma di autodisciplina deputato a: (aa) mappare le aree in cui è più radicato il rischio-reato; (bb) riconoscere le modalità operative attraverso le quali in modo più ricorrente vengono commessi illeciti ed individuazione dei soggetti più esposti al rischio (soggetti apicali, middle management, dipendenti, soggetti legati all'ente da rapporti di collaborazione o di parasubordinazione); (cc) individuare regole cautelari orientate a sradicare o minimizzare il rischio-reato; (dd) predisporre adeguati*

2. LA VIGILANZA SUI MODELLI: L'ORGANISMO DI VIGILANZA

Un tratto peculiare del D.lgs. n. 231/2001 e, in generale, della *compliance* penale italiana⁹⁵, è la previsione all'interno degli enti destinatari della disciplina dell'Organismo di Vigilanza (di seguito anche "OdV").

Il ruolo assegnato a quest'ultimo presidio di controllo sui Modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo - concepito quale indipendente rispetto ai vertici aziendali - ben si comprende dai compiti assegnatigli all'art. 6 del Decreto, che precisamente consistono

*meccanismi di controllo sulla funzionalità del modello e sulla necessità di adeguamenti; (ee) prevedere un sistema disciplinare rivolto a sanzionare i comportamenti devianti; (ff) assicurare meccanismi che favoriscano la scoperta/chiarimento degli illeciti". Così il programma di autodisciplina secondo C. PALIERO – C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, op. cit., pp. 173 e ss.*

⁹⁵ Sul tema, con spunti di diritto comparato, V. MONGILLO, *L'organismo di vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell'ente*, *Rivista231*, Sezione interventi, osserva che "Se il *compliance program*, quale strumento di gestione del rischio-reato, ha una nitida matrice anglo-americana, l'organismo di vigilanza, quale strumento di monitoraggio della sua attuazione, ha una genesi squisitamente italiana. Una specificità della quale si sono presto avvedute le multinazionali straniere operanti nel nostro Paese. Sul piano normativo, peraltro, tale creazione ha già mostrato una certa capacità di attrazione a livello internazionale. L'esempio più eclatante è rappresentato, da ultimo, dall'ordinamento spagnolo che, con la *Ley Organica 1/2015*, del 30 marzo 2015 (in vigore dal 1 luglio), ha riconfigurato i presupposti della *responsabilidad penal de las personas jurídicas* secondo cadenze esattamente speculari a quelle della disciplina italiana, richiedendo così anche la costituzione di un organismo di vigilanza in seno alla persona giuridica ("organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención: art. 31-bis, comma 5, n. 4 del *Codice penal*"). Qualche anno prima, la legge cilena sulla "responsabilità penale delle persone giuridiche" aveva incluso tra i requisiti del "modello di organizzazione, amministrazione e supervisione per la prevenzione di delitti come quello commesso" anche la designazione di un "encargado de prevención" da parte della "massima autorità amministrativa della persona giuridica". Tale figura, che "dura in carica fino a tre anni, prorogabili per periodi di uguale durata", pare peraltro ricalcare più il *compliance officer* di matrice nordamericana, che l'organismo di vigilanza "in salsa italiana". Una regolamentazione palesemente ispirata a quella nostrana aveva, inizialmente, adottato anche la Repubblica di San Marino con la legge n. 6/2010 sulla "responsabilità da misfatto della persona giuridica", la quale richiedeva pure l'istituzione di un organismo interno all'ente con compiti di verifica della idoneità e sufficienza del modello organizzativo a prevenire gli illeciti. Tuttavia, all'insegna di un netto ripensamento, è intervenuta poi la novella del 2013, che ha segnato il passaggio ad un regime di responsabilità della *societas* del tutto permeabile all'eventuale azione di controllo preventivo dei "reati dolosi commessi per loro conto o comunque nel loro interesse da persona che aveva il potere di agire per la persona giuridica stessa" (art. 2, comma 1, lett. a, l. 29 luglio 2013 n. 99)".

nel vigilare sull'osservanza del modello di prevenzione, nel verificarne l'efficacia e curarne l'aggiornamento.

Si tratta dell'attività volta rispettivamente al vaglio della rispondenza dei comportamenti aziendali alle regole cautelative che l'ente stesso si è dato e della funzionalità del Modello intesa quale concreta idoneità a prevenire il verificarsi delle fattispecie di reato elencate dal Decreto; nonché alla cura dell'adeguamento del Modello qualora si registrino violazioni dei protocolli preventivi, variazioni della compagine aziendale e modifiche normative. L'esonero della responsabilità per la società nel caso in cui sia commesso un reato risiede quindi nell'effettività del Modello e nella adeguata ed efficiente capacità operativa dell'OdV.

Da ciò deriva il riconoscimento di perno soggettivo del sistema di contenimento del rischio-reato a tale struttura di controllo.

Sebbene l'istituzione dell'OdV rappresenti un *unicum* nel panorama internazionale per ragioni che hanno ispirato il Legislatore italiano nel disegnare la responsabilità dipendente da reato dell'ente⁹⁶, la sua definizione normativa – e in particolare i suoi

⁹⁶ Sull'eccentricità dell'istituto italiano, V. MONGILLO, op. cit., il quale spiega che “*non è arduo risalire alla ragione fondamentale che risiede in un'altra vistosa peculiarità del paradigma italiano della responsabilità dipendente da reato dell'ente: la scelta di estendere la enforced self-regulation quale strategia di prevenzione del corporate crime, e correlativamente la concezione della lacuna organizzativo-gestionale quale fondamento della responsabilità “corporativa”, anche allas fera delle condotte criminose degli esponenti aziendali in posizione verticistica. Nella maggior parte degli altri sistemi giuridici europei, la valenza esimente di un adeguato controllo interno, quando riconosciuta a livello normativo, è limitata ai reati commessi dal personale di grado inferiore. Infatti, alla stregua della classica “regola delle tre curae” - in eligendo, instruendo et custodiendo – perché l'ente possa rispondere degli illeciti direttamente commessi da soggetti “sottoposti” occorre accertare che quelli apicali abbiano mancato di selezionare, istruire e sorvegliare adeguatamente il loro operato; onde la responsabilità dell'ente origina, sempre e comunque, da una violazione o carenza addebitabile ai soggetti in posizione di comando. È agevole intendere, allora, perché in questi contesti normativi sia meno sentita la necessità di un presidio di controllo ad hoc: i superiori gerarchici potranno espletare direttamente la sorveglianza sul rispetto della legge penale e dei protocolli di prevenzione dei reati da parte dei loro subordinati, quantunque i primi, specie nelle organizzazioni più complesse, riterranno di norma più appropriato affidare tale incombenza a strutture dedicate e professionalmente più attrezzate (ad es. compliance officer). Il legislatore italiano, invece, ha voluto estendere l'operatività della due diligence defence pure ai reati commessi da soggetti in posizione verticistica, talchè ha accluso alla causa esimente in cui si sostanzia l'adozione del modello organizzativo l'istituzione di una nuova struttura deputata ad assicurare un controllo “dall'alto”, indipendente ed effettivo, anche sull'organo gestorio e il senior management. A ciò si aggiunga che la prassi operativa, a*

connotati strutturali, i suoi compiti e le sue responsabilità – si è da subito distinta per imprecisione ed indeterminatezza.

Pertanto, dopo quasi un ventennio di applicazione del Decreto e a seguito degli sviluppi normativi⁹⁷, dottrinali e giurisprudenziali, la figura dell'OdV è ancora connotata da problematiche multiforità interpretative e sostanziali che richiedono di essere ripercorse per poter delimitare i confini dell'Organismo sotto i profili strutturali, organizzativi e dinamici e sempre nella prospettiva del sistema della responsabilità da reato dell'ente.

3. STRUTTURA DELL'ORGANISMO DI VIGILANZA

Già a partire dalle modalità di costituzione dell'Organismo – e dunque affrontano il tema della nomina – il Decreto manifesta la sua ermeticità, dando rilievo alla sola funzione e non invece alla struttura e alla composizione.

L'OdV ha per scopo l'assorbimento di uno specifico rischio (quale è quello rappresentato dal reato) e, pertanto, i suoi compiti si inseriscono nell'ambito del più ampio sistema interno di controllo; la dottrina maggioritaria – non ritenendo di poterlo equiparare ad un organo sociale - lo ha dunque considerato una Funzione dell'impresa⁹⁸ che comunque assume una posizione di vertice, originaria ed autonoma sia rispetto alle altre Funzioni esistenti che agli organi societari.

fronte della necessità di integrare la sorveglianza continuativa sull'attuazione del Modello a tutti i livelli dell'organizzazione, ha finito per dilatarne il raggio di azione anche al rispetto dei protocolli preventivi in seno alle attività facenti capo ai livelli intermedi e finali della scala gerarchica".

⁹⁷ Si sono susseguite nel tempo diverse leggi che hanno più o meno direttamente inciso sulla disciplina dell'Organismo di Vigilanza. In particolare, la legge n. 262 del 28 dicembre 2005 recante Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari, la legge n. 190 del 6 novembre 2012 contenente Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione e, da ultimo, la legge n. 179 del 30 novembre 2017 recante Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato.

⁹⁸ Secondo I. DEMURO, *I modelli organizzativi tra obbligatorietà e moral suasion*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, a cura di M. IRRERA, Bologna, 2016, osserva come "l'OdV non ha rilevanza esterna ed in più vige il principio di tipicità degli organi sociali, il che porta ad escludere che esso possa essere definito come un <<organo sociale>>, p. 928.

Il citato art. 6 del Decreto – per quanto concerne la competenza – affida il poterdovere di adottare e attuare il Modello all’organo dirigente⁹⁹, anche se la dottrina¹⁰⁰ e la prassi sono orientate nel senso della sufficienza di una decisione assunta dall’organo amministrativo¹⁰¹. Alcune voci, poi, partendo dall’assunto per cui l’adeguamento al Decreto, nella sua fase applicativa, si concretizza in una fase gestionale standardizzata che dovrà armonizzarsi con l’assetto organizzativo e con il sistema di controlli già esistenti, segnalano l’opportunità di riconoscere all’OdV una veste anche formale che risalti all’interno della struttura sociale¹⁰². Secondo tale punto di vista – che incontra il favore della giurisprudenza di merito¹⁰³ – sarebbe una scelta evolutiva rispetto al disegno del Legislatore del 2001, istituzionalizzare la costituzione, le principali funzioni, i poteri e i requisiti dell’Organismo nel contratto sociale o comunque nelle regole organizzative primarie della società e, nella pratica, separare temporalmente la

⁹⁹ Circostanza che si pone in raccordo con le previsioni della riforma del diritto societario attraverso la quale è stato rafforzato il principio generale dell’esclusiva capacità nonché responsabilità gestoria degli amministratori a prescindere dall’esigenza di un’apposita autorizzazione assembleare ai sensi dell’art. 2364, comma 1, n. 5, c.c.).

¹⁰⁰ P. MONTALENTI, *Modello “231” e Organismo di Vigilanza nel sistema dei controlli societari: un quadro d’insieme*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2014, p. 21.

¹⁰¹ Pochi interpreti attribuiscono la competenza *de qua* al Collegio Sindacale ritenendo che alla nomina dell’OdV debba procedere un soggetto estraneo al controllo. Sul tema, A. D’AVIRRO, A. DI AMATO, *I modelli organizzativi. L’organo di vigilanza*, in *La responsabilità da reato degli enti*, Padova, 2009, p. 210. In giurisprudenza, si registra la sola pronuncia del G.I.P. del Tribunale di Roma del 4 aprile 2003, secondo cui è necessaria l’approvazione del modello a maggioranza qualificata del consiglio di amministrazione, con ciò potendosi intendere la necessità che anche la nomina dell’OdV avvenga tramite un voto rafforzato. Di siffatta impostazione non v’è tuttavia traccia nel dettato legislativo.

¹⁰² “*Che ne faccia risaltare, con l’adeguata e conseguente pubblicità, la sua collocazione all’interno della struttura sociale, in modo che anche i terzi possano venire facilmente a conoscenza del rilievo dato alla società alle tematiche della trasparenza e della correttezza dei procedimenti interni*”, A. DE NICOLA, *Il diritto dei controlli societari*, Giappichelli Editore, 2017, p. 219.

¹⁰³ “se i soci che hanno costituito la società volessero premunirsi rispetto ad una condotta negligente o imprudente dell’amministratore riguardo alla facoltà di elaborare il modello organizzativo, potrebbero prevederne l’obbligatoria elaborazione ed adozione da parte dell’organo amministrativo, riservandone all’assemblea la preventiva approvazione prima della sua attuazione” (Corte d’Appello di Milano, sentenza n. 18244/2012).

creazione dell'OdV (e delle norme del suo funzionamento) dalla costruzione dell'apparato dei controlli¹⁰⁴.

Ad ogni modo, una volta avvenuta, la nomina sarà seguita dalla comunicazione ai membri dell'OdV e dall'accettazione di questi, per i quali – di prassi – è prevista una remunerazione differenziata¹⁰⁵.

La legge non fornisce alcuna specificazione neppure rispetto alla durata in carica dell'Organismo.

Al fine di assicurare la continuità d'azione, l'autonomia e l'indipendenza quali fattori che connotano il suo operato, il periodo prescelto è in genere legato alla durata in carica di altri organi sociali come ad esempio il collegio sindacale. Si aggiunga, sul tema, che non essendo una figura di cui è imposta obbligatoriamente la presenza, la *prorogatio* non si ritiene applicabile all'OdV.

¹⁰⁴ “ (...) incidendo l'adeguamento dell'ente al decreto 231 non solo sulla gestione, ma anche sulla struttura societaria, potrebbe essere presa in considerazione l'ipotesi di scindere il momento della creazione dell'OdV e dell'introduzione delle principali norme per la sua organizzazione e attività da quello della concreta e materiale predisposizione del sistema di controllo. Facendo così assumere a detto primo momento rango di norma statutaria o organizzativa, cui conseguirà la necessaria o organizzativa, cui conseguirà la necessaria competenza dei soci con le maggioranze previste per le modifiche di atti costitutivi, di statuti e, più in generale, di patti sociali e le conseguenti formalità redazionali. Delegando, invece, alla competenza gestoria dell'organo amministrativo la nomina dello stesso OdV e la predisposizione della corrispondente attività, quali ad esempio le regole procedurali attraverso le quali svolgere il controllo richiesto dalla legge, da inserire nel Modello stesso”. Così A. DE NICOLA, *Il diritto dei controlli societari*, cit. Secondo l'Autore, inoltre, “risulterebbe, invece, essere rimessa ad una mera valutazione di policy aziendale – eventualmente incardinata in norma statutaria – l'ulteriore scelta di affidare il potere di nominare, revocare e sostituire i membri dell'OdV con mero atto dell'organo amministrativo oppure a seguito di ulteriori passaggi procedurali quali il parere del collegio sindacale o, nelle società chiuse, l'autorizzazione assembleare nei soli limiti previsti ex art. 2364, comma 5, c.c.”.

¹⁰⁵ Anche il tema del compenso non trova una specifica disciplina. Si ritiene comunque imprescindibile la corresponsione di un emolumento – in genere relativo all'intera durata dell'incarico - ad un soggetto di elevata professionalità chiamato a svolgere l'incarico di vigilanza sul Modello. Il compenso è poi elemento che garantisce l'indipendenza dell'OdV, tanto che si ritiene preferibile stabilire una forma di retribuzione *ad hoc* per lo svolgimento delle funzioni di vigilanza anche per i dipendenti della società che ricoprono – in aggiunta alla propria prestazione lavorativa – il ruolo di componente dell'Organismo. Sulla necessità che l'attività di vigilanza venga remunerata si è espressa la giurisprudenza di merito, sottolineando – rispetto ad un controllo sull'effettivo espletamento dei compiti - come “il diritto al compenso presupponga l'adempimento di tali prestazioni e attività di controllo”(Trib. Milano, sentenza n. 9258/2012).

Deve precisarsi, per completezza, con riguardo alla revoca, che essa viene invece deliberata dall'organo dirigente – nelle stesse forme della nomina e per giusta causa¹⁰⁶, non sembrando percorribile, per preservare l'autonomia dell'Organismo, una revocabilità *ad nutum*¹⁰⁷. Tale ultimo concetto è spesso collegato alla mancanza di funzionalità dell'Organismo, ossia allo svolgimento negligente dei suoi compiti¹⁰⁸.

Uno dei tratti fondamentali dell'OdV invece ricavabili dal dettato legislativo – e precisamente dal combinato disposto degli artt. 6, comma 1, lett. b) e 7, commi 3 e 4 - è che lo stesso sia dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo.

Il carattere di autonomia si riferisce ai poteri decisionali che caratterizzano l'aspetto più propriamente funzionale dell'Organismo in quanto garantiscono la libertà di autodeterminazione e di azione ed il pieno esercizio di discrezionalità nell'espletamento dei suoi compiti. L'autonomia si traduce altresì – in conformità a quanto rappresentato nella Relazione di accompagnamento al Decreto 231¹⁰⁹ -

¹⁰⁶ Il tema è abbastanza dibattuto. Secondo V. SALAFIA, *Responsabilità dell'organismo di vigilanza delle società*, in *Società*, 5, 2017, “*sebbene la nomina dei componenti dell'organismo sia stata attribuita dalla legge all'organo dirigente della società, la loro revoca non possa competere allo stesso organo, sia perché autore del Modello di organizzazione assoggettato alla vigilanza dell'organismo al quale appartengono i componenti da revocare e quindi in posizione di conflitto con loro, sia perché non sarebbe ammissibile nei confronti dei componenti dell'organismo un trattamento differente rispetto a quello riservato dalla legge ai componenti dell'organo dirigente e dell'organo sindacale, consistendo nel voto dell'assemblea dei soci*”, p. 542. Inoltre, ci si è interrogati in merito alle conseguenze della mancanza di giusta causa, prevalendo la tesi per cui, assimilando il rapporto del componente dell'OdV al rapporto di prestazione d'opera intellettuale *ex art. 2237 c.c.*, il primo sarebbe revocabile con risarcimento del danno in assenza del requisito della giusta causa. “*Alternativamente, la giustificazione dell'irrevocabilità si potrebbe rinvenire qualificando il rapporto instauratosi come mandato in favore dei terzi (partecipanti alla società, creditore, terzi), e quindi ex art. 1723 c.c. revocabile solo per giusta causa. È pur vero, però, che nella legge non vi è traccia di questo ruolo di garanzia verso i terzi da parte dell'OdV*”, A. DE NICOLA, *cit.*, p. 222.

¹⁰⁷ Secondo Cass. Pen., Sez. VI, sentenza n. 37119/2012, “*l'inserimento di una clausola generica in base alla quale, pur se di regola il vigilante va nominato per un periodo corrispondente a quello dell'organo che lo nomina, il medesimo può essere allontanato per generici motivi personali, offre spazio ad un condizionamento dell'organismo stesso*”.

¹⁰⁸ Si ritiene opportuno che la giusta causa sia estesa ad altre ragioni che attengono al rapporto tra il componente dell'OdV e la società e alla figura del componente stesso (il quale, per esempio, ha riportato una condanna penale).

¹⁰⁹ “per garantire la massima effettività del sistema, è disposto che la *societas* si avvalga di una struttura che dev'essere costituita al suo interno (onde evitare facili manovre volte a preconstituire una patente di legittimità all'operato della *societas* attraverso il ricorso ad Organismi compiacenti e soprattutto per fondare una vera e propria colpa dell'ente), dotata di

nell'estraneità ad ogni forma di interferenza e di pressione da parte dei vertici aziendali e nell'assenza di ingerenze nelle attività operative ed in quelle gestorie.

Si è più volte ribadito che l'autonomia deve intendersi in senso sostanziale e non formale, dovendo l'organo dirigente riconoscere all'Organismo poteri di ispezione e di controllo effettivi e perciò supportati da adeguate risorse economiche¹¹⁰.

Il requisito dell'autonomia è stato inoltre valorizzato dalla giurisprudenza, che lo ha utilizzato quale parametro di valutazione per l'efficacia e l'effettività del Modello¹¹¹; sempre la giurisprudenza ha confermato che l'OdV deve essere munito di indispensabili poteri di iniziativa, autonomia e controllo e non invece di compiti "operativi che, facendolo partecipe delle decisioni relative all'attività dell'ente, potrebbero pregiudicare la serenità di giudizio al momento delle verifiche"¹¹².

Sul punto, si è anzi precisato come gli autonomi poteri di iniziativa e controllo possano giudicarsi effettivi e non meramente "cartolari" in assenza di elementi da cui possa desumersi la subordinazione del soggetto controllante rispetto a quelli controllati¹¹³.

Affinché il Modello possa ritenersi efficacemente attuato è infatti tenuta in

poteri autonomi e specificamente preposta a questi compiti". (Relaz. di accompagnamento al D.lgs. 231/2001)

¹¹⁰ "con possibilità di accesso alle informazioni aziendali rilevanti e, al fine di svolgere i propri compiti in maniera autonoma, dovrà essere dotato di adeguate risorse economiche, con relativa autonoma capacità di spesa". Così LATTANZI G., BASTIA P., *Reati e responsabilità degli enti: guida al D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2005, p. 162.

¹¹¹ Secondo un giudizio del Trib. di Torino, Seconda Corte d'Assise, sentenza del 14 novembre 2001, "il modello adottato, nel periodo preso in considerazione, non poteva essere stato reso operativo, tanto meno in modo efficace, sottolineando che tale organismo deve essere dotato, secondo il citato art. 6, di "autonomi poteri di iniziativa e controllo". Conforme Cass. Pen., Sez. II, sentenza n. 52316/2016.

¹¹² Tribunale di Roma (ordinanza), 4 aprile 2003, Caso *Finspa*, Foro It., 2004, p. 317.

¹¹³ Secondo Cass. Pen., Sezione II, sentenza n. 52316/2016 "Naturalmente, l'approntamento di un modello, ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. b), D.lgs. n. 231 del 2001 non è sufficiente ad esimere una società da responsabilità amministrativa, essendo anche necessaria l'istituzione di una funzione di vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli, attribuita a un organismo dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo. Tuttavia, iniziativa e, principalmente, controllo, possono essere ritenuti effettivi e non meramente << cartolari >>, soltanto ove risulti la non subordinazione del controllante al controllato". "non a caso" – osservano i Giudici – "l'art. 6, comma 2, lett. d), prevede una serie di obblighi di informazione nei confronti dell'organo di vigilanza, al fine evidente di consentire l'esercizio "autonomo" del potere (di vigilanza, appunto); inoltre, l'art. 6, comma 2, lett. e), prevede un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello (ovviamente per rendere "credibile" il potere di controllo)".

considerazione la composizione dell'Organismo di Vigilanza, in quanto ritenuta in grado di esprimere l'autonomia dell'iniziativa di controllo da ogni forma di interferenza o di condizionamento¹¹⁴.

Quanto richiesto dalla norma ha comunque subito un'estensione interpretativa, essendosi delineate altre caratteristiche e principi che devono caratterizzare l'OdV. Il riferimento è chiaramente ai requisiti di indipendenza, continuità di azione, professionalità e onorabilità.

L'indipendenza è requisito che discende dal principio di effettività che deve orientare l'attività di controllo, la quale sarà tanto più penetrante ed effettiva quanto minori saranno sia le condizioni di soggezione rispetto ai vertici della società che le funzioni operative svolte.

In altri termini, l'Organismo è indipendente se "libero" da vincoli di qualunque tipo con gli organi dell'ente – specialmente quelli con cui deve relazionarsi in merito ai propri compiti – e se non è coinvolto nelle decisioni e nell'attività aziendale¹¹⁵.

Sul tema, le Linee-Guida di Confindustria hanno più dettagliatamente osservato che la posizione dell'OdV nell'organizzazione della struttura societaria dovrà "garantire l'autonomia della sua iniziativa di controllo da ogni forma di interferenza e/o di condizionamento da parte di qualunque componente dell'ente"¹¹⁶.

¹¹⁴ Così Cass. Pen., SS. UU., sentenza n. 38343/2014. Nel caso di specie non è stato considerato autonomo l'Organismo di Vigilanza il cui componente era altresì responsabile dell'area ecologica, ambiente e sicurezza occupandosi di manutenzione degli impianti e di organizzazione del servizio di emergenza; settori – questi ultimi – sui quali l'Organismo svolge le proprie funzioni di controllo. In questa ipotesi, in cui le verifiche avrebbero riguardato "l'operato di un dirigente chiamato ad essere il giudice di se stesso e dotato di poteri disciplinari", proprio l'accettazione di un tale conflitto di interessi è stata interpretata come elemento indicativo della propensione verso la configurazione di un organo di controllo in termini meramente burocratici "e di facciata e non di effettiva prevenzione dei reati". Sull'effettività dei poteri dell'OdV, anche Cass. Pen., Sez. III, sentenza n. 53318/2018.

¹¹⁵ Secondo V. MONGILLO, op. cit., "l'indipendenza deve riguardare non solo l'organismo come plenum, ma anche individualmente i suoi membri. Questi, da un lato, dovranno soddisfare requisiti soggettivi di onorabilità, assenza di conflitti di interesse con l'azienda e di rapporti di parentela con gli organi sociali e con il vertice (esigenze trasfuse nelle cause di ineleggibilità e di decadenza), e dall'altro dovranno essere privi di mansioni operative di gestione che finirebbero ineluttabilmente per minarne l'autonomia di giudizio nell'effettuare i doverosi controlli sul rispetto del Modello".

¹¹⁶ Sono infatti state indicate quali possibili cause di ineleggibilità e decadenza, per mancanza del requisito dell'indipendenza, relazioni di parentela, coniugio o affinità entro il quarto grado

Ne deriva un'elevata collocazione dell'Organismo nella gerarchia aziendale il cui operato sarà sindacabile solo sotto un profilo di adeguatezza (dell'intervento) e solo da parte dell'organo dirigente che è comunque responsabile del funzionamento del Modello di Gestione, Organizzazione e Controllo. Infatti, quale organo terzo collocato al vertice della linea di comando, l'OdV ha come interlocutori il Consiglio di Amministrazione e il Collegio sindacale, che devono assicurarsi che l'Organismo svolga correttamente la sua attività; anche gli organi delegati si relazionano invece con l'OdV ma con una maggiore tempestività di intervento rispetto alle criticità o lacune segnalate.

Dei requisiti dell'autonomia e dell'indipendenza si è del resto servita la giurisprudenza per vagliare "la forza" e la credibilità degli Organismi di Vigilanza di società imputate, tenendo in considerazione la corrispondenza tra la fisionomia dell'OdV e i suoi compiti¹¹⁷, *a fortiori* per la composizione mista dell'organo¹¹⁸.

Rispetto alla continuità d'azione, secondo la giurisprudenza il concetto è collegato all'impegno nell'attività di vigilanza richiesto all'Organismo e avente ad oggetto la concreta attuazione del Modello. Questa caratteristica è sostanziale e deriva dal fatto che l'OdV sia formalmente un organismo "dell'ente" ma non deve intendersi come

con i membri del Consiglio di Amministrazione o del Collegio Sindacale, nonché con i membri delle società controllanti e/o controllate o sottoposte a comune controllo, relazioni con i soggetti esterni incaricati della revisione oppure ancora l'esistenza di un rapporto di lavoro continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita.

¹¹⁷ *"Per quanto concerne l'Organo di Vigilanza si osserva che, perché questo possa adeguatamente ed efficacemente adempiere ai propri compiti, è necessario che ne sia garantita l'autonomia, l'indipendenza e la professionalità (...). La composizione dell'Organismo di Vigilanza muta nel tempo ed è evidente che un organo di vigilanza "debole" non può adempiere ai propri compiti"*, Tribunale di Milano, ordinanza, 2004, Guida al Diritto, 2004, p. 69 e ss. Ancora, *"con riferimento all'organismo di controllo, previsto nella più volte menzionata delibera del c.d.a., osserva il giudice che tale organismo, per essere funzionale alle aspettative, deve essere necessariamente dotato di indispensabili poteri di iniziativa, autonomia e controllo"*, Tribunale di Roma, Ordinanza cit., 2003.

¹¹⁸ *"L'esigenza di indipendenza risulta a maggior ragione irrinunciabile anche qualora si opti per la scelta di un OdV a composizione mista, nel quale siano cooptati anche soggetti "interni" all'ente: in tal caso, infatti, la presenza di "controllori" che conoscono a fondo la società, ma che per ovvie ragioni potrebbero risultare non totalmente indipendenti dall'organo dirigente, andrà per così dire "bilanciata" dalla presenza di uno o più membri che assicurino la necessaria indipendenza dell'OdV nel suo complesso da possibili ingerenze dei controllati"*. M. VIZZARDI, *Osservazioni sulla composizione dell'Organismo di Vigilanza ex d.lgs. 231/2001*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 29 ottobre 2010.

operatività a tempo pieno. Le Linee-Guida sopra richiamate – in un certo senso confermando l’interpretazione fornita da una seppur isolata pronuncia sull’argomento¹¹⁹ - hanno espresso il loro favore verso una struttura “dedicata a tempo pieno ed esclusivamente all’attività di vigilanza sul Modello stesso”¹²⁰ ma non sono mancate in dottrina opinioni nel senso di un impegno anche non esclusivo¹²¹ ma prevalente e idoneo ad assolvere i compiti richiesti. Si ritiene che l’esclusività della dedizione all’attività di vigilanza non sia richiesta dalla legge, la quale, anzi, ha ammesso che il collegio sindacale possa svolgere il ruolo di OdV, implicitamente escludendo un impegno *full-time*. La continuità deve in ogni caso concepirsi in termini di effettività del controllo e di frequenza temporale delle azioni intraprese, dovendo l’Organismo operare con adeguato impegno e con i necessari poteri di indagine. Il requisito in parola si pone infatti in sintonia con i caratteri che secondo il Legislatore deve possedere la vigilanza: essa – come richiesto – sarà corretta e non insufficiente, se l’azione dell’OdV sarà continua e renderà lo stesso parte attiva dei flussi informativi indispensabili per l’esercizio dei suoi poteri di controllo.

Con riguardo alla professionalità, vi è unanimità di vedute sulle competenze “tecniche specialistiche proprie di chi svolge attività ispettiva, ma anche consulenziale e di analisi dei sistemi di controllo e di tipo giuridico, più in particolare penalistico”¹²² che i membri dell’OdV devono possedere, in particolare con riferimento al “campionamento statistico, alle tecniche di analisi e valutazione dei rischi, alle tecniche di interviste e di

¹¹⁹ Nell’ordinanza del G.I.P. del Tribunale di Roma citata si parla di “un impegno esclusivo sull’attività di vigilanza”.

¹²⁰ *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231* – approvate da Confindustria il 7 marzo 2002 e aggiornate al marzo 2014 – p. 60.

¹²¹ RIVA M., *D.lgs. 231/2001. Guida pratica all’attuazione dei Modelli*, Milano 2008, p. 83.

¹²² “Infatti, la disciplina in argomento ha natura sostanzialmente punitiva e lo scopo del modello è prevenire la realizzazione di reati”, *Linee guida cit.*, 59. Dello stesso avviso V. MONGILLO, secondo il quale “di norma occorreranno cognizioni multidisciplinari, da cui poter distillare le tecniche necessarie per verificare il rispetto del Modello a tutti i livelli aziendali, scoprire i reati già commessi e individuarne le cause. Decisive, ovviamente, sono anche le conoscenze giuridiche, a cominciare da quelle penalistiche, dal momento che, nella specie, si tratta di neutralizzare/contenere i rischi di commissione di reati”.

elaborazione dei questionari, alle metodologie per l'individuazione delle frodi"¹²³. Per determinati settori, quale ad esempio quello della tutela e della sicurezza sul lavoro, l'OdV può avvalersi della collaborazione con le risorse aziendali appositamente istituite e delle competenze tecniche da queste possedute (Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione). Non sono escluse, in funzione integrativa, le competenze acquisite con l'ausilio di consulenti esterni¹²⁴.

Per quanto concerne l'onorabilità spetta al Modello indicare le cause di ineleggibilità e decadenza¹²⁵ della carica di componente dell'OdV ma la dottrina – come sopra specificato - ne ha indicate alcune¹²⁶. Anch'esso è un criterio sostanziale per i singoli membri dell'Organismo sul quale si è espressa la giurisprudenza rilevando come per l'affidamento del ruolo di vigilanza debbano effettuarsi valutazioni di opportunità¹²⁷.

Anche i compiti dell'Organismo indicati dall'art. 6 si sono nella prassi estesi, articolandosi in molteplici attività tra cui quelle principali di informazione e formazione del personale dipendente e dei collaboratori, dei soggetti apicali e dei subordinati; di analisi di coerenza tra i comportamenti aziendali tenuti e quelli indicati nel Modello; di monitoraggio; di aggiornamento del Modello; di valutazione e gestione delle segnalazioni di violazioni del Modello. Proprio per lo svolgimento di tali compiti l'OdV deve poter interagire con ogni struttura aziendale, acquisire informazioni e documenti a qualsiasi livello della stessa.

¹²³ Tribunale di Milano (ordinanza), 20 settembre 2004, For. It. 2005, p. 537; secondo il Tribunale di Napoli (ordinanza), 26 giugno 2007, *“la conoscenza di tecniche specifiche, idonee a garantire l'efficacia dei poteri di controllo e del potere propositivo ad essi demandati”*.

¹²⁴ Così V. MONGILLO, op. cit.

¹²⁵ Tribunale di Napoli (ordinanza), cit., 2007.

¹²⁶ Sul punto A. BERNASCONI, C. FLORIO, A. PRESUTTI, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008, p. 139.

¹²⁷ *“se l'organo di vigilanza deve, pur se interno alla società, essere indipendente ed in grado di controllare non solo i dipendenti, ma anche i direttori e gli amministratori dell'ente, appare veramente eccessivo pretendere, perché operi la causa di ineleggibilità, che nei confronti del soggetto che si vorrebbe nominare sia stata emessa una sentenza di condanna e che la sentenza sia diventata irrevocabile: potrebbe cioè nominarsi quale membro dell'organo di vigilanza un soggetto condannato – seppure con sentenza non irrevocabile – per corruzione, per truffa aggravata ai danni di ente pubblico, per frode fiscale ovvero un soggetto nei confronti del quale sia stata emessa sentenza di patteggiamento divenuta irrevocabile ad esempio per gravi fatti corruttivi”*. Così il G.I.P. del Tribunale di Milano, ordinanza del 9 novembre 2004.

A conferma di tale potere di interlocuzione è previsto – oltre all’instaurazione di canali di comunicazione “dall’OdV” verso le funzioni societarie – un obbligo di informazione degli organi societari anche “verso l’OdV”. I flussi informativi a cui si fa riferimento – che saranno oggetto di successiva disamina – sono regolati dall’ente stesso attraverso una specifica procedura.

Attraverso un regolamento l’Organismo di Vigilanza disciplina la propria attività, i rapporti con le diverse figure aziendali, le modalità e i referenti della rendicontazione; il tutto secondo i principi descritti e insieme ai criteri di designazione e nomina dei componenti e della loro durata della carica.

In particolare, nell’ipotesi di composizione plurisoggettiva dell’OdV, si è operata una distinzione a seconda che i componenti sia tutti esterni o anche interni all’azienda: se nella prima ipotesi i requisiti di autonomia ed indipendenza devono sussistere in capo ai singoli membri, nella seconda ipotesi (di composizione c.d. mista) l’indipendenza dell’OdV va valutata nella sua globalità¹²⁸.

4. STRUTTURA DEI CONTROLLI INTERNI ALL’ENTE

L’ossatura del sistema di organizzazione, come indicato nel capitolo precedente, è costituita dai controlli interni e dalla loro articolazione, ovvero dalle regole, dalle procedure e dalle strutture volte a consentire – attraverso un adeguato processo di identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi – la conduzione di un’impresa “sana”, conformemente agli obiettivi che si è proposta di

¹²⁸ *Linee guida cit.*, p. 58. Secondo P. BARUFFI, “al riguardo si pone immediatamente il problema se tale requisito dell’indipendenza debba essere rispettato dall’Organismo di Vigilanza nel suo complesso ovvero da tutti i suoi membri. Un’interpretazione pedissequa della norma porterebbe ad escludere a priori dalla composizione dell’Organismo qualsivoglia risorsa interna, privando in tal modo lo stesso di un soggetto dotato di un notevole bagaglio di esperienze relativamente all’ente da sottoporre a vigilanza. Del resto, Confindustria stessa afferma che il rispetto dei requisiti di indipendenza ed autonomia deve essere valutato rispetto all’Organismo di vigilanza valutato nella sua globalità”. Così in A. ALBERICI, P. BARUFFI, M. IPPOLITO, A. RITTATORE VONWILLER, G. VACIAGO, *Il modello di organizzazione, gestione e controllo di cui al d.lgs. 231/2001. Profili metodologici e soluzioni operative. Aggiornato al D.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 T.U. in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, 2008*, 2008, p. 368.

raggiungere. In altri termini, spetta all'organizzazione – intesa quale “ordinamento datosi dagli uomini componenti, costituitosi per la comune finalità”¹²⁹ – la costruzione di un sistema conforme alle leggi e attraverso cui preservare e mantenere la propria reputazione, oltre che garantire gli equilibri del mercato in generale.¹³⁰

L'approccio seguito per orientare l'agire dell'impresa a tali scopi consiste dunque nell'allestimento di un complesso sistema in cui le funzioni di amministrazione e quelle di controllo sono ben distinte, spettando alle prime la responsabilità apicale di predisporre un assetto organizzativo adeguato e alle seconde di vigilare su quest'ultimo indicando, ove se ne rappresenti la necessità, interventi correttivi. Al di sotto dell'organo amministrativo e dell'organo di controllo, si pone il sistema di controllo interno, in genere formato da vari organi indipendenti che si occupano della catalogazione dei rischi a cui la società è esposta, della conformità alle varie fonti normative e para-normative, delle verifiche interne, di iniziative e programmi di miglioramento, della raccolta e della gestione dei flussi informativi.

Addentrandosi nel sistema di controllo interno, è possibile individuare le Funzioni – di seguito meglio analizzate - che di esso fanno parte.

Si tratta della Funzione di Revisione o *Internal Audit*, con a capo un Responsabile, della Funzione di Conformità o *Compliance*, con a capo il *Compliance Officer* e della Funzione di valutazione dei rischi, presieduta dal *Chief Risk Manager*.

¹²⁹ A. SCHERMI, *Soggettività e società di persone*, nota a Cass. 19 novembre 1999, n. 12833, in *Giustizia Civile*, 2000, p. 1043. L'Autore sottolinea come “l'organizzazione è un ordinamento regolante una pluralità di organi, ciascuno avente una propria funzione” e che “è conseguenza della struttura dell'Organizzazione la frequente incapacità di individuare l'effettivo responsabile della condotta illecita”.

¹³⁰ Un'impresa virtuosa diminuisce i costi di transazione. “Questa tematica emerge a proposito del reato di autoriciclaggio (art. 648-ter, comma 1, c.p.) di recente introduzione nel sistema penale e nel catalogo dei reati presupposto 231: alla base di questa fattispecie vi è la volontaria acquisizione di un vantaggio competitivo da parte dell'impresa che ottiene un'utilità mediante una violazione di legge e la utilizza nel suo agire nel mercato. Tale vantaggio competitivo, illegittimamente acquisito, diventa un elemento distorsivo del mercato”. Così G. SIMONINI, *L'Organismo di Vigilanza: difficile convivenza nel sistema dei controlli interni*, in *Resp. amm. delle soc. e degli enti*, vol. 1, 2016, pp. 91-92.

Il sistema dei controlli interni così articolato, mutuato dalla scienza aziendale dell'organizzazione dell'impresa¹³¹, è chiamato ad assolvere ai compiti di orientare le scelte dell'organo amministrativo, di presidiare la funzionalità delle diverse strutture aziendali e di favorire la diffusione di una corretta cultura della legalità. Tuttavia, l'attuale dimensione societaria e l'elevato numero di istanze di controllo che nel tempo si sono sovrapposte, ha comportato l'intersecarsi e il sovrapporsi di vari organi e del loro operato.

Sono stati, per esempio, utilizzati diversi organi per una medesima Funzione. Può a tal proposito annoverarsi la disposizione di cui all'art. 19 del D.lgs. n. 39/2010¹³² ai sensi della quale il Comitato per il controllo interno e la revisione contabile – nelle società quotate – può identificarsi con il Collegio Sindacale, con il Consiglio di sorveglianza per le società adottanti il sistema dualistico e con il Comitato per il controllo sulla gestione per quelle adottanti il sistema monistico. Ancora, e con più specifico riguardo ai temi oggetto della presente trattazione, ai sensi dell'art. 6, comma IV-bis, del D.lgs. 231/2001 le Funzioni di OdV possono essere ricoperte dal Collegio Sindacale, dal Consiglio di sorveglianza e dal Comitato per il controllo sulla Gestione.

I contorni delle aree di operatività degli organi menzionati non sono poi ben definiti, proprio perché – oltre alla confusione generata dall'innesto di figure provenienti da ordinamenti giuridici diversi da quello italiano¹³³ - quando agiscono all'interno di una Funzione uniscono i compiti legati a quest'ultima a quelli di tipo “istituzionale”.

¹³¹ Soltanto un sistema integrato di operazioni coordinate è in grado di assicurare un risultato qualitativamente apprezzabile sotto il profilo dell'eliminazione dell'errore e della mitigazione del rischio.

¹³² Emanato in “*attuazione della direttiva 2006/43/CE, relativa alle revisioni legali dei conti annuali e dei conti consolidati, che modifica le direttive 78/660/CE e 83/349/CEE, e che abroga la direttiva 84/253/CEE*”.

¹³³ Il C.C.I. nasce dai sistemi nordamericani per aumentare la responsabilità dei vertici apicali e principalmente dell'organo amministrativo, separando gli amministratori che si occupano della gestione aziendali da quelli che curano il controllo. Questo organo ha fatto ingresso nel nostro ordinamento attraverso il Codice di Autodisciplina delle società quotate che gli ha attribuito competenze consultive, di monitoraggio, di efficienza del sistema dei controlli, di coordinamento dei vari soggetti in esso coinvolti e di valutazione dei rischi (*risk assessment*). Sono evidenti le interferenze con il Comitato di controllo interno e con l'organo di Revisione interna (*Internal Audit*).

5. L'ORGANIZZAZIONE DEL CONTROLLO PER FUNZIONI

Sebbene amministrazione e controllo siano attività distinte, tra le due vi sono diversi e fondamentali punti di contatto. L'amministratore, agendo in modo informato, predispone un'organizzazione adeguata e un sistema di controllo efficiente; supervisiona il funzionamento di quest'ultimo il sistema di controllo Interno attraverso le Funzioni di cui si avvale.

Non esiste una definizione giuridica del concetto di Funzione aziendale¹³⁴ ma Banca d'Italia l'ha descritta come un insieme di compiti e responsabilità assegnate per l'espletamento di una determinata fase dell'attività aziendale ed incardinata in una specifica unità organizzativa.

Le Funzioni tipiche del sistema di controllo – come sopra anticipato – sono quella di Conformità, di Controllo dei rischi e di Revisione interna.

La Funzione di conformità o *Compliance* effettua un controllo *ex ante* sulla conformità dei comportamenti alle disposizioni normative, regolamentari o autoregolamentari cui l'impresa deve attenersi; la mancata conformità può significare per l'ente l'inflizione di sanzioni giudiziarie, fiscali, amministrative e altresì danni di natura reputazionale. I rischi possono verificarsi a qualsiasi livello dell'organizzazione aziendale che, pertanto, deve essere adeguatamente presidiato. L'attività di *Compliance*, si caratterizza per l'essere svolta in via preventiva e ad un diverso livello di controllo (c.d. II° livello) rispetto a quella successiva operata dall'*Internal Audit*.

Il controllo *ex post* sull'attuazione delle regole spetta infatti a quest'ultima Funzione (anche detta di Revisione) che si pone al III livello di controllo ed effettua verifiche sull'operatività gestionale, sull'adeguatezza dei processi di controllo e sulla loro capacità di funzionamento, segnalando disfunzioni ed anomalie.

¹³⁴ Oltre alla definizione contenuta nel Codice di Autodisciplina, la circolare n. 263 del 27.12.2006 di Banca d'Italia (recante *Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche*) definisce la Funzione come “*insieme di compiti e delle responsabilità assegnate per l'espletamento di una determinata fase dell'attività aziendale*”.

Per quanto il loro intervento avvenga in momenti diversi dell'agire aziendale, le due Funzioni collaborano comunque attivamente, condividendo compendi informativi e competenze tecniche del personale di cui ciascuna si avvale.

La Funzione di controllo dei rischi (*Risk management*), è deputata alla descrizione e alla valutazione dei rischi a cui la società è esposta - naturalmente a seconda del settore economico in cui opera – che vengono individuati come obiettivo. Si tratta dei concetti di *inherent risk* e *risk appetite*¹³⁵ la cui valutazione trova concretezza nell'utilizzo di consolidate metodologie e, precisamente, nell'*as-is analysis*, che fotografa la situazione corrente all'interno di una realtà aziendale, e nella *gap analysis* con cui si esaminano le criticità e i possibili miglioramenti, all'esito delle quali è possibile pervenire alla definizione del *risk appetite* proprio dell'ente.

6. I LIVELLI DEL CONTROLLO

È possibile delimitare le aree operative di ciascuna delle Funzioni elencate e degli organi coinvolti solo tenendo presente la ormai condivisa tripartizione in livelli dei controlli.

In esecuzione della Direttiva 2006/73/CE¹³⁶ il sistema di controllo è stato classificato in tre livelli.

Al primo si trova il c.d. autocontrollo o controllo di linea, il quale corrisponde alla verifica eseguita dall'organo gestorio; al secondo livello, strutture aziendali indipendenti – comunque tenute a riferire al Consiglio di amministrazione - eseguono i controlli sui rischi finanziari, operativi e di mancata conformità, nonché il controllo di gestione e di qualità; al terzo livello operano strutture indipendenti e più sofisticate che

¹³⁵ “*Risk appetite can be defined as the amount of risk on a broad level, that an organization is willing to take on in pursuit of value. Or, in other words, the total impact of risk an organization is prepared to accept in the pursuit of its strategic objectives. (...) Organizations use different ways to measure the appetite risk, ranging from simple qualitative measures to developing complex qualitative models*”, KPMG, *Understanding and articulating risk appetite*, 2008, www.kpmg.com.au, p. 3.

¹³⁶ Si tratta della Direttiva della Commissione del 10 agosto 2006 recante “*modalità di esecuzione della Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda i requisiti di organizzazione e le condizioni di esercizio delle attività delle imprese di investimento e le definizioni di taluni termini ai fini di tale Direttiva*”

curano il controllo dell'*assurance* operando una verifica sull'adeguatezza, la funzionalità e l'affidabilità dei sistemi di controllo prescindendo dal settore contabile.

I controlli di primo e di secondo livello sono anche qualificati come indiretti, trovando genesi in quelli di base, c.d. diretti. Generalmente, il controllo interno si modella quindi secondo la seguente struttura: funzione di conformità alle norme (*compliance*); funzione di controllo dei rischi (*risk management*); funzione di revisione interna.

Il sistema di controlli interni diventa complementare al sistema di prevenzione dei reati di cui al D.lgs. n. 231/2001 e può cogliersi tale rapporto dalla disciplina prevista dall'art. 7 del Decreto con riguardo all'ipotesi del reato commesso dai soggetti c.d. sottoposti.

7. IL RUOLO DELL'ORGANISMO DI VIGILANZA

Anche l'Organismo di Vigilanza viene identificato quale Funzione aziendale in quanto destinatario di norme finalizzate ad una specifica tipologia di controllo e la cui adozione dipende dai vertici della società. È stata oggetto di discussione la possibile configurazione dell'OdV quale organo societario: autorevole dottrina nega tale natura tenendo conto della circostanza che la sua istituzione non sia obbligatoria e pone l'accento sul suo ruolo sistemico nell'ambito del complessivo sistema dei controlli.

Tra i compiti assegnati all'OdV è possibile distinguere tra quelli istituzionali-generalisti e quelli accessori assegnatigli nella prassi.

Tra i primi si annoverano il controllo sul funzionamento, l'osservanza, l'efficacia e l'adeguamento del Modello; la formulazione di proposte agli organi amministrativi e suggerimenti rispetto ad eventuali modifiche al sistema; l'attività di reporting; l'allestimento di canali con cui gestire flussi di informazioni titolate o anonime. Tra i compiti accessori possono invece annoverarsi quelli riguardanti la diffusione dell'etica aziendale, nonché la cura della formazione e dell'informazione ad essa collegate.

È fondamentale limitare i compiti dell'OdV al controllo avente ad oggetto il solo Modello, affinché allo stesso non si richieda – in particolare a seguito del verificarsi di una violazione - un'operatività sovrapposta a quella delle altre Funzioni aziendali e

diversa da quella affidatagli. Nonostante la terminologia del Legislatore sia stata calibrata nell'indicare le forme di controllo interne all'ente – “gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo sia adeguato”, “il CdA valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo”, “il Collegio Sindacale vigila sull'adeguatezza dell'assetto”, “l'OdV vigila sul funzionamento ed osservanza del Modello” – il contenuto della “vigilanza” rischia da un lato di “assommarsi” alle verifiche richieste ai vari livelli di controllo nonché di tradursi in compiti operativi e diretti che non competono all'Organismo.

8. I RAPPORTI TRA L'ORGANISMO DI VIGILANZA E GLI ALTRI ORGANI SOCIETARI: PREMESSA

La compatibilità con le funzioni dell'Organismo di Vigilanza di alcuni degli organi di controllo già esistenti ha rappresentato l'oggetto di numerose riflessioni.

Deve preliminarmente essere chiarito che affermare che un organo societario preesistente possa svolgere i compiti dell'OdV è cosa diversa dal ritenere che la stessa attività possa essere svolta da uno (o più componenti) di quell'organo. Si tratta, evidentemente, di effettuare delle valutazioni rispetto alla compatibilità dell'organo a svolgere le tipiche funzioni dell'Organismo o del soggetto (per esempio il sindaco) inteso *uti singulo*.

È soprattutto a seguito dell'introduzione del comma 4-*bis* all'art. 6 del D. lgs. 231/2001 che ci si è interrogati sui confini tra l'OdV e gli altri organi societari nel tentativo di delimitare l'attività di ciascuno e, in particolare, di escludere che le funzioni del primo venissero affidate ad alcuno dei secondi.

8.1. ORGANISMO DI VIGILANZA E AMMINISTRATORI

Con riguardo al Consiglio di Amministrazione si è in modo pacifico ritenuto che lo stesso – così come l'amministratore unico o quello delegato - non possa assolvere i

compiti dell'OdV, sulla semplice considerazione che vi sarebbe identità tra controllori e destinatari dell'attività di vigilanza.

Si ritiene, in altri termini, che non sia conforme alla *ratio* della norma la nomina di amministratori esecutivi, poiché questi ultimi sono destinatari del controllo dell'Organismo.

Si è posto l'accento sulla circostanza che la posizione degli amministratori – sia nel sistema monistico che in quello tradizionale – compendi compiti, a seconda dei casi, di amministrazione (diritto di voto in seno al consiglio di amministrazione), di vigilanza, di valutazione dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo dell'impresa, tali da inficiare l'indipendenza dell'OdV¹³⁷ e - secondo autorevole dottrina¹³⁸ - la stessa logica sottesa al Decreto 231; non potrebbe infatti ritenersi pienamente conforme allo spirito e alla *ratio* del sistema della responsabilità da reato dell'ente l'assunzione della funzione di un membro dell'OdV da parte di un soggetto che sia, al contempo, componente del

¹³⁷ A. BERNASCONI, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, A. PRESUTTI, A. BERNASCONI, C. FLORIO, Padova, 2008, p. 138.

¹³⁸ Sul tema, diverse sono le osservazioni di V. PISANI, *I requisiti di autonomia e indipendenza dell'Organismo di Vigilanza istituito ai sensi del d.lgs. 231/2001*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2008, vol. 1, il quale sottolinea come, rispetto all'OdV a struttura collegiale, “dibattuta è la questione se possa ammettersi un Organismo di Vigilanza a struttura c.d. mista, nel quale siedano amministratori privi di delega o amministratori indipendenti, in ipotesi dotati dei requisiti di autonomia ed indipendenza previsti per le società quotate dagli artt. 147-quater e 147-quinquies del Testo Unico della Finanza. È da segnalare, in via preliminare, che optano per una composizione mista le principali linee guida di categoria”. Secondo il punto di vista dell'Autore, tuttavia “esistono diversi motivi per ritenere la soluzione “mista” non rispondente allo spirito del d.lgs. 231/2001. E infatti, gli amministratori indipendenti nel sistema monistico, in quanto “gestori” della società a tutti gli effetti, dall'attuale disciplina non sono esonerati dai doveri di amministrazione, essendo previsto un loro diritto di voto in seno al consiglio d'amministrazione ed il dovere di vigilanza “sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società” (v. art. 2409-octiesdecies, comma 5, lett. b, c.c.). Ma anche all'interno del sistema tradizionale, gli amministratori senza delega conservano compiti, in seno all'organo amministrativo collegiale, proprio in tema di valutazione dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo dell'impresa (v. art. 2381, comma 3, c.c.) e sono chiamati, alla luce del combinato disposto degli artt. 2392, comma 2, e 2381, comma 3, c.c. ad un controllo sul generale andamento della società, sia pur attraverso il prisma dell'adeguatezza organizzativa”. Ragon per cui – conclude – “la competenza decisoria di tutti i componenti del consiglio di amministrazione – ancorché indipendenti – si puntualizza proprio sulle scelte gestionali attinenti all'organizzazione dell'impresa. Da ciò deriva che, qualora sedesse nell'Organismo di Vigilanza, il consigliere privo di delega sarebbe tenuto a vigilare sull'adeguatezza a prevenire reati, proprio di quegli assetti organizzativi che egli stesso abbia concorso a deliberare all'interno dell'ente”, p. 159.

consiglio di amministrazione – ancorché sprovvisto di deleghe – della società, realizzandosi in tale ipotesi una “*sia pur parziale coincidenza tra “soggetto passivo” ed attivo della vigilanza preventiva dell’Organismo*”¹³⁹. Quanto messo in luce attiene all’intrinseca pericolosità di commistioni (anche parziali) fra controllori e controllati che avrebbe come diretta conseguenza l’indebolimento dell’OdV, specie qualora siano gli amministratori a tollerare, se non addirittura a commettere, illeciti nell’interesse della società.

Diverse riflessioni sono invece state svolte per gli amministratori non esecutivi e indipendenti, i quali – come noto – non intrattengono rapporti di natura economica con la società; in effetti, nella prassi – contrariamente alle indicazioni sul tema da parte delle Associazioni di categoria¹⁴⁰ - è stata riscontrata la nomina di componente dell’OdV di un amministratore non esecutivo o indipendente, a patto che sia privo di deleghe e non abbia un ruolo nella gestione dell’impresa o nelle società controllate o controllanti.

L’amministratore non indipendente è portatore di interessi extrasociali che lo pongono in una posizione di conflitto di interessi con il ruolo di controllore e, conseguentemente, lo privano dell’indipendenza richiesta a quest’ultimo. A ciò si aggiunga che tale amministratore resta comunque dotato di poteri decisionali il cui contenuto è possibile che sia oggetto dell’attività di controllo.

È invece condivisa l’idea che possa svolgere le funzioni di OdV il Comitato per il controllo interno, possibilità avallata anche da Confindustria¹⁴¹ e dalla dottrina

¹³⁹ *Ibidem*, p. 160.

¹⁴⁰ Le Linee-Guida di Confindustria ammettono all’interno dell’OdV la presenza di amministratori non esecutivi anche se non indipendenti, p. 64.

¹⁴¹ “*Il Comitato, infatti, presenta una serie di caratteristiche che lo rendono idoneo a svolgere i compiti che il decreto attribuisce all’OdV. In primo luogo, il Comitato è dotato di autonomia e indipendenza, in quanto deve essere composto, secondo le indicazioni del Codice di Autodisciplina per le società quotate, da amministratori non esecutivi, la maggioranza dei quali indipendenti. Inoltre, il Comitato controllo e rischi svolge un ruolo assimilabile a quello richiesto all’Organismo di Vigilanza. Esso, infatti, presiede al sistema di controlli interni dell’impresa in quanto: assiste il Consiglio di Amministrazione nella fissazione delle linee di indirizzo del sistema dei controlli e nella verifica periodica della loro adeguatezza e del loro effettivo funzionamento, assicurandosi che i principali rischi aziendali siano identificati e gestiti in modo adeguato; valuta il piano di lavoro preparato dai soggetti preposti alla responsabilità in materia di controllo e riceve le relazioni periodiche degli stessi; valuta,*

maggioritaria, secondo la quale il possesso dei requisiti di indipendenza e autonomia può essere soddisfatto dalla composizione richiesta per il Comitato in esame (formato da amministratori indipendenti o, in alternativa, da amministratori non esecutivi per la maggioranza indipendenti e purché tra questi ultimi sia scelto il Presidente)¹⁴².

Il favore per il conferimento delle funzioni di OdV a tale organo trova fondamento anche nella circostanza per cui esso presiede al sistema di controlli interno all'impresa, assistendo il Consiglio di Amministrazione nella fissazione delle linee di indirizzo e nella verifica della loro adeguatezza e del loro effettivo funzionamento e assicurandosi che i principali rischi siano individuati e gestiti. In ogni caso, coloro che aderiscono a questo orientamento precisano che una siffatta composizione dell'OdV, che veda al suo interno anche amministratori indipendenti, non inficia la sua credibilità e la sua efficacia sempre a patto che l'indipendenza e la competenza degli amministratori sia valutata in base a circostanze sostanziali e non formali e che venga accettata e garantita

unitamente ai responsabili amministrativi della società e ai revisori, l'adeguatezza dei principi contabili utilizzati e, nel caso di gruppi, la loro omogeneità ai fini della redazione del bilancio consolidato; valuta le proposte formulate dalle società di revisione per ottenere l'affidamento del relativo incarico, nonché il piano di lavoro predisposto per la revisione e i risultati esposti nella relazione e nella lettera di suggerimenti; riferisce al consiglio, almeno semestralmente, in occasione dell'approvazione del bilancio e della relazione semestrale, sull'attività svolta e sulla adeguatezza del sistema di controllo interno; svolge gli ulteriori compiti che gli vengono attribuiti dal Consiglio di Amministrazione, particolarmente in relazione ai rapporti con la società di revisione. Nelle realtà aziendali che decidano di attribuire il ruolo di Organismo di Vigilanza al Comitato controllo e rischi, quest'ultimo potrà avvalersi anche dell'Internal Audit per lo svolgimento delle attività di vigilanza. È, infatti, proprio grazie all'attività dei preposti ai controlli interni che può essere garantita più efficacemente la continuità d'azione richiesta all'Organismo di vigilanza". Così Linee guida cit., pp. 66-67.

¹⁴² Secondo M. VIZZARDI, *Osservazioni sulla composizione dell'Organismo di Vigilanza ex D.lgs. 231/2001*, "occorre del resto rilevare che i membri del comitato per il controllo sulla gestione sostituiscono a tutti gli effetti i sindaci presenti invece nel sistema di governance tradizionale, e devono perciò essere in possesso di tutti i requisiti di indipendenza dei sindaci stessi. Gli amministratori "indipendenti", in questa accezione "tecnica", sono infatti coloro che appartengono a comitati di controllo interni alla società, e si intende che tali soggetti non debbano avere deleghe, anche di fatto, che attribuiscono poteri gestori, o rapporti di lavoro o di consulenza con la società, la sua controllante, le società controllate. Essi inoltre devono rispondere ai requisiti posti sia dall'art. 2382 c.c. per il collegio sindacale, pena la ineleggibilità e la decadenza, oltre a dover possedere eventuali ulteriori requisiti che possono essere fissati da norme statutarie", www.dirittopenalecontemporaneo.it, p. 3.

nel tempo mediante idonee procedure di verifica periodica¹⁴³. Tale soluzione è invece ritenuta impraticabile da chi evidenzia l'articolazione plurisoggettiva, la natura consultiva e di supporto all'organo dirigente del Comitato quali caratteristiche che lo renderebbero inidoneo. Sembra confermare questo orientamento non solo la considerazione per cui nel Comitato risiedono anche amministratori non esecutivi e non indipendenti ma anche compiti di cui risulta investito secondo le normative di settore. A riguardo, infatti, il Regolamento sulle operazioni con parti correlate della CONSOB¹⁴⁴ ha attribuito al Comitato poteri para-gestori, conferendogli poteri di veto sulle operazioni in questione e di intervento nelle trattative ad esse antecedenti.

8.2. ORGANISMO DI VIGILANZA E COLLEGIO SINDACALE

Con la sopra citata novella legislativa del 2011 – come anticipato - è stato inserito all'art. 6 del D.lgs. 231/2001 il seguente comma 4-*bis*: “nelle società di capitali il collegio sindacale, il collegio di sorveglianza e il comitato per il controllo della gestione possono svolgere le funzioni dell'Organismo di Vigilanza di cui al comma 1, lett. b)”.

L'intervento legislativo ha trovato seguito anche nella regolamentazione di settore e, in particolare, di quella di Banca d'Italia, la quale ha stabilito con propria circolare¹⁴⁵ che “l'organo con funzione di controllo svolge, di norma, le funzioni dell'organismo di vigilanza – eventualmente istituito ai sensi del d.lgs. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti”.

¹⁴³ In questo senso P. BASTIA, in *Reati e responsabilità degli enti. Guida al D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di G. LATTANZI, 2005; P. SFAMENI, *La responsabilità delle persone giuridiche: fattispecie e disciplina dei modelli di organizzazione, gestione e controllo*, in *Il nuovo diritto penale delle società – D. Lgs. 11 aprile 2002, n. 6*, a cura di A. ALESSANDRI, Milano, 2002, p. 95.

¹⁴⁴ Si tratta del Regolamento recante disposizioni in materia di operazioni con parti correlate (adottato dalla CONSOB con delibera n. 17221 del 12 marzo 2010, successivamente modificato con delibere n. 17389 del 23 giugno 2010, n. 19925 del 22 marzo 2017 e n. 19974 del 26 aprile 2017), maggio 2017, www.consob.it.

¹⁴⁵ Banca d'Italia, *Circolare n. 285 recante disposizioni di vigilanza per le banche*, 17 dicembre 2013, www.bancaditalia.it.

Deve precisarsi che prima delle modifiche normative era diffuso l'orientamento che qualificava come incoerente l'identificazione dell'OdV con il collegio sindacale, in quanto – si è osservato - le funzioni legislativamente assegnate al primo esulano dai compiti caratteristici del secondo. Il collegio sindacale, soprattutto dopo la riforma del diritto societario, ha acquisito poteri di controllo sulla corretta gestione e sul generale rispetto della legge ma non gode dei requisiti di indipendenza, autonomia e continuità d'azione propri dell'Organismo di Vigilanza.

Proprio perché la struttura del Collegio Sindacale non è astrattamente idonea ad assumere il ruolo dell'OdV, sono state riscontrate dopo il 2012 parecchie perplessità sul tema.

Tra tutte, le principali obiezioni hanno appunto evidenziato l'assenza di indipendenza ed autonomia – richiesti dal Decreto – in capo al Collegio Sindacale, essendo d'ostacolo la circostanza per cui l'attività svolta da quest'ultimo è di per sé sottoposta al tipo di controllo effettuato dall'OdV e per ciò configurandosi un potenziale intrinseco conflitto di interessi¹⁴⁶. Gli operatori, commentando l'intervento legislativo, hanno anzi evidenziato come *“la soluzione proposta non dà garanzie sulla tenuta esimente del sistema di prevenzione dei reati e marca una forte e del tutto inopportuna discontinuità con le best practice che sono venute consolidandosi in dieci anni di applicazione del D.lgs. 231/2001”*¹⁴⁷.

Più precisamente, oltre alla situazione di conflitto di interessi che si verrebbe a creare in quanto il collegio sindacale svolge direttamente o partecipa ad attività fortemente esposte a rischi di commissione di alcune tipologie di reato oggetto di vigilanza dell'Organismo, sono state stigmatizzate le ulteriori seguenti considerazioni: la norma creerebbe un cortocircuito istituzionale, consentendo l'attribuzione ad un organo nominato dall'assemblea, i cui compiti e responsabilità sono stabiliti *ex lege*, di un

¹⁴⁶ *“secondo opinione dominante potrebbe difettare in capo ai sindaci nello svolgimento dei compiti di OdV, dal momento che gli stessi potrebbero essere sottoposti a controlli su alcuni reati-presupposto (in particolare i reati societari) ai sensi dell'art. 25-ter del 231/2001”*. Così A. PRESENATO, S. BARBACOVÌ, *OdV, Revisore Legale, Collegio Sindacale: attori di un sistema integrato di controlli*, in Amministrazione e finanza, 2012.

¹⁴⁷ ASSOCIAZIONE DEI COMPONENTI DEGLI ORGANISMI DI VIGILANZA – AODV231, *La modifica dell'art. 6 del D.lgs. 231/2001: critica ragionata all'attribuzione al collegio sindacale della funzione di organismo di vigilanza*, cit.

diverso e ulteriore incarico di natura professionale da parte dell'organo gestorio della stessa società¹⁴⁸; l'intreccio di compiti e responsabilità potrebbe far venir meno l'indipendenza in quanto il mandato come OdV sarebbe vita ad un rapporto continuativo di consulenza o prestazione d'opera retribuita confliggente con il disposto dell'art. 2399 c.c.

A destare perplessità sono state altresì l'assenza di adeguata professionalità in capo al sindaco¹⁴⁹, essendo il collegio sindacale normalmente privo delle competenze penalistiche che il componente dell'OdV dovrebbe avere, nonché l'espansione delle sfere di responsabilità, anche penale¹⁵⁰.

Parte della dottrina, ritenendo preferibile che nell'OdV non sieda alcun appartenente ad altri organi sociali, ha inoltre evidenziato come, da un lato, in rapporto instaurato nel tempo con l'organo amministrativo potrebbe di fatto condizionarne fortemente l'imparzialità di giudizio e, dall'altro, i sindaci stessi potrebbero commettere – in concorso con gli amministratori - reati societari per cui potrebbe la società essere chiamata a rispondere¹⁵¹.

I dubbi in merito all'indipendenza sono stati superati dal dettato normativo: allo stato in capo al sindaco potrebbe difettare il requisito dell'indipendenza in taluni casi e, segnatamente, quando assume provvisoriamente delle funzioni di ordinaria amministrazione al posto del Consiglio di Amministrazione ai sensi dell'art. 2386 c.c. o

¹⁴⁸ Venendosi a trovare “nella imbarazzante condizione di dover vigilare sull'operato di un organo dal quale dipende e a cui riferire”, *Ibidem*.

¹⁴⁹ Secondo F. COLONNA, T. BONESCHI, *L'organismo di vigilanza nella recente normativa di BI*, costituiscono “un ulteriore, non meno rilevante, aspetto problematico le competenze proprie dei sindaci, che sono molto specifiche (...). Ben maggiori e comunque più eterogenee sono le competenze che dovrebbero presentare i componenti dell'Organismo di Vigilanza, quanto meno nel loro complesso: queste, infatti, dovrebbero ricoprire tutte le aree che siano state individuate come sensibili per la commissione dei reati presupposti all'esito dell'analisi dei rischi compiuta sulla società”, in *Resp. amm. delle società e degli enti*, vol. 1, 2013, pp. 119 e ss.

¹⁵⁰ È stato evidenziato come al ruolo di sindaco si accompagni una posizione di garanzia ex art. 40, cpv., c.p. e precisamente “una posizione tradizionalmente definita di garanzia propria, che discende dall'obbligo giuridico, su di esso gravante, di impedire gli illeciti”; “ampliando la sfera di azione del collegio sindacale alla prevenzione dei reati assegnandogli la funzione di Organismo di Vigilanza, potrebbe perciò “sorgere una sua responsabilità penale per tutti i reati che non sia riuscito ad impedire”. AODV231, *Position Paper, La modifica dell'art. 6*, cit.

¹⁵¹ C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, p. 593.

quando deve intraprendere iniziative a fronte dell'inerzia degli amministratori secondo quanto stabilito agli artt. 2406 e 2409 c.c.

Molteplici sono poi sul tema le osservazioni delle Associazioni di categoria.

Nelle Linee Guida di Confindustria, per esempio, partendo dalla considerazione per cui spetta ad ogni impresa valutare concretamente l'opportunità di investire il Collegio Sindacale della funzione di OdV alla luce del grado di complessiva organizzativa e della natura dell'attività svolta dall'ente – e che perciò l'opportunità di affidare le funzioni dell'OdV al Collegio Sindacale vada valutata caso per caso – si suggerisce, laddove vengano mantenuti separati, che comunque entrambi interagiscano nello svolgimento delle attività di proprio competenze¹⁵². Infatti, ricoprendo il Collegio Sindacale un ruolo centrale nel sistema dei controlli interni l'integrazione dei suoi compiti con la Funzione di OdV consentirebbe al primo di massimizzare le sinergie, eliminando duplicazioni e assicurando l'adeguatezza dei flussi informativi. Tale impostazione – si spiega – non solo si concilierebbe con il nuovo volto attribuito dal Legislatore al Collegio Sindacale, impegnato sempre meno nel controllo contabile e maggiormente nel controllo della legittimità e della correttezza dell'operato dell'organo amministrativo; ma anche i poteri ispettivi e di accesso alle informazioni di cui il Collegio dispone ben presterebbero alla vigilanza sul funzionamento e l'osservanza dei modelli organizzativi.

Con specifico riguardo ai requisiti dell'autonomia e dell'indipendenza – forti delle pronunce giurisprudenziali¹⁵³ – le Linee Guida non hanno sollevato perplessità, salvo precisare che è compito di ogni singola impresa circondare i membri dell'organo di controllo di rafforzate garanzie. Diversamente, per gli altri requisiti richiesti all'OdV è stata invece riscontrata la necessità di rimaneggiare più aspetti del Collegio Sindacale e

¹⁵² “*Infatti, i modelli, come cerchi concentrici, costituiscono il fulcro dell'attività di controllo dell'Organismo di Vigilanza, ma rientrano anche nel più ampio ambito dell'attività di controllo del Collegio Sindacale. In mancanza di coordinamento, il rischio è la duplicazione dei compiti in capo a soggetti diversi e una perdita complessiva di efficienza del sistema dei controlli*”. *Ibidem*, p. 64.

¹⁵³ Lo svolgimento del Collegio Sindacale di società di capitali delle funzioni di OdV “*non comprime affatto il requisito dell'autonomia dell'organo: in questo senso si è espressa la dottrina poi sviluppatasi che ha rimarcato la centralità dell'autonomia e dell'indipendenza di tali organi, alla luce della chiara lettera dell'art. 2399, lettera c) del codice civile*”. Così Corte d'Assise d'Appello di Torino, sentenza del 27 maggio 2013.

segnatamente: per il requisito della continuità, di prevedere una maggiore frequenza delle riunioni e fare in modo che i componenti dell'OdV siano realmente presenti in ambito societario¹⁵⁴; per quello della professionalità di verificare l'effettiva sussistenza in capo ai membri del Collegio Sindacale delle competenze occorrenti per svolgere le funzioni di OdV¹⁵⁵.

Si ritiene che i rilievi critici mossi al comma 4-*bis* dell'art. 6 del D.lgs. 231/2001 possano essere superati dalla disciplina contenuta nel codice civile. L'art. 2399 c.c. appare idoneo ad assicurare lo *standard* di indipendenza richiesto ai componenti dell'OdV non affievolendosi tale requisito dal dover riferire allo stesso organo su cui è esercitato il controllo, trattandosi – si osserva – di una situazione che non è peculiare del Collegio sindacale ma dell'OdV e che, pertanto, caratterizza l'esercizio delle funzioni di tale organismo a prescindere dalla composizione¹⁵⁶. Per quanto riguarda la professionalità si obietta che sarebbe irrealistico intenderla come possesso di conoscenze estese a tutti i campi nei quali possono essere commessi i reati da prevenire tramite l'adozione del Modello; impostazione questa che comunque manifesterebbe una certa incoerenza con l'apparato normativo di cui al D.lgs. 231/2001. Esponenti autorevoli della dottrina giuscommerciale¹⁵⁷ a riguardo evidenziano come l'Organismo di Vigilanza non sia investito di una sorta di potere di supervisione trasversale e di carattere generale su tutti i settori e le funzioni dell'organizzazione dell'impresa che possano essere in qualche misura investiti da fatti di reato, quanto piuttosto di un controllo di secondo livello, essenzialmente incentrato sull'analisi

¹⁵⁴ “a diretto contatto con le aree sensibili al rischio reato, in modo da ricevere riscontri sull'efficacia del sistema di controllo di cui al modello organizzativo”, Linee guida cit., p. 65.

¹⁵⁵ “Tuttavia, i compiti propri dell'OdV presuppongono competenze specifiche in ambito giuridico e, segnatamente, penale e societario; di tali cognizioni specialistiche i membri dei collegi sindacali potrebbero essere sprovvisti. Pertanto, qualora l'ente voglia attribuire la funzione di OdV al Collegio Sindacale, è necessario che valuti già al momento della selezione dei membri di quest'ultimo anche il possesso da parte dei candidati di competenze adeguate ai sensi del decreto 231. Occorre anche il possesso di tecniche specialistiche finalizzate all'attività ispettiva, consulenziale, di analisi dei sistemi di controllo”, *Ibidem*.

¹⁵⁶ Così M. CENTONZE, *D.lgs. n. 231 e diritto societario. In particolare: l'OdV è ancora una funzione senza disciplina?* in *La responsabilità “penale” degli enti. Dieci proposte di riforme*, a cura di F. CENTONZE e M. MANTOVANI, Il Mulino, 2016, p. 265.

¹⁵⁷ P. MONTALENTI, *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 211.

critica, consapevole e informata dei dati e delle notizie acquisiti dalle strutture aziendali¹⁵⁸.

In tale ottica, si suggerisce di interpretare il requisito *de quo* come possesso di competenze in attività ispettiva e consulenziale – non necessariamente penalistiche¹⁵⁹ - nonché di conoscenze tecniche specifiche idonee a garantire l'efficacia dei poteri di controllo e propositivo.

Alle problematiche denunciate rispetto alla continuità di azione, i sostenitori dell'orientamento favore all'assunzione da parte del collegio sindacale delle funzioni di OdV¹⁶⁰ osservano come la circostanza che sia richiesta all'Organismo un'attività a tempo pieno ed esclusiva non deve intendersi in senso letterale e in modo stringente e, dunque, come quotidiana. Diversamente, le competenze attribuite devono essere svolte con assiduità e costanza, parametri richiamati anche dalla Linee Guida dell'IRDCEC¹⁶¹. Ne consegue che la frequenza minima stabilita dalla legge per le

¹⁵⁸ “*Per altro verso, l’OdV non deve vigilare che non siano realizzati reati all’interno dell’ente, né ha alcun obbligo di garanzia in tal senso ex art. 40 cpv. c.p., ma deve controllare che sia rispettato il modello organizzativo prescelto*”, *Ibidem*.

¹⁵⁹ “*Né pare necessario (a differenza di quanto ipotizzano, per esempio, le Linee guida di Confindustria) che almeno uno dei componenti dell’OdV debba essere in possesso di specifiche conoscenze penalistiche: non solo, infatti, paiono a tal fine sufficienti le conoscenze giuridiche istituzionali di cui sono ordinariamente in possesso anche altre figure professionali (come, ad esempio, i dottori commercialisti) ma, in ogni caso, il collegio sindacale, nell’ambito dei budget messi a disposizione dall’organo amministrativo, potrebbe farsi supportare, anche nell’esercizio delle funzioni di OdV, da consulenti esterni (non diversamente, del resto, da quanto accade nella prassi in relazione all’esercizio, da parte del collegio sindacale, delle funzioni di controllo previste dal codice civile)*, *Ibidem*, p. 268.

¹⁶⁰ La parte della dottrina favorevole all'identificazione dell'Organismo di Vigilanza con il Collegio Sindacale fa capo al pensiero di Rordorf, secondo il quale “*in via di principio non sembra si possa escludere l’attribuzione di tali compiti al Collegio Sindacale, che di piena autonomia gode, salvo integrarne statutariamente i poteri di iniziativa per quel che riguarda l’aggiornamento dei Modelli. Il fatto che la legge parli di un Organismo dell’ente senza menzionare i sindaci, non significa che li abbia voluti escludere, ma solo che ha adoperato un’espressione generica, né avrebbe potuto essere altrimenti dal momento che la portata della norma è estesa anche ad enti sforniti di Collegio Sindacale*”, R. RORDORF, *I criteri di attribuzione della responsabilità. I modelli Organizzativi e Gestionali idonei a prevenire i reati*, in *Le società*, 2001, p. 1297.

¹⁶¹ “*per poter esercitare in modo corretto la funzione ad esso assegnata, l’OdV deve svolgere una costante attività di monitoraggio sul modello. Dunque, con la locuzione “continuità d’azione” si vuole sottolineare la necessità che la vigilanza sul modello non sia discontinua, ma, al contrario, che sia svolta con una periodicità tale da consentire all’OdV di ravvisare in tempo reale eventuali situazioni anomale*”. Così si è espresso il Consiglio Nazionale dei

riunioni del collegio sindacale¹⁶² non ostacolerebbe la possibilità che, per lo svolgimento delle funzioni di OdV, il medesimo consiglio si riunisca con una frequenza maggiore.

Più articolate sono le argomentazioni sviluppate per confutare le rischiosità riscontrate in termini di autonomia e connesse alla sovrapposizione - tra controllori e controllati - dei ruoli ora in esame. Relativamente alla questione si osserva che è in effetti intrinseca al ruolo assegnato dalla legge al sindaco tale sovrapposizione, dovendo il sindaco, ai sensi dell'art. 2403 c.c., vigilare anche sull'operato degli amministratori e cooperare con questi ultimi per la creazione di un efficiente sistema organizzativo. In sostanza, il favore per la situazione tale per cui il controllore collabori con l'organo controllato nella gestione dell'impresa risulta legislativamente espresso¹⁶³ e ha altresì superato il vaglio di quella giurisprudenza che non ha individuato carenze sotto il profilo dell'autonomia¹⁶⁴.

Adottando un punto di vista più generale, non si ritiene condivisibile la prospettiva che vede l'Organismo di Vigilanza come una sorta di ispettore calato dall'esterno¹⁶⁵, anche

Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti ex d.lgs. 231/2001. Gli ambiti di intervento del commercialista*, a cura della Commissione di studio "Compliance aziendale", settembre 2012, p. 37, www.cndcec.it.

¹⁶² Ai sensi dell'art. 2404, comma 1, c.c. "il collegio sindacale deve riunirsi almeno ogni novanta giorni".

¹⁶³ "Che non si tratti di una situazione eccentrica è confermato dalla disciplina dagli organi di controllo previsti nei sistemi alternativi di governance delle società per azioni: il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo della gestione cooperando con gli amministratori anche più intensamente di quanto non facciano i sindaci (nel secondo caso, il "controllore" partecipa, dall'interno, all'attività del "controllato": e, per quanto si possa discutere dell'opportunità sostanziale di una situazione del genere, non si può che prendere atto che la stessa, secondo una valutazione obiettiva del legislatore, non può essere considerata tale da minare l'effettività del controllo)". M. CENTONZE, *cit.*, p. 270.

¹⁶⁴ Secondo Cass. Pen., SS. UU., sentenza n. 38343/2014 "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 valutazione 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)".

¹⁶⁵ "nelle ovattate stanze dei bottoni della società, con lo scopo di scovare, nei meandri dell'amministrazione, le (eventuali) malefatte dei soggetti apicali (e non), nel quadro di un paternalismo statalista che ambisce ad imporre dall'alto il rispetto della legalità dell'agire imprenditoriale", M. CENTONZE, *cit.*, p. 271.

e soprattutto alla luce del ruolo attribuito al Collegio Sindacale¹⁶⁶ che non è più soltanto un controllo societario di conformità *ex post* ma un controllo aziendale svolto *in itinere* sul concreto funzionamento dell'assetto organizzativo della società.

Interpretando la figura del collegio sindacale come complementare a quella dell'organo amministrativo si conclude per un tipo di vigilanza che non conosce esclusivamente per sanzionare ma anche per dialogare, emancipandosi il controllo dall'accezione tradizionale di verifica successiva ad elemento coesistente dell'esercizio dell'impresa¹⁶⁷.

Sul medesimo tema, un Parere dell'A.B.I. del 2011 – con riferimento ai gruppi bancari – ha ritenuto che il Collegio Sindacale e l'OdV possano condividere l'attività di verifica sul Modello organizzativo e sull'interazione tra i due organi anche il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili ha sostenuto – proprio attraverso l'emanazione delle norme di comportamento del Collegio Sindacale recentemente aggiornate¹⁶⁸ – che l'OdV possa essere formato in tutto o in parte da membri di quest'ultimo.

Da tali problematiche si è sviluppata la soluzione allo stato ritenuta preferibile, ovvero quella della creazione di un organismo *ad hoc*, dalla composizione variabile a seconda delle dimensioni dell'ente ma la cui autonomia decisionale dovrebbe condurre ad

¹⁶⁶ Sul cambiamento “di pelle” del Collegio Sindacale, P.G. MARCHETTI, *Quale indipendenza per gli amministratori?*, in I controlli societari. Molte regole, nessun sistema, a cura di M. BIANCHINI e C. DI NOIA, 2010, p. 38. e N. ABRIANI, *L'organo di controllo (collegio sindacale, consiglio di sorveglianza, comitato per il controllo della gestione)*, in “Corporate governance” e “sistema dei controlli” nella s.p.a., a cura di U. TOMBARI, Giappichelli, 2013, p. 100. L'Autore da ultimo citato ravvisa una coerenza con l'accentuarsi dei profili procedurali dell'agire societario ricordando che il modello di organizzazione aziendale proposto dalle scienze economiche presuppone proprio che ogni fase dell'attività sia “consacrata in un procedimento e che questo procedimento sia oggetto di una preventiva valutazione diretta ad accertarne l'adeguatezza e di continui controlli quanto alla sua concreta applicazione”.

¹⁶⁷ Secondo P. MONTALENTI, “Corporate governance”, *sistema dei controlli interni e ruolo della Consob: da garante della trasparenza a presidio della correttezza della gestione?*, in Riv. soc. n. 1, 2015, “la funzione di controllo si emancipa da una concezione di mera verifica di conformità *ex post* per divenire strumento di dialettica cooperativa tra controllori (sindaci, amministratori indipendenti, comitati) e gestori (amministratori delegati, amministratori esecutivi, senior officers)”, p. 124.

¹⁶⁸ Cfr. Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, *Norme di comportamento del collegio sindacale di società quotate*, 26 aprile 2018, www.cndcec.it.

escludere l'utilizzabilità di strutture interne "della società". La stessa giurisprudenza si è espressa sul punto ritenendo che l'OdV debba essere composto da soggetti non appartenenti agli organi sociali ma da individuare – eventualmente ma non necessariamente - anche esternamente all'ente e forniti della necessaria professionalità¹⁶⁹.

La composizione più diffusa è pertanto quella c.d. mista, costituita sia da soggetti interni¹⁷⁰ all'ente che da quelli esterni. Tale composizione, inoltre, secondo la dottrina sarebbe sottesa all'espressione "interno all'ente" di cui all'art. 6 del Decreto 231¹⁷¹.

Anche le Linee-Guida A.B.I. approvano la previsione di un OdV che contempli la presenza di membri di provenienza interna, esperti esterni che assicurino un qualificato apporto in termini di professionalità e competenze tecniche e uno o più amministratori indipendenti che "diano garanzia di effettività sul controllo dell'amministrazione della società e di omogeneità dell'indirizzo". In sintesi, è possibile indicare, quindi, quali soluzioni condivise e praticate: l'istituzione di un OdV monocratico o collegiale; l'apposita creazione di un organo o la sua parziale sovrapposizioni con funzioni e organi preesistenti; l'esclusione delle funzioni dell'OdV per altri organi dotati di autonomia e poteri di iniziativa e controllo (come gli uffici legali).

Per quanto riguarda il Consiglio di Sorveglianza, l'art. 2409-*duodecies* assegna a tale organo compiti dalla portata più ampia rispetto a quelli di sorveglianza ed ispettivi dell'OdV; secondo l'art. 2409-*terdecies*, comma 1, lett. f-bis) ha anche il potere di nominare il Consiglio di gestione e, ove previsto dallo statuto, può deliberare in merito

¹⁶⁹ e che complessivamente realizzino quell'Organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo.

¹⁷⁰ Confindustria ritiene che possa svolgere il ruolo dell'OdV il responsabile dell'*Internal auditing* o della funzione legale, oppure l'amministratore non esecutivo o il sindaco. Cfr. Linee-guida cit., p. 67 e ss.

¹⁷¹ Tale espressione "si riferisce ad un organismo nominato dalla società i cui componenti siano interni all'ente o anche esterni e che sia dedicato esclusivamente all'attività di vigilanza e controllo relativa al Modello, non dotato di deleghe di funzioni e che risponda direttamente al vertice aziendale. L'aver qualificato l'OdV come organo interno alla struttura societaria è stato interpretato da una parte della dottrina come possibilità di sovrapporre i compiti di vigilanza dell'OdV con quelli di un altro organo societario o di una funzione aziendale già presenti e idonei a rivestire anche i compiti riservati all'Organismo di Vigilanza, evitando così l'istituzione di un organo ex novo". Così A. FIORELLA, in S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006.

alle operazioni strategiche e ai piani industriali e finanziari della società predisposti dal consiglio di gestione. Stante la vicinanza al potere gestorio, la sua indipendenza e la sua autonomia risultano invece più problematiche.

8.3. I RAPPORTI TRA L'ORGANISMO DI VIGILANZA E LE ALTRE FUNZIONI: L'*INTERNAL AUDIT*

Pur essendo delimitate le competenze dell'OdV si intrecciano con l'operato delle altre Funzioni del controllo, tra cui rileva quella che negli ultimi anni ha suscitato particolare attenzione nei sistemi di controllo interni alle aziende. Si tratta dell'*Internal Auditor*, figura che trova la sua disciplina esclusivamente nella regolamentazione di settori specifici ma che per alcuni aspetti comuni con l'Organismo di Vigilanza è ritenuta adatta ad assolvere ai suoi compiti.

In effetti, le due figure sono chiamate a svolgere una diversa attività nel contesto aziendale.

L'OdV deve limitarsi alla vigilanza in senso stretto e alla supervisione sintetica sull'efficacia e sulla regolarità nell'applicazione delle singole procedure al fine di garantire l'attuazione del Modello e senza sostituirsi né ingerirsi agli organi di controllo. Il tipo di verifica da esso realizzato è dunque quello di una Funzione a contatto "indiretto"¹⁷² con le fonti di rischio collegate alla commissione di reati.

La visione complessiva della società richiesta invece *all'Internal Audit* consente a questo di svolgere un ruolo di "cerniera" tra OdV, organi di controllo e Consiglio di Amministrazione o, come è stato osservato, di "ufficiale di collegamento"¹⁷³.

Anche l'*Internal Audit* deve senz'altro godere come l'Organismo di Vigilanza dell'indipendenza, la quale per il primo si esplica sia attraverso "l'attribuzione di autonomi poteri di iniziativa nella predisposizione del piano di audit e nell'attivazione dei singoli interventi"¹⁷⁴ che attraverso "le modalità stabilite per la nomina, revoca e

¹⁷² Per la differenza tra i concetti di controllo e vigilanza si rimanda al Capitolo I, par. 3.

¹⁷³ Tra apparato direzionale, amministrativo e OdV.

¹⁷⁴ Cfr. art. 7 del Codice di Autodisciplina delle società quotate.

remunerazione del suo responsabile”¹⁷⁵. Ma sussiste *de facto* un rapporto gerarchico tra il Consiglio di Amministrazione e il Responsabile della funzione in esame che non presenta grandi problematiche quando l’*Internal Audit* è chiamato a svolgere il ruolo di *assurance*, quindi di verifica dell’operatività e dell’idoneità del sistema di controllo interno e gestione dei rischi. In tale caso, la funzione è sinergica con le direzioni apicali che devono approvare il piano annuale da essa approvato.

Diversamente, quando l’*Internal Audit* deve pronunciarsi su azioni e scelte di figure apicali a stretto contatto con il Consiglio di Amministrazione si manifesta l’esigenza di un soggetto esterno che ponga in essere valutazioni oggettive e prive di possibili condizionamenti.

In tal senso è bene che l’Organismo di Vigilanza non accetti “passivamente” i risultati delle verifiche dell’*Internal Auditing* ed esegua approfondimenti autonomi.

Lo spettro del controllo dei due organi non è comunque coincidente: un sistema di controllo interno reputato adeguato ed efficace dall’*Internal Auditor* non è automaticamente tale da chi lo osserva dal punto di vista “231”.

La funzione di *Audit* guarda infatti al sistema interno nella sua interezza e, nello sviluppare il proprio piano di attività annuale, considera il rischio complessivo cui si affaccia la società e identifica in base ad esso le aree da presidiare; il tutto apportando un contributo in termini di miglioramento dell’organizzazione e con un continuo confronto con la realtà socio-economico dell’azienda che consente di focalizzare l’attenzione sugli obiettivi che questa si pone¹⁷⁶.

L’obiettivo specifico di impedire il compimento di talune fattispecie di reato non è invece detto che sia perseguito in modo adeguato dal piano annuale redatto dall’*Internal Auditing*, del cui contributo l’OdV può avvalersi ma solo al fine di adattare il Modello alla realtà organizzata in continua evoluzione.

Deve in altri termini potersi valorizzare non solo l’attività di *assurance* ma anche quella di consulenza dell’*Internal Audit* che non è un poliziotto interno all’ente bensì

¹⁷⁵ *Ibidem*. Precisamente è prevista una specifica delibera del Consiglio di Amministrazione su proposta dell’amministratore incaricato del sistema di controllo interno e gestione dei rischi, previo parere favorevole del Comitato controllo e rischi e sentito il Collegio Sindacale.

¹⁷⁶ Si tratta di una valutazione dell’efficienza in base alle risorse impiegate.

manutentore del Sistema dei controlli al mutevole contesto aziendale. È auspicabile che le due figure ora in analisi non si sovrappongano ma siano complementari, in modo che la pianificazione preventiva delle attività non sia svolta in relazione alla singola funzione aziendale ma alla sua prossimità alla fonte di rischio. Rispetto alla complementarità, l'ABI – considerando l'ipotesi in cui la banca decida di non creare una funzione *ad hoc* e di identificare l'OdV con l'*Internal Audit* – ritiene necessario che quest'ultima funzione sia integrata nei poteri e nella composizione in particolare garantendo che non dipenda da alcun responsabile di aree operative, che venga dotato di personale qualitativamente e quantitativamente adeguato ai compiti da svolgere e che, qualora la complessità operativa non consenta di svolgere adeguatamente la sua attività, sia integrata con soggetti terzi (anche esterni).

La stessa giurisprudenza, pronunciandosi sul tema, ha infatti valutato come corretta ed adeguata l'istituzione di un OdV in composizione monocratica – sebbene oggi la composizione più diffusa sia quella collegiale - composto dal preposto al controllo interno nonché responsabile dell'*internal auditing* proprio perché l'Organismo operava in condizioni di comprovata esperienza e professionalità, di separazione da altre funzioni ed era sviluppato verso lo stesso un continuo *reporting*¹⁷⁷.

8.4. I RAPPORTI TRA ORGANISMO DI VIGILANZA E LA FUNZIONE DI COMPLIANCE. IN PARTICOLARE: IL COMPLIANCE OFFICER

Altra figura che rappresenta importanti punti di contatto con l'OdV è quella del *compliance officer*, le cui funzioni si sono evolute di pari passo con lo sviluppo della normativa ad esso dedicata, la quale pertanto deve – per quanto brevemente – essere ripercorsa.

¹⁷⁷ L'OdV ha superato il vaglio da parte del Tribunale di Milano (17 novembre 2009, cit.) in quanto: - si trattava di un soggetto di provata esperienza e professionalità nello svolgimento dell'incarico di vigilanza; - veniva sganciato dalla sottoposizione alla Direzione Amministrazione, Finanza e Controllo e posto alle dirette dipendenze del Presidente; esistevano specifiche norme che stabilivano i flussi informativi verso l'Organismo quali, per esempio, obblighi di verifica annuale per i principali atti societari e per la validità delle procedure di controllo.

Il tipo di controllo in esame, in origine interno, è divenuto infatti un controllo di conformità, non senza qualche difficoltà nell'utilizzo dei termini e confusione nei contenuti: come è stato osservato, si è venuta a creare nel tempo un'ambiguità di fondo dovuta alla definizione del tutto peculiare racchiusa nelle parole “funzione di controllo interno” presto abbreviate in “controllore” e “*controller*” e non invece in funzione di *compliance* quanto all'organo ed in *compliance officer* quanto all'individuo, generando confusione specie in quanto nel mondo anglosassone la prima ha valenza contabile e la seconda regolamentare¹⁷⁸.

Guardando all'individuo, il *compliance officer* si è diffuso nel nostro ordinamento attraverso l'inserimento nei settori c.d. “vigilati” anche se, secondo alcuni, può ritenersi esistente anche in epoca antecedente. Già la legge n. 1 del gennaio 1991¹⁷⁹ aveva istituito le Società di Intermediazione Mobiliare imponendo l'obbligo di “predisporre ed osservare le procedure organizzative idonee ad assicurare il controllo interno sulla propria attività e su quella dei propri dipendenti”¹⁸⁰. Questo medesimo obbligo ha poi fatto parte del contenuto dei provvedimenti attuativi sia di Banca d'Italia¹⁸¹ che di CONSOB¹⁸².

Successivamente, la Direttiva 93/22/CE - meglio nota come *Investment Services Directive* – aveva portato all'emanazione di versioni successive da parte di CONSOB del Regolamento concernente “la disciplina degli intermediari”, la cui parte III (intitolata “Organizzazione e procedure interne”) dedicava un'apposita sezione al tema del Controllo interno. Alla luce di tale normativa i compiti del *compliance officer* consistevano nella verifica dell'idoneità delle procedure interne ad assicurare il rispetto

¹⁷⁸ Sul tema F. COLONNA, *I rapporti tra compliance officer ed organismo di vigilanza*, in Resp. amm. delle società e degli enti, p. 117, 2008.

¹⁷⁹ Recante “Disciplina dell'attività di intermediazione mobiliare e disposizioni sull'organizzazione dei mercati mobiliari”.

¹⁸⁰ Art. 6, comma 1, lett. b), legge cit.

¹⁸¹ Regolamento del 2 luglio 1991 riguardante il capitale minimo iniziale delle SIM; le attività connesse e strumentali; la separazione organizzativa e contabile; i coefficienti minimi di patrimonio, di liquidità e di concentrazione ed il patrimonio utile a fini di vigilanza; le forme tecniche dei bilanci e delle situazioni periodiche, le segnalazioni per la redazione delle statistiche finanziarie, www.bancaditalia.it.

¹⁸² Con deliberazione n. 5387 del 2 luglio 1991 è stato approvato il “Regolamento disciplinante l'esercizio delle attività di intermediazione mobiliare”, www.consob.it.

del Testo Unico della Finanza, nella vigilanza sul rispetto di tali procedure e del codice interno di comportamento, nello svolgimento di un'attività di supporto consultivo ai settori dell'organizzazione aziendale con riferimento alle problematiche quali la prestazione dei servizi e/o i conflitti di interessi.

Il seguente recepimento nel 2007 di altre Direttive europee e di un Regolamento del 2006¹⁸³ ha condotto all'adozione del Regolamento "congiunto" tra Banca d'Italia e CONSOB con cui si è istituita la funzione di controllo di conformità di *compliance*; i compiti assegnati si sostanziano nel controllo e nella valutazione dell'adeguatezza e dell'efficacia delle procedure adottate e delle misure assunte per rimediare ad eventuali carenze nell'adempimento degli obblighi da parte dell'intermediario, nella consulenza ed assistenza ai soggetti incaricati dei servizi (c.d. rilevanti) e, generalmente, nella prevenzione e nell'individuazione dei casi di mancata osservanza degli obblighi posti dalle disposizioni di recepimento della direttiva del 2004 (c.d. MiFID) minimizzando e gestendo le conseguenze derivanti e consentendo alle autorità di vigilanza di esercitare efficacemente i loro poteri.

Nel percorrere la normativa devono annoverarsi le "Disposizioni di vigilanza" emanate da Banca d'Italia nel 2007 e aventi ad oggetto la funzione di conformità (*compliance*), a loro volta precedute dal Regolamento del 2005 sulla gestione collettiva del risparmio, al cui Titolo IV "Disposizioni comuni alle SGR – società di gestione del risparmio - e alle SICAV – società per azioni a capitale variabile", con cui la stessa Banca d'Italia aveva individuato l'esigenza di controlli sulla conformità alle disposizioni di legge, ai provvedimenti delle autorità di vigilanza e alle norme di autoregolamentazione nonché a qualsiasi altra norma applicabile alla SGR.

La Funzione di *Compliance* e l'Organismo di Vigilanza nascono quindi con finalità e compiti evidentemente differenti, già a partire dalla loro istituzione: dotarsi della prima per determinati soggetti rappresenta un obbligo, laddove invece il Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo su cui l'OdV è chiamato a vigilare, allo stato,

¹⁸³ Si tratta del Regolamento (CE) n. 1287 del 10 agosto 2006 recante modalità di esecuzione della direttiva 2004/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda gli obblighi in materia di registrazioni per le imprese di investimento, la comunicazione delle operazioni, la trasparenza del mercato, l'ammissione degli strumenti finanziari alla negoziazione e le definizioni di taluni termini ai fini di tale direttiva.

non lo è. Ne consegue che la mancata adozione del Modello configura una scelta imprenditoriale – peraltro in qualche misura sanabile¹⁸⁴ - mentre l'assenza della Funzione *Compliance* rappresenta una violazione della normativa di riferimento che comunque non comporta l'apertura di un procedimento penale. Inoltre, mentre la Funzione di *Compliance* è coinvolta nella valutazione preventiva della conformità alla regolamentazione applicabile, ricoprendo un ruolo propositivo e operativo, oltre che di controllo, l'Organismo previsto dal D.lgs. n. 231 del 2001 è chiamato a vigilare sull'adeguatezza del Modello.

Ciò posto, se da un lato il *compliance officer* potrebbe far parte di un Organismo di Vigilanza plurisoggettivo¹⁸⁵, dall'altro non potrebbe esservi identità tra quest'ultimo e la Funzione di *Compliance*. L'attività di quest'ultima, infatti, presenta connotati totalmente differenti, riconducibili al già sopra esposto controllo c.d. di secondo livello. Sebbene ad entrambe le Funzioni deve assicurarsi un costante flusso di informazioni, anche l'attività di *reporting* è diversa. Con riguardo ai Modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo il Decreto stabilisce di “prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare” sul loro funzionamento e sulla loro osservanza, nonché azionare il sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate dal Modello; mentre spetta alla Funzione di *Compliance* interfacciarsi formalmente con gli organi aziendali, con periodicità almeno annuale, relazionando sulle attività svolte¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Come noto, ai sensi dell'art. 65 del D.lgs. 231/2001, “*prima dell'apertura del dibattimento di primo grado, il giudice può disporre la sospensione del processo se l'ente richiede di provvedere alle attività di cui all'art. 17*” – dove sono previste le condizioni al ricorrere delle quali non si applicano all'ente le sanzioni interdittive – “*e dimostra di essere stato nell'impossibilità di effettuarle prima*”. In tal caso, il giudice, se ritiene di accogliere la richiesta, determina una somma di denaro a titolo di cauzione, nel rispetto delle disposizioni di cui all'art. 49 (sospensione delle misure cautelari).

¹⁸⁵ Le funzioni di *compliance officer* possono ritenersi complementari a quelle richieste ad un componente dell'OdV ma non sono, da sole, sufficienti ad integrare i requisiti e le competenze richiesti a quest'ultimo.

¹⁸⁶ Illustrando “*per ciascun servizio prestato dall'intermediario, le verifiche effettuate e i risultati emersi, le misure adottate per rimediare a eventuali carenze rilevate nonché le attività pianificate*”. Così si legge all'art. 16, comma 3, del Regolamento - c.d. congiunto - in materia di organizzazione e procedure degli intermediari che prestano servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio (Adottato dalla Banca d'Italia e dalla Consob con provvedimento del 29 ottobre 2007, successivamente modificato con atti congiunti il 9 maggio

Pertanto, sostanzialmente entrambi rilevano anomalie ma se la prima Funzione ne è destinataria (ricevendo di esse comunicazione), la seconda le rileva direttamente. Resta comunque ferma la scelta degli enti – diversi dagli intermediari e dalle imprese assicurative – di modulare i compiti e perimetrare gli ambiti di azione delle due funzioni¹⁸⁷, a seconda delle dimensioni della persona giuridica, delle competenze disponibili, del sistema dei controlli complessivamente considerato e della valutazione dei rischi.

8.5. FOCUS: L’ODV A COMPOSIZIONE MISTA E NEI GRUPPI DI IMPRESE

Alla luce di quanto detto sopra, la soluzione allo stato più praticata¹⁸⁸ - e ritenuta maggiormente corrispondente alla filosofia del Decreto - è rappresentata dall’OdV a composizione mista.

Questa consentirebbe all’Organismo di sfruttare le più diverse competenze professionali e di garantire una efficiente operatività, oltre che dotare la struttura di un’elevata autonomia e indipendenza. Se l’OdV è organo con funzioni di gestione e

2012, il 25 luglio 2012, il 19 gennaio 2015, il 27 aprile 2017 e con delibera Consob n. 20307 del 15 febbraio 2018).

¹⁸⁷ “Dal punto di vista pratico, una descrizione dei diversi compiti e funzioni in ambito aziendale che veda la compresenza dei due soggetti potrebbe trovare una collocazione appropriata nel codice etico che – a monte del Modello adottato ex 231/2001 e relativi protocolli di attuazione e delle procedure apparecchiate a seguito dell’entrata in vigore della regolamentazione post MiFID – costituirebbe forse la cornice ideale per contenere i principi comuni, al contempo specificando i differenti ambiti: ciò potrebbe poi trovare asilo anche in quei soggetti (...) che non sono allo stato tenuti ad istituire una funzione di conformità ma che per scelta hanno deciso di prevedere nell’organigramma aziendale un tale soggetto”. Così F. COLONNA, cit., p. 123.

¹⁸⁸ Secondo un’indagine svolta da *Pricewaterhousecoopers* tra le società quotate che hanno adottato il Modello, la maggior parte ha preferito inserire nell’Organismo di Vigilanza professionisti esterni dotati di competenze aziendali o giuridiche: “tra le 212 società del campione che hanno fornito informazioni in merito alla composizione dell’Organismo di Vigilanza (OdV) è emerso che: circa il 28% (58 società) risulta aver istituito un OdV (collegiale o monocratico) con solo componenti interni; circa il 14% (31 società) risulta aver istituito un OdV (collegiale o monocratico) con solo componenti esterni; circa il 56% (119 società) risulta aver istituito un OdV collegiale a composizione mista (componenti sia interni che esterni); circa il 2% (4 società) non ha fornito informazioni sulla composizione del proprio OdV”. *D.lgs. 231/2001, Indagine nell’ambito delle società quotate*, 9° edizione, 2016, p. 26, www.pwc.com/it.

fronteggiamento del rischio, la sua composizione deve essere pensata per poter garantire una professionalità ed una managerialità che comprenda (e superi) le singole aree di rischio per ottimizzare, in una visione globale, gli interventi che l'azienda deve programmare e attuare nelle aree sensibili¹⁸⁹.

Proprio per raggiungere la compresenza di diverse professionalità si ritiene preferibile un organo collegiale misto, con membri interni, esterni o "a cavallo tra queste due definizioni"¹⁹⁰. Tra i membri interni sono adattabili al compito sia il responsabile *internal audit* che quello della *compliance* e del *risk management*; meno adattabili sono invece i responsabili affari legali e delle risorse umane, chiamati ad una operatività gestionale e a riferire alle figure apicali della società.

I consulenti esterni, oltre ad un certo grado di professionalità, devono avere anche un sufficiente grado di indipendenza della società; un suggerimento potrebbe consistere nell'utilizzo dei medesimi principi che governano i membri del Collegio Sindacale per le società non quotate, laddove per quelle quotate il loro ruolo è di garanzia nei confronti del mercato e delle Autorità indipendenti vigilanti sul settore.

Sembra praticabile la presenza nell'Organismo di un amministratore indipendente e di un sindaco ma, tenendo presente le criticità legate a taluni profili di incompatibilità e ai requisiti richiesti già espone, sarà fondamentale procedere alla valutazione del grado di indipendenza dell'OdV nella sua globalità. La giurisprudenza formatasi in argomento, più incline a tracciare le condizioni di inidoneità del modello, anziché gli obblighi di chi è chiamato a vigilare sul funzionamento dello stesso¹⁹¹, si è in effetti espressa sulla carenza o l'inadeguatezza dei controlli dell'OdV sempre in termini diversi: ha giudicato come inidonei rispetto al profilo dell'autonomia e dell'indipendenza Organismi composti dal Direttore Amministrativo e Finanziario nell'ambito di una società controllata¹⁹²; dal Responsabile della Sicurezza e del Sistema ISO 9002¹⁹³; dal

¹⁸⁹ C. MANCINI, *Riflessioni in tema di composizione dell'Organismo di Vigilanza*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2009, Vol. 2.

¹⁹⁰ Così A. DE NICOLA, *Il diritto dei controlli societari*, cit., p. 235.

¹⁹¹ Sul tema M. GRASSI, *L'Organismo di vigilanza nel sistema integrato dei controlli interni*, in *Circolare Tributaria*, 27 marzo 2015, n. 12, p. 33.

¹⁹² Tribunale di Napoli, G.I.P., 26 giugno 2007.

¹⁹³ Tribunale di Roma, G.I.P., cit., 2003.

Responsabile dell'Area Ecologia, Ambiente e Sicurezza¹⁹⁴; da un amministratore non indipendente e un professionista legato alla società¹⁹⁵. Nell'ambito dei giudizi relativi all'Organismo di Vigilanza e al sistema di controllo delineato all'interno della realtà aziendale deve poi senz'altro riferirsi della nota pronuncia sulla vicenda Impregilo, in cui è stata ribadita la necessità di assicurare “la non subordinazione del controllante al controllato”, seppur suggerendo criteri piuttosto evanescenti¹⁹⁶.

Stante la giurisprudenza ondivaga si ritiene di non dovere perciò collegare l'indipendenza ai singoli membri; siffatta interpretazione – come è stato osservato da autorevole dottrina - è anzi da considerare stringente e ultronea rispetto alla lettera del Decreto 231¹⁹⁷.

Un'altra questione si pone con riguardo alla composizione dell'Organismo di Vigilanza nei gruppi di società; in particolare, rispetto alle ripercussioni sulle altre compagini sociali nel caso di accertamento della responsabilità da reato proprio a causa della composizione dell'OdV.

Non si pongono dubbi relativamente alla necessità che ciascuna società del gruppo si doti di un proprio Modello e di un proprio Organismo¹⁹⁸, anche perché, come è stato

¹⁹⁴ Si tratta del noto caso Thyssen-Krupp (Tribunale di Torino, Sez. II, 14 novembre 2001, poi confermata nei successivi gradi di giudizio: Corte d'Appello, 28 febbraio 2013 e Corte di Cassazione, 18 settembre 2014, sentenza n. 38343) con cui è stato ritenuto “di facciata” un modello che consentisse una sovrapposizione di ruoli di controllore e controllato, ove un componente dell'OdV si occupava operativamente di due settori che rientravano in quelli sottoposti a verifica (nel caso di specie quelli della manutenzione degli impianti e dell'organizzazione del servizio di emergenza).

¹⁹⁵ Cass. Pen., II Sez., sentenza n. 52316/2016.

¹⁹⁶ Cass. Pen., sentenza n. 4677/2013. La Suprema Corte ha annullato una sentenza di assoluzione dell'ente imputato ex D.lgs. 231/2001 escludendo che la conformità ai codici di comportamento delle associazioni rappresentative attribuisca al Modello un “crisma di incensurabilità”, dovendo quest'ultimo essere “calato” nella realtà aziendale nella quale è destinato a trovare attuazione ed essere valutato dal giudice rispetto “alle linee direttrici generali dell'ordinamento... ai principi della logica e ai portati della consolidata esperienza” affinché le procedure di controllo non siano meramente “cartolari”.

¹⁹⁷ “Nessun indice normativo specifico autorizza una lettura così restrittiva, anche perché il concetto di indipendenza è, nel nostro sistema, nozione polisemica quanto meno nella diversa declinazione che essa assume con riferimento ai sindaci, da un lato, agli amministratori dall'altro lato”. Così P. MONTALENTI, “Modello <<231>> e Organismo di Vigilanza nel sistema dei controlli societari: un quadro d'insieme”, in *Il nuovo diritto delle società*, p. 20.

¹⁹⁸ A parte l'art. 6, comma 1, lett. b) più volte menzionato, nella Relazione al Decreto si legge che la società si deve avvalere di una struttura “che deve essere costituita al suo interno”.

evidenziato, il dato legislativo per cui quest'ultimo debba essere "dell'ente" non indica tanto il vincolo contrattuale quanto l'inserimento nella sua organizzazione e la responsabilità verso quei socie e quegli organi direttivi specifici che lo hanno incaricato e nominato¹⁹⁹. È stato comunque espresso parere favorevole anche per il componente di un OdV che svolga il medesimo ruolo in diverse società del gruppo, non risultandone depotenziata l'indipendenza, la professionalità o l'onorabilità ma anzi migliorata l'efficacia dell'attività²⁰⁰.

Allo stesso modo, il rapporto tra i diversi Organismi di Vigilanza di un gruppo può rappresentare una maggiore garanzia dell'efficienza dei singoli Modelli e del loro aggiornamento, traducendosi l'omogeneità di una compagine societaria così organizzata in una forte sinergia tra gli OdV, con conseguenti benefici rispetto all'adozione di contromisure ove necessarie: le eventuali violazioni di un Modello di una società appartenente ad un gruppo ben potrebbero far attivare le altre società sull'area rivelatasi "sensibile"²⁰¹.

In tale ottica di coordinamento, gli stessi Organismi di Vigilanza – in particolare quello della *holding* - potrebbero organizzare in modo sincronizzato la propria attività stabilendo uno scambio di informazioni. È dello stesso avviso Confindustria, che nelle Linee Guida ha indicato come auspicabile *"che tra gli Organismi di vigilanza delle varie società del gruppo si sviluppino rapporti informativi, organizzati sulla base di tempistiche e contenuti tali da garantire la completezza e tempestività delle notizie utili"*

¹⁹⁹ Sul tema A. DE NICOLA, *Il diritto dei controlli societari*, cit., p. 237.

²⁰⁰ Secondo U. LECIS, *L'Organismo di vigilanza nei gruppi di società*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, 2, p. 45, *"ad esempio, alla verifica della completezza della inventariazione delle attività sensibili, oppure all'utilizzo di strumenti di controllo unitari idonei alla rilevazione di eventuali criticità che possono verificarsi in varie società del gruppo. Non solo, l'esperienza di ogni Organismo di Vigilanza, messa a fattor comune all'interno del gruppo, può consentire di individuare eventuali "falle" nel sistema di controllo e per condividere gli eventuali correttivi, anche prima che sia verificato il danno, cioè il reato"*.

²⁰¹ Così assicurandosi una visione globale dei rischi *"e delle carenze esistenti all'interno del gruppo e, quindi, consentire ai singoli organi di predisporre unitariamente gli opportuni interventi correttivi"*. U. LECIS, cit., p. 47.

*ai fini di attività ispettive da parte degli organi di controllo” purché gli scambi siano attentamente gestiti e disciplinati*²⁰².

Anche nell’ottica del gruppo, infatti, il requisito dell’autonomia deve essere mantenuto e deve anzi sussistere tanto verticalmente quanto orizzontalmente, rispetto alle altre società del gruppo e rispetto agli altri Organismi di Vigilanza.

9. IL D.GLS. N. 231/2001 E I MODELLI ANTICORRUZIONE: PREMESSE

Per quanto emanati a dieci anni di distanza e riferiti ad un diverso campo di applicazione, il D.lgs. n. 231/2001 condivide con la Legge n. 190/2012²⁰³ il fine della lotta alla corruzione²⁰⁴.

Rappresentando due momenti di uno stesso percorso – di creazione di norme a combattere i fenomeni corruttivi sia in termini di prevenzione che di repressione – entrambi gli impianti normativi, l’uno nel settore privato, l’altro in quello pubblico, presentano punti di contiguità e, per certi versi che a breve saranno indicati, di sovrapposizione.

²⁰² *“per evitare che l’autonomia di organismi e modelli sia inficiata da rapporti che, di fatto, determinano l’ingerenza decisionale della holding nelle attività di attuazione del decreto nelle singole controllate”*. Linee-Guida, p. 77.

²⁰³ Si tratta della legge contenente “Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione”. La necessità di predisporre una regolamentazione specifica è stata evidenziata nella “Relazione dell’Unione sulla lotta alla corruzione” della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo del 3 febbraio 2014, documento in cui si è riportato il dato fornito dalla Corte dei Conti italiana secondo cui i costi diretti totali della corruzione sarebbero pari a circa il 4% del PIL.

²⁰⁴ Non deve dimenticarsi che il Decreto 231 nasce dalla Legge delega n. 300/2000 - il cui oggetto indica come finalità la lotta alla corruzione - la quale è stata emanata in ratifica ed esecuzione di numerosi atti internazionali elaborati in base all’articolo K.3 del Trattato dell’Unione Europea e segnatamente: della Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, fatta a Bruxelles il 26 luglio 1995, del suo primo Protocollo fatto a Dublino il 27 settembre 1996, del Protocollo concernente l’interpretazione in via pregiudiziale della citata Convenzione da parte della Corte di Giustizia dell’Unione Europea (1996), nonché della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell’Unione Europea fatta a Bruxelles il 26 maggio 1997 e della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali fatta a Parigi il 17 dicembre 1997.

Le analogie non risiedono nei soli strumenti previsti ma anche nella platea dei destinatari a cui le norme si rivolgono, avendo il Legislatore adottato nel concepimento dei due sistemi il medesimo presupposto secondo cui la corruzione comporta un'alterazione degli ordinati rapporti giuridici tra soggetti e un conseguente danno per coloro che sono portatori di interessi a che quegli stessi rapporti si svolgano con correttezza²⁰⁵.

Con riferimento ai destinatari, il Decreto 231 è stato da subito concepito come rivolto esclusivamente ai modelli societari privati e a tutte le persone giuridiche private (società di persone e di capitali). Presto ci si è però trovati a risolvere le incertezze derivanti, da un lato, dall'evoluzione dei citati modelli e dall'esistenza di società che prevedono la presenza – in diversa misura - nel capitale di denaro pubblico e che svolgono attività e servizi pubblici; dall'altro, dai mancati chiarimenti sul tema attraverso le stesse norme. Si è quindi reso necessario l'intervento della giurisprudenza²⁰⁶, la quale ha ritenuto di esonerare dall'applicazione del Decreto 231 i soli soggetti espressamente indicati²⁰⁷ e che, per il resto, i soggetti privati e pubblici dovessero invece allinearsi sul fronte “anti-corruzione”.

Di più facile definizione l'individuazione dei destinatari della Legge n. 190/2012 indicati dallo stesso provvedimento come le amministrazioni pubbliche²⁰⁸; la stessa Legge, tuttavia, contempla altresì ulteriori soggetti quali società partecipate dalle

²⁰⁵ Non a caso, come noto, la Legge n. 190/2012 interviene anche sull'art. 2635 c.c. riscrivendo la fattispecie di corruzione tra privati e dando rilievo alle conseguenze della corruzione rispetto a pluralità estese di soggetti come l'intera collettività dei cittadini.

²⁰⁶ Cass. Pen., Sez. II, sentenza n. 28699/2010.

²⁰⁷ Ai sensi dell'art. 1, comma 3, del D.lgs. 231/2001 la normativa non si applica allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale e agli altri enti pubblici non economici.

²⁰⁸ Si tratta dei soggetti previsti dall'art. 1 del D.lgs. 165/2001 (Testo Unico delle norme sull'impiego pubblico) il quale stabilisce che sono amministrazioni pubbliche “tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al D.lgs. 300/1999.

amministrazioni pubbliche e dalle loro controllate ai sensi dell'art. 2359 c.c.²⁰⁹, limitatamente alle loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dall'Unione europea. In altri termini, anche la Legge n. 190 supera la dicotomia tra pubblico e privato, prevedendo anzi che ai fini della prevenzione e del contrasto alla corruzione, “gli enti di diritto privato sottoposti al controllo pubblico esercitanti funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici” sono tenuti a modificare i loro criteri di attribuzione di incarichi dirigenziali e di responsabilità amministrativa di vertici²¹⁰.

Con riguardo agli strumenti previsti dai due sistemi normativi, il D.lgs. 231/2001 – come si è già avuto modo di specificare – prevede che i suoi destinatari si dotino del Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo idoneo a prevenire i reati contenuti nel catalogo di cui allo stesso Decreto e nominino un Organismo di Vigilanza che deve vigilare sul funzionamento e sull'osservanza del Modello, nonché curarne l'aggiornamento.

Gli strumenti proposti dalla Legge 190/2012 per lo specifico contrasto alla corruzione sono invece rappresentati dal Piano Nazionale Anticorruzione predisposto dal Dipartimento della funzione pubblica e approvato dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) e dall'adozione dei Piani triennali di prevenzione della corruzione (P.T.P.C.)²¹¹ predisposti dalle singole amministrazioni pubbliche all'esito

²⁰⁹ Ai sensi della norma richiamata, rubricata “Società controllate e società collegate”, sono considerate società controllate: “1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza determinante nell'assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto l'influenza dominante di un'altra società in virtù dei particolari vincoli contrattuali con essa”.

²¹⁰ Devono inoltre tenersi i legami tra la Legge n. 190 e il Decreto n. 33/2013 concernente il “Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione delle informazioni da parte della Pubblica Amministrazione”: l'art. 11 di quest'ultimo richiama tra i soggetti tenuti all'applicazione delle proprie norme, le società partecipate dalle pubbliche amministrazioni e quelle da esse controllate tenute all'applicazione delle norme anticorruzione stabilite dalla legge 190, cui aggiunge le autorità indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione.

²¹¹ Su tale aspetto il Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali nel proprio piano triennale ha individuato quali *step* considerati elementi che richiamano l'organizzazione di cui al D.lgs. n. 231/2001 e precisamente: l'individuazione delle aree di rischio (attraverso l'elaborazione di

della valutazione dei diversi livelli di rischio della corruzione²¹². Inoltre, è previsto che ciascuna amministrazione nomini al proprio interno il Responsabile della Prevenzione della Corruzione²¹³, oltre che un'apposita articolazione funzionale preposta a garantire un opportuno supporto tecnico-organizzativo al responsabile stesso²¹⁴.

9.1. SEGUE: IL D.GLS. N. 231/2001 E I MODELLI ANTICORRUZIONE: PUNTI DI CONTATTO

I punti di incontro tra il Decreto 231 e la Legge 190, come anticipato, attengono agli strumenti e alle modalità operative. È possibile cogliere tale legame anche leggendo

un'apposita mappatura dei procedimenti basata su una rilevazione condivisa dei processi caratterizzanti l'azione amministrativa per una calibratura degli stessi in chiave di individuazione sia potenziale che reale del rischio correlato, una valutazione dello stesso in termini di impatto sul contesto operativo e di relativi costi di struttura e la ponderazione finale); la determinazione, per ciascuna area di rischio, delle esigenze di intervento (utili a ridurre la probabilità che il rischio si verifichi, con l'indicazione di modalità, responsabili, tempi di attuazione ed indicatori di raccordo con il ciclo di performance); l'individuazione di misure applicabili, obbligatorie, eventuali, trasversali (da utilizzare sulla base della preliminare analisi organizzativa del contesto operativo in modo tale da poter definire un'adeguata strategia di prevenzione descrittiva/programmatoria che tenga conto delle informazioni già raccolte e da filtrare attraverso un processo elaborativo/valutativo sia in termini di efficacia che di costi); l'individuazione, per ciascuna misura, del responsabile (e del termine per l'attuazione, stabilendo il collegamento con il ciclo della performance); la definizione di un nuovo modello culturale di amministrazione proattiva (che facendo leva su alcuni correttivi peculiari della macchina organizzativa, ridisegna e rafforza competenze in chiave di ottimizzazione dei processi produttivi e di attività di audit interno finalizzata al miglioramento della gestione del rischio dei processi - *risk management* -, coordinandolo con il controllo di gestione); la promozione di questo nuovo modello culturale (attraverso percorsi di formazione specialistica); la gestione dinamica e partecipata del Piano (che sulla base di un'azione continuativa di monitoraggio consenta di poter testare l'efficacia dei sistemi di prevenzione adottati e, quindi, possa consentire all'Amministrazione di prendere in considerazione eventuali correttivi, laddove se ne ravvisi la necessità, attraverso la successiva messa in atto di ulteriori strategie di prevenzione).

²¹²A ciò si aggiunga, considerata la dimensione internazionale del fenomeno corruttivo, l'azione di coordinamento e collaborazione svolta dall'ANAC con i paritetici organismi stranieri, con le organizzazioni regionali e internazionali competenti.

²¹³In effetti le modalità di contrasto alla corruzione trovano integrazione e completamento nel principio di trasparenza dell'attività amministrativa, regolamentata organicamente dal D.lgs. n. 33/2013.

²¹⁴Si richiede la predisposizione di una rete dei referenti della prevenzione che comprende tutti i dipendenti delle strutture coinvolte nell'attività amministrativa che hanno, per l'area di rispettiva competenza, la *governance* dei processi critici ai fini della prevenzione dei fenomeni corruttivi.

quanto recita sul punto una Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri²¹⁵, secondo la quale “in caso di enti ai quali si applichi il dettato del d.lgs. 231/2001, e che quindi adottino un Modello di organizzazione e di gestione idoneo alla prevenzione di reati e che affidino ad un Organismo di Vigilanza la verifica del Modello, appare possibile che il modello organizzativo *ex* d.lgs. 231/2001 ed il Programma per la trasparenza e l’integrità siano contenuti in unico documento (nel quale potrebbero essere valutati anche i rischi di corruzione, inserendovi i contenuti del Piano di prevenzione della corruzione *ex* l. 190/2012) per ragioni di economicità e razionale organizzazione”.

Secondo quanto previsto dalla Legge 190, una volta elaborato il Piano Nazionale Anticorruzione, deve svilupparsi un secondo livello “decentrato” in cui le singole amministrazioni si impegnano ad implementare barriere interne per prevenire non solo fenomeni di corruzione in senso stretto²¹⁶ ma anche di fatti ad essa prodromici. Per

²¹⁵ Si tratta della Circolare n. 1 del 14 febbraio 2014 avente ad oggetto l’“ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione delle regole di trasparenza di cui alla legge 6 novembre 2012, n. 190 e al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33: in particolare, agli enti economici e le società controllate e partecipate”. È in sintonia con la Circolare la Determinazione n. 7 del 12 febbraio 2014 con cui la Corte dei Conti - chiamata a pronunciarsi sulla gestione finanziaria della RAI e affermando l’applicazione della normativa anticorruzione a questo ente – osserva che “gli enti pubblici economici e gli enti di diritto privato in controllo pubblico, tra i quali va annoverata anche la RAI e le società del gruppo di livello nazionale o regionale/locale, sono tenuti ad introdurre e ad implementare adeguate misure organizzative e gestionali per soddisfare l’esigenza di un adeguamento del Modello previsto dalla stessa normativa (d.lgs. 231/2001) alle previsioni contenute nella l. 190/2012 ed al Piano Nazionale Anticorruzione”.

²¹⁶ La Legge n. 190/2012 non contiene una definizione della corruzione ma specifica che le disposizioni di prevenzione ivi contenute rappresentano un’attuazione diretta del principio di imparzialità di cui all’art. 97 Cost. Il riferimento è quindi alla corruzione in un’accezione più ampia di quella strettamente penalistica e che comprende tutti quegli episodi che si risolvono nella deviazione dall’integrità pubblica. Secondo quanto si legge nella Circolare n. 1 del 25 gennaio 2013 del Dipartimento della Funzione Pubblica il concetto di corruzione ai fini dell’ambito di applicazione della legge deve essere inteso in senso lato, come “comprensivo delle varie situazioni in cui, nel corso dell’attività amministrativa, si riscontri l’abuso da parte di un soggetto del potere a lui affidato al fine di ottenere vantaggi privati. Le situazioni rilevanti sono quindi più ampie della fattispecie penalistica, che, come noto, è disciplinata negli artt. 318, 319 e 319 *ter* c.p., e sono tali da comprendere non solo l’intera gamma dei delitti contro la pubblica amministrazione disciplinati nel titolo II, Capo I, c.p., ma anche le situazioni in cui – a prescindere dalla rilevanza penale – venga in evidenza un malfunzionamento dell’amministrazione a causa dell’uso a fini privati delle funzioni attribuite”.

In generale, il Legislatore ha considerato le disposizioni di riforma del sistema amministrativo come un *prius* logico-giuridico rispetto a quelle di natura prettamente penalistica, sposando il

questo le pubbliche amministrazioni devono attuare un piano triennale di prevenzione della corruzione dopo aver eseguito le seguenti attività: l'individuazione delle attività, nell'ambito delle quali è più elevato il rischio di corruzione (*risk assessment*); la previsione di meccanismi di formazione, attuazione e controllo delle decisioni idonei a prevenire il rischio di corruzione (*risk management*); la definizione di obblighi di informazione nei confronti del Responsabile della Prevenzione della Corruzione (chiamato a vigilare sul funzionamento e sull'osservanza del piano quale controllo di primo livello); il monitoraggio del rispetto dei termini previsti per la conclusione dei procedimenti e dei rapporti tra l'amministrazione ed i soggetti con cui la stessa viene in contatto; l'individuazione di specifici obblighi di trasparenza.

Tali adempimenti volti alla rilevazione e alla misurazione del rischio di corruzione, unitamente alla costruzione di un adeguato assetto di gestione della stessa nonché alla previsione di un'apposita figura di presidio costituiscono uno strumentario mutuato dalla disciplina di cui al Decreto 231²¹⁷

La previsione della figura del Responsabile della Prevenzione della Corruzione in particolare genera però problemi di coordinamento con l'Organismi di Vigilanza prevista dal Decreto 231.

Secondo l'Allegato 1 del Piano Nazionale Anticorruzione al fine di dare attuazione alle norme della Legge anticorruzione del 2012 gli enti pubblici economici e gli enti di diritto privato in controllo pubblico, di livello nazionale o regionale/locale sono tenuti ad introdurre e ad implementare adeguate misure organizzative e gestionali e – si aggiunge – “per evitare inutili ridondanze qualora questi enti adottino già Modelli di organizzazione e gestione del rischio sulla base del d.lgs. 231/2001 nella propria azione

consolidato orientamento giurisprudenziale ben espresso da una risalente pronuncia della Corte Costituzionale secondo la quale “il diritto penale costituisce, rispetto agli altri rami dell'ordinamento giuridico dello Stato, l'*extrema ratio*, il momento nel quale soltanto nell'impossibilità o nell'insufficienza dei rimedi previsti dagli altri rami è concesso al legislatore ordinario di negativamente incidere, a fini sanzionatori, su più importanti beni del privato (Corte Cost., sentenza n. 189/1987).

²¹⁷ L'esigenza di calibrare le strategie di prevenzione della corruzione concepite dalla Legge 190 secondo le disposizioni sulla responsabilità amministrativa degli enti è stata indicata dal Rapporto finale della Commissione ministeriale per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, www.funzionepubblica.gov.it.

di prevenzione della corruzione possono fare perno su essi, ma estendendone l'ambito di applicazione non solo ai reati contro la pubblica amministrazione previsti dal d.lgs. 231/2001 ma anche a tutti quelli considerati nella l. 190/2012, dal lato attivo e passivo, anche in relazione al tipo di attività svolto dall'ente (società strumentali/società di interesse generale)²¹⁸. Il medesimo Allegato richiamato stabilisce inoltre che le stesse categorie di enti devono inoltre nominare un responsabile per l'attuazione dei propri Piani di prevenzione della corruzione, "che può essere individuato anche nell'Organismo di Vigilanza previsto dall'art. 6, d.lgs. 231/2001, nonché definire nei propri Modelli di organizzazione e gestione dei meccanismi di *accountability* che consentano ai cittadini di avere notizie in merito alle misure di prevenzione della corruzione adottate e alla loro attuazione"²¹⁹.

9.2. L'ORGANISMO DI VIGILANZA E IL RESPONSABILE DELLA PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE.

Per porre a confronto le due figure dell'OdV e del R.P.C. è necessario inquadrare i requisiti per la nomina, le funzioni e le responsabilità di quest'ultimo.

Il Responsabile della Prevenzione della Corruzione è di norma individuato tra i dirigenti amministrativi di ruolo di prima fascia in servizio dall'organo di indirizzo politico²²⁰ che, negli enti pubblici economici e gli enti di diritto privato in controllo pubblico, corrisponde al Consiglio di Amministrazione²²¹. Posto che anche per la corretta individuazione del R.P.C., come per l'Organismo di Vigilanza, è importante tener conto di determinati fattori - quali onorabilità e professionalità del soggetto - nonché valutare eventuali profili di incompatibilità e imparzialità del giudizio - diverse

²¹⁸ "Tali parti dei Modelli di organizzazione e gestione, integrate ai sensi della l. 190/2012 e denominate Piani di prevenzione della corruzione, debbono essere trasmessi alle amministrazioni pubbliche vigilanti ed essere pubblicati sul sito istituzionale". Così Par. 3.1.1., All. 1 P.N.A.

²¹⁹ "L'amministrazione che esercita la vigilanza verifica l'avvenuta introduzione dei Modelli da parte dell'ente pubblico economico o dell'ente di diritto privato in controllo pubblico. L'amministrazione e l'ente vigilato organizzano un idoneo sistema informativo per monitorare l'attuazione delle misure (...)", *Ibidem*.

²²⁰ Si tratta di un incarico aggiuntivo rispetto a quello dirigenziale di livello generale.

²²¹ Il potere è in genere esercitato dal Presidente del CdA o dal Direttore Generale.

funzioni spettano a tale figura e precisamente: l'elaborazione della proposta di piano della prevenzione²²²; la definizione delle procedure appropriate per selezionare e formare i dipendenti destinati ad operare in settori maggiormente esposti alla corruzione; la verifica dell'efficace attuazione del piano e della sua idoneità; la proposta di modifiche al piano in caso di significative violazioni o di mutamenti dell'organizzazione; la verifica, d'intesa con il dirigente competente. Dell'effettiva rotazione degli incarichi negli uffici in cui risulta particolarmente elevato il rischio della commissione di reati di corruzione; l'individuazione del personale da inserire nei percorsi di formazione sui temi dell'etica e della legalità; la redazione di una relazione annuale che offra il rendiconto sulle misure di prevenzione definite dal Piano Triennale di Prevenzione della Corruzione²²³; la predisposizione, la diffusione e il monitoraggio del codice di comportamento; la formalizzazione dei flussi informativi provenienti dai referenti presenti nell'amministrazione e di una linea di report continuativo nei confronti dell'organo di indirizzo politico e dell'A.N.A.C.; il coordinamento con il Programma Triennale per la Trasparenza e l'Integrità; la verifica dell'osservanza delle disposizioni in tema di inconfiribilità e incompatibilità degli incarichi.

A fronte di tutte queste attribuzioni, la Legge 190 prevede diverse responsabilità in capo al R.P.C.

Il Dirigente nominato, infatti, nel caso di accertamento di un reato di corruzione nell'amministrazione di interesse, risponde sul piano dirigenziale²²⁴ che su quello disciplinare²²⁵, per danno erariale e all'immagine della PA salvo che non provi di aver efficacemente attuato, prima della commissione dell'illecito, il Piano e di aver

²²² Che deve essere adottato dall'organo di indirizzo politico di ciascuna amministrazione entro il 31 gennaio di ogni anno (art. 1, comma 8, L. 190/2012).

²²³ Per esempio la gestione dei rischi, la formazione, il codice di comportamento, le sanzioni ed altre iniziative come le forme di tutela per i *whistleblowers*.

²²⁴ L'art. 21 del D.lgs. 165/2001 prevede il mancato rinnovo dell'incarico e la revoca dell'incarico.

²²⁵ Con sanzione che non può essere inferiore alla sospensione del servizio con privazione della retribuzione da un minimo di 1 mese ad un massimo di 6 mesi).

rispettato le prescrizioni necessarie per la sua redazione e di aver vigilato sul suo funzionamento e sulla sua osservanza.²²⁶

Ben potrebbe inoltre sorgere in capo al R.P.C. la responsabilità penale in quanto soggetto interno all'amministrazione che nell'esercizio della propria funzione riveste la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio; ciò significa che, qualora venga a conoscenza di fatti che rappresentano una *notitia criminis*, è tenuto a presentare denuncia secondo le modalità previste dalla legge²²⁷ e informare tempestivamente l'A.N.A.C. Qualora invece riscontri fatti suscettibili di dar luogo a responsabilità amministrativa deve presentare denuncia tempestiva alla competente procura della Corte dei Conti per le eventuali iniziative relative al danno erariale²²⁸.

Per quanto concerne l'Organismo di Vigilanza, come già precisato, l'art. 6, comma 1, lett. b) del D.lgs. 231 prevede che esso vigili sul funzionamento e l'osservanza dei Modelli e curi il loro aggiornamento. Le funzioni di tale figura, in sintesi, consistono quindi nella vigilanza sull'effettività del Modello²²⁹, nella disamina in merito all'adeguatezza del Modello di prevenire il rischio-reato, nell'analisi circa il mantenimento nel tempo della solidità e della funzionalità del Modello; nella cura del suo aggiornamento e nella presentazione di proposte di adeguamento agli organi aziendali a cui spetta procedere in tal senso; nella segnalazione al titolare del potere

²²⁶ In caso di ripetute violazioni delle misure di prevenzione previste dal Piano, il Responsabile risponde ai sensi dell'art. 21 del D.lgs. 165/2001, nonché per omesso controllo sul piano disciplinare. Anche l'art. 46 del D.lgs. 33/2013 prevede una responsabilità del dirigente (in qualità di responsabile anche della trasparenza) per la violazione degli obblighi di trasparenza, stabilendo che l'inadempimento degli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente o la mancata predisposizione del Piano P.T.T.I. sono "elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale", nonché "eventuale causa di responsabilità per danno all'immagine dell'amministrazione", valutati ai fini della corresponsione della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla performance individuale.

²²⁷ Ai sensi dell'art. 331 c.p.p. (denuncia da parte dei pubblici ufficiali e incaricati di un pubblico servizio) – comma 1 - salvo quanto stabilito dall'art. 347, i pubblici ufficiali e gli incaricati di pubblico servizio che, nell'esercizio o a causa delle loro funzioni o del loro servizio, hanno notizia di un reato perseguibile di ufficio, devono farne denuncia per iscritto, anche quando non sia individuata la persona alla quale il reato è attribuito.

²²⁸ E al suo accertamento secondo l'art. 20 del D.P.R. n. 3/1957 e l'art. 1, comma 3, della L. 20/1994.

²²⁹ Che attiene alla verifica della coerenza tra i comportamenti concreti ed il Modello adottato attraverso, per esempio, richiesta di informazioni e/o esibizione di documenti rispetto ad aree ed attività sensibili.

disciplinare di eventuali violazioni del Modello; nel supporto alle funzioni aziendali che si occupano della formazione del personale per i temi che attengono al D.lgs. 231/2001; nella redazione di una relazione scritta al Consiglio di Amministrazione illustrativa dei risultati delle attività svolte. Infine – e come si avrà modo di analizzare successivamente – spetta all’OdV formalizzare i flussi informativi caratterizzati dalla c.d. bidirezionalità: l’Organismo deve essere informato sull’attività aziendale (quindi ricevere informazioni) ma deve a sua volta fornire informazioni all’organo dirigente e agli organi di controllo.

I profili di responsabilità dell’Organismo di Vigilanza saranno oggetto di specifica disamina ma può già desumersi che la caratteristica peculiare dei suoi compiti sia rappresentata dallo svolgimento di funzioni di impulso verso l’organo dirigente finalizzate alla prevenzione di situazioni pregiudizievoli per l’ente, dovendosi perciò ritenere estranei a tale Organismo poteri – perlomeno diretti - di intervento impeditivi rispetto a comportamenti irregolari e poteri disciplinari-sanzionatori.

Così delineate le caratteristiche dell’una e dell’altra figura previste dalla L. 190 e dal D.lgs. 231 è possibile enucleare le differenze.

Il Responsabile della Prevenzione della Corruzione è un organo monocratico, dotato - anche in ragione del fatto che è un dirigente di prima linea - di compiti operativi e che concentra le proprie funzioni di vigilanza sul fronte anticorruptivo ma altresì rispetto alle ipotesi di *maladministration*. La commissione di reati di corruzione e il conseguente accertamento giudiziale produce per il R.P.C. una responsabilità sotto diversi profili ma comunque personale, salvo prova contraria dallo stesso fornita. Infine, dell’attività svolta riferisce all’autorità di indirizzo politico-amministrativo e all’A.N.A.C.; da qui si afferma la rilevanza c.d. esterna di tale Responsabile.

Per quanto riguarda invece l’Organismo di Vigilanza, può operare in composizione plurisoggettiva e mista - purché siano garantiti i requisiti di autonomia e indipendenza - e la sua attività consiste nel garantire l’effettività e la dinamicità del Modello. Nell’ipotesi in cui si verifichi uno dei reati-presupposto previsti dal D.lgs. 231 secondo lo schema ivi contenuto l’ente non risponde se prova che l’organo dirigente ha adottato ed efficacemente adottato, prima della commissione del fatto, Modelli di

organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi, con ciò escludendosi che qualsiasi onere probatorio gravi sull'OdV. Differentemente dal R.P.C., l'attività dell'Organismo assume rilevanza endosocietaria, sostanziandosi nel *reporting* ai vertici.

È evidente che le maggiori criticità nel sovrapporre soggettivamente le due figure risiedano nel regime di responsabilità, mal conciliandosi quello previsto per il R.P.C. con la posizione assunta dall'OdV.

Una soluzione ritenuta percorribile è quella di individuare in seno all'Organismo di Vigilanza collegiale un membro interno – con qualifica dirigenziale – che assuma l'incarico di R.P.C.; in questo modo si potrebbe garantire il rispetto dei requisiti di autonomia e indipendenza dell'OdV globalmente considerato e si assicurerebbe un più elevato livello di *reporting*²³⁰. Viceversa, alcuni strumenti di cui si avvale l'OdV – come il regolamento disciplinante le modalità di svolgimento dell'attività svolta – potrebbero essere mutuati dal R.P.C.

Qualora invece il Responsabile e l'Organismo fossero figure diverse, sarebbe comunque auspicabile la previsione di momenti di coordinamento tra le due istanze di

²³⁰ Da un'indagine svolta dall'A.N.A.C. su 56 società, per quanto concerne la nomina del R.P.C. prevale un atteggiamento attendista: il 60% circa non ha ancora assunto alcuna decisione al riguardo e le altre dichiarano di individuarlo con un dirigente o con l'Organismo di Vigilanza. Nell'Appendice 2 (*Una prima ricognizione dei sistemi di analisi del rischio e delle problematiche della trasparenza nelle società in controllo pubblico*) del Rapporto sul primo anno di attuazione della Legge n. 190/2013 emanato dall'Autorità si rileva come la maggior parte delle società esaminate – circa l'80% - ha già adottato un modello di organizzazione, gestione e controllo del D.lgs. n. 231/2001. Il 90% di queste società, per costituire il PTPC, si propone di estendere l'analisi dei rischi e le misure della prevenzione già implementate e rafforzare così le misure di controllo interno per contrastare anche i fenomeni di corruzione "passiva"; nei quali i manager o i dipendenti della società partecipata potrebbero ricevere denaro o un'altra utilità per compiere un atto illecito che può arrecare un danno per il patrimonio o per l'immagine della compagine societaria di appartenenza. Tra queste, il 42% pensa di sviluppare l'analisi dei rischi considerando non soltanto i reati di corruzione passiva ma tutti i delitti previsti dal Titolo II - Capo I del codice penale, facendovi così rientrare anche le altre fattispecie di reato, come, ad esempio, il peculato, l'abuso d'ufficio o la rivelazione di segreti d'ufficio, che finiscono per avere un impatto negativo sui risultati o sulla reputazione dell'azienda. Il restante 20%, prevalentemente società di livello regionale e locale, non avendo adottato un modello *ex* D.lgs. n. 231/2001, dovrà dotarsi di nuove misure di prevenzione della corruzione. È stato altresì rilevato che soltanto una minoranza – quattro società, di cui tre nazionali – ritiene di non rientrare nell'ambito soggettivo di applicazione della L. n. 190/2001, per quanto riguarda il PTPC o l nomina del RPC, evidenziando dubbi interpretativi circa l'applicazione delle norme sulla trasparenza, dicembre 2013, www.anticorruzione.it.

controllo, soprattutto per evitare duplicazioni nell'attività di prevenzione del rischio di corruzione.

10. FUNZIONI E POTERI DELL'ORGANISMO DI VIGILANZA

Il Decreto Legislativo 231/2001 non fornisce alcuna indicazione ad interpreti e operatori anche rispetto alle funzioni dell'Organismo di Vigilanza.

È già stato riferito dell'opportunità che lo stesso predisponga un regolamento²³¹ che disciplini il proprio funzionamento²³² mentre per quanto riguarda le funzioni, i compiti istituzionali indicati dal testo legislativo attengono alla sola verifica dell'effettività e dell'efficacia del Modello.

Si tratta di una valutazione sui processi di gestione del rischio che però non comporta alcun coinvolgimento dell'Organismo, né rispetto ai singoli componenti, né complessivamente inteso²³³. Ciò significa che, concretamente, non spettano all'OdV compiti quali, per esempio, la predisposizione o le modifiche di protocolli, deleghe e poteri all'interno della società. L'Organismo neppure può ritenersi incaricato dell'inflizione delle sanzioni disciplinari conseguenti alle violazioni del Modello.

²³¹ “Una volta insediato, l'OdV deve provvedere all'adozione di un proprio Regolamento a disciplina del proprio funzionamento, o tramite formalizzazione specifica o, qualora esistente, attraverso conferma/revisione/aggiornamento del Regolamento del precedente Organismo”, AODV231, *Le verifiche dell'OdV*, cit., p. 9; “il regolamento è espressione e strumento dei principi di autonomia e indipendenza che caratterizzano il regime dell'OdV e non deve contenere prescrizioni che possano in alcun modo pregiudicarne l'autonomia e l'indipendenza. Al contrario, è utile per proporre soluzioni operative che consentano all'OdV di svolgere il proprio compito in aderenza a tali principi”, AODV231, *Regolamento dell'Organismo di Vigilanza, Position Paper*, 2016, p. 3.

²³² Relativo – secondo le Linee-Guida di Confindustria ai seguenti punti: modalità di convocazione e tempistica delle riunioni; suddivisione interna delle competenze; modalità di archiviazione e gestione delle informazioni; verbalizzazione delle riunioni; modalità di svolgimento delle verifiche. Più precisamente, Confindustria suggerisce che “l'OdV formuli un regolamento delle proprie attività (determinazione delle scadenze temporali dei controlli, individuazione dei criteri e delle procedure di analisi, ecc.). Non è, invece, consigliabile che tale regolamento sia redatto e approvato da organi societari diversi dall'OdV in quanto ci potrebbe mettere in dubbio l'indipendenza”, Cap. IV, par. 2.2., p. 61.

²³³ Sul tema Tribunale di Roma, G.I.P., 2004, cit.; Cass. Pen., Sez. V, sentenza n. 4677/2013. Secondo la giurisprudenza, in ciascuna attività in cui l'OdV è partecipe, “non dovrà avere compiti operativi che, facendolo partecipe delle decisioni dell'ente potrebbero pregiudicarne la serenità di giudizio al momento di effettuazione delle verifiche”.

Secondo una generale definizione offerta dagli *standard* internazionali, l'OdV svolge *“un obiettivo esame delle evidenze, allo scopo di ottenere una valutazione indipendente dei processi di gestione del rischio, di controllo o di governance dell'organizzazione”*²³⁴.

Per quanto l'art. 6 del Decreto non preveda disposizioni ulteriori in merito alle modalità di svolgimento delle attività indicate, le Linee Guida delle associazioni di categoria – come avvenuto per altri aspetti della materia in esame – hanno nel tempo contribuito a declinare i compiti e ad inquadrare gli obiettivi dell'Organismo, suddividendo la sua attività secondo le seguenti attribuzioni: la vigilanza sull'effettività del Modello, che si sostanzia nella verifica della coerenza di questo con i comportamenti tenuti dalle persone operanti nell'organizzazione; l'esame dell'adeguatezza del Modello e dunque la sua reale capacità di prevenire i reati di cui al Decreto 231 e, in generale, condotte illecite; l'analisi sul mantenimento nel tempo dei requisiti di solidità e funzionalità del Modello; la cura dell'aggiornamento in senso dinamico del Modello tramite la formulazione di suggerimenti e proposte del suo adeguamento²³⁵.

Non v'è dubbio sul fatto che l'attività dell'OdV non possa limitarsi alla sola osservanza del Modello quale mera verifica del rispetto delle norme ivi contenute, dovendo invece consistere la vigilanza dell'Organismo nel controllo sul funzionamento del Modello *“nell'accezione di verifica di adeguatezza dei presidi di prevenzione in esso richiamati rispetto ai rischi-reato da presidiare, anche alla luce dei cambiamenti normativi, organizzativi, di business che possono intervenire nell'organizzazione”* e *“nell'implementazione delle misure e dei programmi eventualmente necessari a tal fine”*²³⁶.

È poi importante che l'Organismo si trovi nelle oggettive condizioni di realizzare la valutazione indipendente che gli spetta, anche attraverso la previsione di obblighi di segnalazione da parte dei dipendenti e degli apicali e attraverso autonome iniziative di indagine.

²³⁴ Così *The Institute of Internal Auditors, Standard Internazionali*, www.iiaweb.it.

²³⁵ “nonché attraverso successive verifiche dell'attuazione e dell'effettiva funzionalità delle soluzioni proposte (*follow-up*)”. AODV231, *Le verifiche dell'OdV: programmazione e svolgimento*, 2016, p. 3.

²³⁶ *Ibidem*.

In realtà, è stata evidenziata l'opportunità che l'OdV sin dal proprio insediamento svolga approfondimenti funzionali alle attività da svolgere²³⁷, sì da comprendere l'organizzazione aziendale, gli elementi-chiave della *governance*²³⁸ e del sistema di controllo interno.

Successivamente all'accettazione del mandato, l'OdV deve poi potersi attivare *motu proprio* per conoscere in modo tempestivo eventuali modifiche dell'assetto di *governance* dell'organizzazione, variazioni delle aree di *business* e quanto riguardante le violazioni del Modello. Agli approfondimenti iniziali – documentali o avvenuti tramite incontri conoscitivi con il *management* e visite presso le sedi aziendali – devono infatti seguire quelli realizzati nel corso dell'intero mandato²³⁹.

Garantire all'OdV la possibilità di adempiere ai propri compiti significa, del resto, come si dirà in maniera più approfondita nel capitolo successivo, stabilire una separazione tra l'ipotesi in cui il sistema non sia efficacemente in tal senso funzionante e quella in cui l'inosservanza dei propri obblighi sia invece ascrivibile esclusivamente all'Organismo, con conseguenti ricadute in termini di responsabilità per quest'ultimo.

In tale ottica si inserisce l'importanza di idonei flussi informativi verso l'OdV (e dall'OdV verso gli organi sociali), elemento peraltro richiesto espressamente dall'art. 6,

²³⁷ “*In merito, è opportuno che l'OdV si interfacci con il Referente aziendale individuato per le tematiche ex D.lgs. 231/2001, ove identificato, ossia con il soggetto incaricato di facilitarne le interazioni con il personale dell'organizzazione. In sua assenza, può confrontarsi direttamente con il top management sulle più efficaci modalità di interazione con l'organizzazione oppure indirizzarsi in via prioritaria verso le funzioni aziendali tipicamente coinvolte sulle tematiche connesse al Modello (in genere Internal Auditing, Compliance, Legale, Risorse Umane)*”, *Ibidem*, p. 7.

²³⁸ Si pensi a documenti quali, ad esempio: statuto dell'Ente, organigrammi ed ordini di servizio, carta di controllo di Gruppo con indicazione delle società controllate e collegate, elenco dei documenti normativi (direttive, policy, procedure, ecc.) dell'Ente, architettura dei sistemi informativi, ultimi bilanci, eventuale relazioni sulle questioni fondamentali emerse in sede di revisione legale e sulle carenze significative rilevate nel sistema di controllo interno.

²³⁹ “*Ai componenti dell'OdV deve essere dato l'accesso alle sedi dell'ente, approntando le relative abilitazioni a locali e sistemi (specie con riferimento alla intranet aziendale, ove poter avere libero accesso alle informazioni veicolate ai dipendenti), inclusa l'eventuale casella di posta elettronica dedicata per le comunicazioni e segnalazioni (da attivare, ove non disponibile, in modo coerente con quanto indicato nel Modello), ovvero agli ulteriori/differenti strumenti utilizzati per le segnalazioni all'OdV (es. casella postale). Al fine di garantire efficacia all'azione dell'OdV, è infatti opportuno che l'Ente assicuri libero accesso a persone, informazioni e documenti dell'organizzazione, funzionali alle verifiche da svolgere in merito al funzionamento e all'osservanza del Modello*”, *Ibidem*, p. 7.

comma 2, del D.lgs. 231 e di recente integrato con l’inserimento della disciplina del *Whistleblowing*²⁴⁰. Il flusso informativo verso l’OdV – come è stato sottolineato²⁴¹ – rappresenta uno tra i principali elementi di elezione per prevenire la realizzazione dei reati all’interno dei processi aziendali, rappresentando esso “*l’occhio dell’OdV su cosa succede in azienda*”²⁴².

Oltre ad essere destinatario di informazioni rilevanti per la materia in esame, l’Organismo di Vigilanza deve però anche rappresentare la fonte di quelle informazioni, motivo per cui si impegna a riferire periodicamente all’organo dirigente dell’attività svolta, della gestione del *budget* assegnatogli, delle eventuali violazioni del Modello riscontrate²⁴³.

10.1. LE ATTIVITA’ DI INFORMAZIONE E FORMAZIONE

La *ratio* del D.lgs. 231/2001 è quella di assicurare la conoscenza, la comprensione e l’applicazione del Modello di Organizzazione e di Gestione a tutti i livelli della realtà aziendale, dal punto di vista sia interno che esterno²⁴⁴. Infatti – come chiarito dalla

²⁴⁰ I flussi informativi – e l’intervento legislativo che ha regolato l’istituto del *Whistleblowing* – saranno oggetto di analisi del capitolo successivo, dove l’attività dell’Organismo di Vigilanza sarà osservata dal punto di vista dinamico.

²⁴¹ Sul tema L. FRUSCIONE, *Audit: specifici protocolli e flussi informativi: le criticità sfuggenti*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n. 3, 2017, p. 343. L’Autore evidenzia come la redazione di un sistema di prevenzione del rischio di verifica dei reati previsti dal D.lgs. 231/2001 sia sicuramente particolarmente complessa “*in quanto la normativa è generica in ordine a tre elementi basilari del sistema di controllo: l’attività di audit finalizzata all’individuazione dei reati, lo specifico protocollo di controllo e il flusso informativo verso l’OdV*”, p. 343.

²⁴² “(...) *aspetto che si ritiene centrale; infatti i flussi informativi devono consentire all’Organismo di effettuare i controlli di effettività ed adeguatezza del sistema 231 così da poter celermente richiedere all’organo di vertice di modificare i protocolli o gli stessi flussi che presidiano un determinato processo/fattispecie incriminatrice*”, *Ibidem*, p. 346.

²⁴³ Nelle Linee-Guida di Confindustria si legge che spetta all’OdV segnalare “*all’organo dirigente, ai fini degli opportuni provvedimenti quelle violazioni accertate del Modello che possono comportare l’insorgere di una responsabilità in capo all’ente*” e predisporre “*su base almeno semestrale una relazione informativa riguardante le attività di verifica e controllo compiute e l’esito delle stesse*”, p. 61. Nella prassi si riscontra altresì la predisposizione di un piano di attività annuale dell’OdV.

²⁴⁴ Il Modello si rivolge non solo ai dipendenti e agli apicali ma anche ai suoi consulenti e, in generale, ai soggetti terzi con cui la società intrattiene rapporti.

giurisprudenza²⁴⁵ - per assicurare la conoscenza, la sensibilizzazione del personale sull'osservanza delle sue norme e la sua divulgazione il Modello dovrebbe prevedere una differenziazione tra la formazione generale dei dipendenti e quella di coloro che operano in specifiche aree di rischio, nonché prevedere il contenuto dei corsi formativi, la loro frequenza, l'obbligatorietà e dei controlli sulla frequenza e sulla qualità dei contenuti forniti.

Una disciplina aziendale che si proponga di definire, in positivo e in negativo, i comportamenti attesi e quelli vietati trova quindi fondamentali leve nelle attività di formazione e informazione. Entrambe sono garantite attraverso la comunicazione, che può convenzionalmente riferirsi ai processi di trasmissione di messaggi a carattere generale rivolti ad un gruppo omogeneo di destinatari e riguardanti l'adozione del Modello 231. Più puntualmente, invece, se la formazione sottintende una finalità educativa con cui si trasferiscono conoscenze in merito a specifici aspetti del Modello, l'informazione serve a trasmettere messaggi non standardizzati a destinatari specifici, allo scopo di segnalare dati riguardanti uno o più aspetti in particolare del Modello.

Da questo punto di vista spetta allora all'Organismo di Vigilanza la verifica dell'adozione di opportune iniziative finalizzate al raggiungimento di tali obiettivi, al fine di garantire la piena diffusione delle regole all'interno dell'azienda²⁴⁶ oltre che controllare il coinvolgimento del *management* rispetto alla diffusione delle prescrizioni del Modello²⁴⁷. Secondo le Linee-Guida dell'ABI spetta anzi all'OdV verificare l'idoneità delle proposte formative rispetto alle finalità preventive del Modello²⁴⁸, assegnando all'Organismo un coinvolgimento particolarmente operativo sul tema della formazione²⁴⁹. È importante che l'organizzazione percepisca chiaramente che la

²⁴⁵ Tribunale di Milano, ordinanza, 2004.

²⁴⁶ Così le Linee-Guida per l'adozione dei modelli organizzativi sulla responsabilità amministrativa delle banche (D.lgs. n. 231/2001) dell'Associazione Bancaria Italiana (ABI), p. 47.

²⁴⁷ AODV231, *Paper*, cit., p. 4.

²⁴⁸ Linee-Guida ABI, cit., p. 48.

²⁴⁹ “(...) si osserva che la prassi che si è consolidata suggerisce, in attesa dell'organizzazione di corsi di formazione aziendali, che l'OdV si attivi affinché sia comunque posta in essere un'opera di comunicazione a dipendenti, organi sociali e consulenti dell'avvenuta adozione del Modello. Anzi, in mancanza di formazione, tale aspetto dell'operare dell'OdV è un vero e proprio onere”. A. DE NICOLA, *Il diritto dei controlli societari*, cit., p. 243.

responsabilità dell'attuazione del Modello è di tutto il personale e, a tal fine, si ritiene auspicabile l'identificazione di un soggetto che agevoli i rapporti con l'OdV²⁵⁰.

10.2. IL CONTROLLO SULL'EFFETTIVITA' DEL MODELLO

Altro compito di cui è investito l'Organismo di Vigilanza è quello riguardante l'effettiva applicazione del Modello nel corso dell'attività quotidiana della società. In tal senso, unitamente alla ricezione delle notizie e dunque alla corretta operatività dei flussi informativi, sono fondamentali le iniziative dell'OdV, specialmente quelle che consistono in controlli "a sorpresa".

In effetti, insieme alle verifiche di routine, assumono rilievo "le attività di programmazione consistenti nell'effettuazione (periodica o a sorpresa) di controlli, ispezioni, ecc."²⁵¹ Sono state individuate inoltre quali aree in cui l'Organismo è chiamato ad esercitare la propria vigilanza quella del Codice etico (e dei principi comportamentali contenuti nel Modello) e del sistema disciplinare; quella delle attività aziendale e dei profili di rischiosità connesse; quella dell'adeguatezza dei controlli preventivi²⁵².

Per accertare la concreta coerenza tra i comportamenti aziendali tenuti e quelli indicati nel Modello l'OdV avrà anche il potere di chiedere l'esibizione di documentazione, la collaborazione del personale aziendale e di consulenti esterni per lo svolgimento delle verifiche.

²⁵⁰ Secondo AODV231, *Le verifiche dell'OdV*, cit., "l'identificazione di un Referente aziendale (tipicamente individuato nell'ambito delle funzioni *Compliance, Risk Management, Internal Auditing* laddove esistenti), che svolga un ruolo di facilitatore nelle interazioni con l'OdV può peraltro rappresentare una soluzione organizzativa atta a semplificare l'attuazione ed il funzionamento del Modello, specie con riferimento alla messa a disposizione di documenti e informazioni e nell'organizzazione delle interazioni con il *management*", p. 7.

²⁵¹ Così sul tema C. PIERGALLINI, *Paradigma dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "Modello Organizzativo" ex D.lgs. n. 231/2001), Parte I*, in Cass. Pen., 2013, p. 394.

²⁵² AODV231, *Paper*, cit., p. 4.

10.3. IL CONTROLLO SULL'ATTIVITA' DI AGGIORNAMENTO DEL MODELLO

Il dato legislativo risultante dall'art. 6 del Decreto, secondo il quale spetta all'organo dirigente l'adozione del Modello nonché il suo aggiornamento, potrebbe sollevare qualche perplessità rispetto alla sovrapposizione di compiti tra l'organo di vertice della persona giuridica e l'Organismo di Vigilanza.

Anzitutto, deve per aggiornamento intendersi l'operazione con cui il Modello di Organizzazione e di Gestione si adatta alle necessità che nel tempo caratterizzano l'azienda, allineandosi alle stesse. Il compito dell'OdV sotto questo aspetto è quello di verificare che l'organo dirigente effettivamente mantenga un Modello che sia adeguato, eventualmente formulando proposte per gli aggiornamenti. Cronologicamente, un siffatto compito si pone come successivo – in quanto conseguente – ai risultati rilevati con l'attività di controllo svolta e alle criticità emerse.

Ciò posto, l'esigenza di procedere all'aggiornamento del Modello attraverso modifiche e/o integrazioni può manifestarsi a partire da diverse ragioni e, in dottrina²⁵³, sono state a riguardo individuate le seguenti: la modifica del *business model*; il *turn-over* aziendale; la modifica dei poteri o delle deleghe; eventi straordinari; attività di supporto al Consiglio di Amministrazione nelle valutazioni in merito all'aggiornamento *de quo*; attività di analisi successiva o *follow-up*; attività di gestione delle segnalazioni; accertamento di significative violazioni del Modello; modifiche legislative.

Stando alla *littera legis* l'efficacia del Modello è strettamente collegata all'individuazione delle attività nel cui ambito possono realizzarsi reati e, perciò, una variazione del tipo di quelle indicate dovrebbe deporre nel senso della necessità dell'aggiornamento. In altri termini, di fronte ad una delle ipotesi indicate, spetta all'Organismo di Vigilanza attivarsi diligentemente in ordine alla valutazione dei rischi e all'implementazione del sistema di controllo.

²⁵³ A. DE NICOLA, *Il diritto dei controlli societari*, cit., p. 245.

Così come una modifica in termini di sviluppo richiederà una “rinnovata” versione del Modello, la medesima esigenza sorgerà nel caso di una contrazione in una determinata area o una eliminazione in un’attività.

Anche i comportamenti registrati in contrasto con le norme e le regole contenute nel Modello rappresentano un indice di valutazione della sua effettività: violazioni connotate da una certa significatività, sia in termini di gravità che in termini di reiterazione delle medesime condotte, possono infatti rispecchiare il livello di osservanza aziendale; ma devono – *rectius*, dovrebbero – allertare l’Organismo di Vigilanza provocando, quale sua reazione, la proposta di aggiornamento/modifica del Modello.

Per quanto riguarda invece le modifiche legislative, la oramai consueta tendenza del Legislatore ad arricchire l’elenco delle fattispecie del D.lgs. 231/2001 quali reati-presupposto della responsabilità amministrativa degli enti ha come conseguenze, da un lato, l’ampliamento dell’area di rischio cui la società è potenzialmente esposta, dall’altro, il necessario aggiornamento del Modello. Ancora una volta, è compito dell’OdV sollecitare l’organo dirigente a prestare attenzione al succedersi delle modifiche legislative e ad adeguare a queste ultime il sistema di prevenzione.

11. CONSIDERAZIONI INTERMEDIE SULL’ORGANISMO DI VIGILANZA NEL SISTEMA DELLA RESPONSABILITA’ DA REATO DEGLI ENTI

Alla luce di quanto sin qui riferito, è evidente l’importanza del ruolo svolto dall’Organismo di Vigilanza rispetto al Modello di Organizzazione e di Gestione e alla sua adeguatezza.

Quello che l’Organismo deve assicurare non è semplicemente la vigilanza sul funzionamento e sull’osservanza del Modello ma anche la documentazione puntuale di tale attività, della pianificazione, delle modalità di svolgimento e dei relativi esiti.

In particolare, la pianificazione – anche degli interventi “a sorpresa” - va sviluppata tenendo conto del tipo di verifiche da effettuare (flussi informativi, singole aree a

rischio, formazione, ecc.), della diversa esposizione al rischio delle aree considerate, del coinvolgimento di altri organi o di altre funzioni nonché di professionalità esterne, delle risorse necessarie e delle informazioni possedute²⁵⁴. Ciò per quanto attiene all'attività dell'Organismo in un regime, per così dire, ordinario e dunque in ipotesi diverse da quelle che invece prevedono la gestione di situazioni straordinarie magari emerse a seguito di segnalazioni. L'oggetto della vigilanza è quindi rappresentato dai flussi informativi (*rectius*, dalla loro analisi eventualmente condotta attraverso gli approfondimenti ritenuti opportuni), dallo svolgimento di appositi *audit* nelle aree del Modello reputate sensibili, dal miglioramento (*follow-up*) delle criticità riscontrate e delle misure correttive esistenti, dallo stimolo apportato sia relativamente all'attività di formazione che a quella di aggiornamento del Modello, nonché dal *reporting* agli organi di controllo e governo della società.

Imprescindibile nel corso delle verifiche in parola è poi l'acquisizione delle informazioni da parte degli altri organi societari e delle altre funzioni preposte al controllo. Al fine di ottimizzare i monitoraggi ed evitare duplicazioni degli interventi è infatti utile che si programmino occasioni di interazione con la funzione *Compliance*, l'*Internal Auditing*, il Dirigente Preposto alla redazione dei documenti contabili

²⁵⁴ Secondo i risultati cui è pervenuta AODV231, *Le verifiche dell'OdV: programmazione e svolgimento*, cit., p. 11, con riferimento agli interventi programmabili, nel determinare gli ambiti e gli elementi oggetto di verifica ed approfondimento, nonché le relative priorità, può essere utile considerare: i contenuti del Modello, “*da intendersi sia con riferimento alle Aree a Rischio identificate sia alle misure di prevenzione ad esse associate (principi comportamentali e sistema dei controlli preventivi), nonché al più ampio sistema di prevenzione individuato nel Modello (formazione ed informazione, Codice Etico, sistema organizzativo, sistema dei poteri, ecc.)*, cioè *al fine di assicurarne l'appropriata copertura*”; gli esiti delle attività di *Risk Assessment & Gap Analysis*, “*per una più approfondita comprensione delle Aree a maggior rischio, dello stato del disegno del sistema dei controlli, delle eventuali carenze ed opportunità di miglioramento nonché delle azioni correttive identificate e di cui monitorare l'effettiva e tempestiva implementazione*”, gli esiti e le tempistiche di eventuali verifiche precedenti, “*al fine di dare priorità alle verifiche relative ad ambiti a maggior rischio oppure oggetto di verifiche più remote*”, altre informazioni relative allo stato dei controlli ed all'esito di eventuali verifiche ed aggiornamenti (es. esito di attività di *Internal Auditing*, informazioni provenienti dal Collegio Sindacale, osservazioni della società di revisione legale dei conti, esito di accertamenti/verifiche ispettive da parte dell'Autorità di Vigilanza, ecc.), eventuali cambi nelle attività aziendali, “*che possano determinare l'opportunità di interventi specifici oppure di anticipare/posticipare le tempistiche di svolgimento di alcuni interventi*”, i contenuti delle informazioni acquisite attraverso l'interazione con il personale (gestione di segnalazioni, attuazione delle procedure in merito ai flussi da attivare verso l'OdV).

societari, il Responsabile del Servizio Prevenzione e Protezione, il Responsabile della Prevenzione della Corruzione, ecc. Spetta sempre all'Organismo di Vigilanza valutare l'opportunità di ricorrere alle funzioni di controllo di secondo e terzo livello e di avvalersi delle relative professionalità, ove naturalmente non preferisca – utilizzando il *budget* affidatogli dall'organo dirigente - avvalersi di soggetti esterni.

Con riguardo agli aspetti di sinergia e interazione nell'apparato dei controlli, deve inoltre rammentarsi che il Modello previsto dal D.lgs. 231/2001 spesso convive con altri sistemi di prevenzione e gestione dei rischi.

Si tratta dei sistemi – quasi sempre certificati²⁵⁵ – in materia di salute e sicurezza sul lavoro, di sicurezza informatica, di sicurezza ambientale, i quali peraltro hanno dimostrato la loro efficacia esimente della responsabilità amministrativa degli enti nelle ipotesi di commissione dei corrispondenti reati-presupposto. È allora opportuno che l'OdV si giovi anche dei risultati dei monitoraggi di tali sistemi, a condizione però che gli esiti del controllo operato da “terzi” non finiscano col sostituire il proprio.

Resta fermo infatti il valore rappresentato dal dialogo dell'Organismo di Vigilanza con il *management* e, in generale, dalle attività di verifica effettuate per acquisire informazioni specifiche e cogliere eventuali disallineamenti del Modello rispetto ai rischi e ai presidi adottati.

L'importanza dell'attività di verifica dell'OdV per come illustrata in tutti i suoi aspetti risiede nella circostanza che il suo corretto ed efficace svolgimento consente all'ente – unitamente agli altri elementi indicati dall'art. 6 del D.lgs. 231/2001 – l'esonero dalla responsabilità nel caso in cui vi sia un procedimento che lo veda indagato/imputato per un reato-presupposto commesso nel suo (presunto) vantaggio e/o interesse.

I controlli espletati ma soprattutto la loro rendicontazione e documentazione ben possono divenire la prova – in termini di oggettivo rilievo delle misure organizzative - della “non omessa o insufficiente vigilanza” sul funzionamento e sull'osservanza del Modello in un procedimento penale volto ad accertare la c.d. colpa d'organizzazione dell'ente.

²⁵⁵ Il riferimento è alle certificazioni BH OHSAS 18001, ISO 27001, EMAS 14001 e tutti gli standard internazionalmente riconosciuti rispetto alla gestione dei sistemi organizzati e alla loro qualità.

L'analisi sin qui svolta ha dunque delineato il ruolo e i compiti dell'Organismo di Vigilanza rispetto alla prevenzione del rischio-reato e nell'ambito del sistema di controllo interno all'impresa.

Si è già messo in rilievo come, da un lato, le funzioni dell'Organismo deputato a vigilare sul Modello di Organizzazione e di Gestione siano connotate da una natura eminentemente "propositiva" rispetto alle carenze o anomalie eventualmente riscontrate in sede di controllo; dall'altro, come a causa delle scarse indicazioni legislative, la fisionomia dell'Organismo abbia dei confini incerti la cui definizione è stata, di fatto, delegata alle Associazioni di categoria e alla giurisprudenza, con conseguenti problematiche ricadute su molti aspetti del suo funzionamento.

Tra questi ultimi, uno dei più rilevanti – e che peraltro interseca i profili sin qui illustrati quale necessaria conseguenza dell'azione dell'Organismo – attiene alla sua responsabilità e a quella dei suoi componenti. Tale tema sarà pertanto oggetto di specifica disamina nel capitolo successivo dove, a seguito dell'approfondimento di ulteriori strumenti tipici della *corporate criminal compliance*, si analizzeranno le azioni (e le omissioni) dell'Organismo di Vigilanza nello svolgimento dei suoi compiti con particolare riguardo alla loro rilevanza causale nell'impianto della responsabilità da reato delle persone giuridiche.

Come anticipato nella prima parte dell'elaborato, il rimprovero mosso all'ente secondo la disciplina del D.lgs. 231/2001 non può – o meglio, chi scrive non ritiene che possa – prescindere dalla considerazione dell'atteggiamento assunto dal soggetto collettivo (anche in base alle sue dimensioni)²⁵⁶ nel predisporre, attuare e adeguare le misure organizzative volte alla prevenzione del reato ma soprattutto nell'attivarsi affinché ne sia ostacolata la commissione. La corretta e tempestiva reazione dell'Organismo di Vigilanza - e dei meccanismi preventivi - è senz'altro elemento rivelatore di un siffatto atteggiamento dell'ente.

²⁵⁶ Sul tema della responsabilità ai sensi del D.lgs. 231/2001 delle piccole e medie imprese e sulla "tendenziale indifferenza dell'ordinamento italiano rispetto al problema della responsabilità da reato delle PMI", F. CENTONZE, *La responsabilità degli enti e la piccola e media impresa*, in *La responsabilità penale degli enti*, cit., pp. 87 e ss.

CAPITOLO III

DINAMICITA' DEI SISTEMI DI CONTROLLO DEL RISCHIO-REATO

SOMMARIO: 1. Profili dinamici del controllo: premessa. - 2. I flussi informativi. – 2.1. I flussi informativi periodici – 2.2. I flussi informativi “ad hoc”. – 2.3. I flussi dell’OdV verso i vertici societari. - 3. Canali interni di segnalazione dell’illecito: la disciplina del *Whistleblowing* prima della L. 179/2017. – 3.1. Segue: *Whistleblowing* e altre normative di settore. - 3.2. Il *Whistleblowing* e la Legge 197/2017. – 3.3. Il *Whistleblowing* e la Legge 197/2017: le modifiche al D.lgs. 231/2001. – 3.4. Breve analisi della novella legislativa. – 3.5. I rapporti tra *Whistleblowing* e Organismo di Vigilanza. - 4. Aspetti evolutivi della *criminal compliance: internal investigations*. – 4.1. Segue: Brevi cenni dell’esperienza statunitense. – 4.2. Investigazioni difensive nel sistema domestico: la Legge 397/2000. – 4.3. Profili dinamici delle investigazioni interne.

1. PROFILI DINAMICI DEL CONTROLLO: PREMESSA

Il fabbisogno conoscitivo tipico delle realtà organizzate viene soddisfatto dai circuiti informativi che all’interno di quelle stesse realtà sono predisposti e che sono concretamente rappresentati dall’insieme degli strumenti – umani e tecnici – a cui vengono affidati la formazione, la trasmissione e il controllo delle informazioni.

Dal punto di vista dell’ascrizione della responsabilità da reato, in particolare, l’ente può trarre benefici dal corretto funzionamento dei flussi informativi endosocietari: una appropriata e concretamente operativa strutturazione di questi ultimi può infatti garantire effettività ed efficacia all’attività di sorveglianza del sistema di prevenzione del rischio-reato, parimenti a quanto avviene per l’attività di gestione.

Come ribadito, il sistema di prevenzione in parola attribuisce all'Organismo di Vigilanza il ruolo di guardiano della legalità e, più precisamente, di vagliare il livello qualitativo del Modello di Organizzazione e di Gestione, del suo contenuto e della sua concreta attuazione.

Concepito quale perno soggettivo del sistema di prevenzione, intercorre una relazione di stretta interdipendenza tra i poteri di iniziativa e controllo attribuiti tale Organismo e i circuiti informativi interni all'ente. L'ampiezza dei poteri di sorveglianza è in effetti correlata al concreto accesso alle informazioni e il controllo prescelto dal Legislatore del 2001 può dispiegare la sua forza preventiva con cui è stato concepito se dalle varie aree della società e/o da coloro che rivestono al suo interno determinate funzioni pervengono le informazioni sull'osservanza e sull'attuazione dei Modelli.

In altri termini, se l'Organismo di Vigilanza è l'ultimo destinatario dei dati informativi, il corretto sistema dei flussi garantirà l'operatività di quello di controllo e dunque di prevenzione; al contrario, invece, ossia in presenza di un'anomalia nei canali dell'informazione, sarebbe ipotizzabile una lacuna di organizzazione dell'ente e perciò sarebbe ad esso attribuibile un difetto concepito quale rimproverabile inefficienza secondo i canoni del D.lgs. 231/2001.

2. I FLUSSI INFORMATIVI

I flussi di informazioni – come anticipato – sono una componente essenziale di un sistema di controllo interno ed assumono particolare importanza in tema di *compliance* non solo ai fini della prevenzione della commissione dei reati ma anche di isolare le conseguenze di *wrongdoing* già posti in essere.

Sono i flussi informativi a permettere il necessario passaggio di comunicazioni della società verso l'Organismo di Vigilanza e viceversa.

Si è già visto come l'art. 6 del D.lgs. 231/2001 stabilisca, da un lato, che il Modello debba “prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'Organismo deputato a vigilare sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli” ma, dall'altro, non richieda regole specifiche in tema di flussi informativi, lasciando ampio spazio all'autonomia

privata. In linea generale, i menzionati obblighi si traducono nella predisposizione di protocolli e di procedure che prevedono un sistema di flussi di dati e notizie tra i vari organi sociali, le varie funzioni aziendali e l'OdV.

È importante rammentare che una nota proposta di modifica del Decreto formulata dall'Agenzia di ricerche e legislazione (c.d. proposta *Arel*) si era sul punto espressa nel senso di una maggiore specificazione dei flussi in esame.

Con la citata proposta si suggeriva, infatti, di intervenire sull'art. 6 e di richiedere che il Modello: a) prevedesse adeguati flussi informativi e obblighi di informazione nei confronti dell'organismo di vigilanza; b) desse conto dei rapporti dell'organismo di vigilanza con gli organi dirigenti e di controllo dell'ente e con l'eventuale organo cui partecipano i soci o gli associati dell'ente; c) prevedesse modalità di informazione, da parte dell'organismo di vigilanza, sull'adeguatezza del modello e sulla sua efficace attuazione. Ciò che si ipotizzava era dunque la formalizzazione dei flussi informativi sulla struttura aziendale all'Organismo di Vigilanza, tra quest'ultimo e gli organi sociali e viceversa.

Finendo col rappresentare la linfa del sistema di prevenzione dei reati, è stata elaborata una distinzione generale tra flussi "esterni" che concernono lo scambio di notizie tra i vari settori dell'ente e quelli "interni" che interessano in misura maggiore la presente indagine in quanto strettamente connessi all'attività di sorveglianza sui Modelli organizzativi e con i quali si fa esattamente riferimento ai flussi "da" e "verso" l'Organismo di Vigilanza.

Deve poi tenersi presente l'ulteriore distinzione tra flussi "periodici" e flussi "ad hoc": i primi attengono all'informativa sistematica relativa all'evoluzione delle misure adottate nelle diverse aree della società; i secondi, invece, si ricollegano genericamente all'emersione di una particolare criticità e, segnatamente, al verificarsi o al possibile verificarsi di una violazione del Modello di organizzazione e di gestione. I flussi periodici attengono alla fisiologicità del processo di controllo, quelli "ad hoc" sono relativi a fattispecie peculiari, indicative di specifici rischi in essere.

Il Modello CoSO-ERM²⁵⁷ evidenzia la necessità che nelle aziende siano attivi sistemi in grado di raccogliere ed elaborare le informazioni – sia di fonte esterna che interna – utili²⁵⁸ per conoscere tempestivamente e quindi poter gestire i rischi, così consentendo a ciascuno nell’ambito dell’organizzazione, coerentemente con le proprie responsabilità, di poter assumere decisioni finalizzate al perseguimento degli obiettivi aziendali; senza un sistema informativo efficiente, che consenta all’azienda di conoscere, e quindi anticipare, i rischi connessi allo svolgimento della propria attività, non è evidentemente possibile calibrare azioni di risposta.

Lo strumento di veicolazione dei flussi informativi sono i processi di comunicazione, attraverso cui le informazioni viaggiano nell’ambito della struttura aziendale *bottom-up* e *top-down*, dall’interno all’esterno della società e viceversa. Se tuttavia i processi di comunicazione nei confronti dell’ambiente esterno sono spesso disciplinati normativamente e sono più agevolmente verificabili, della verifica dell’efficacia dei processi comunicativi dentro l’azienda non può dirsi lo stesso. Tale verifica è infatti generalmente ostacolata dalle incoerenze dell’organizzazione, dalla mancata condivisione dei flussi informativi o dal ritardo nella condivisione²⁵⁹.

La questione dei flussi informativi è affrontata anche nelle Linee Guida di Confindustria, le quali osservano che l’obbligo di informazione all’organismo “sembra concepito quale ulteriore strumento per agevolare l’attività di vigilanza sull’efficacia del modello e di accertamento a posteriori delle cause che hanno reso possibile il

²⁵⁷ Si tratta del più diffuso standard internazionale in tema di *enterprise risk management* e sistemi di controllo interno. In base ad esso “La gestione del rischio aziendale è un processo, posto in essere dal consiglio di amministrazione, dal management e da altri operatori della struttura aziendale; utilizzato per la formulazione delle strategie in tutta l’organizzazione; progettato per individuare eventi potenziali che possono influire sull’attività aziendale, per gestire il rischio entro i limiti del rischio accettabile e per fornire una ragionevole sicurezza sul conseguimento degli obiettivi aziendali”.

²⁵⁸ Numerosissime sono le informazioni rilevanti in ambito societario: di natura economico-finanziaria, relative all’attività produttiva, agli sviluppi tecnologici e del contesto merceologico-competitivo di riferimento, di natura legislativa-regolamentare.

²⁵⁹ Il già citato Modello CoSO-ERM ha sul punto sottolineato come “*la comunicazione specifica e diretta, proveniente dal management, ha una forte influenza sui comportamenti del personale in special modo per quanto concerne le sue aspettative e responsabilità*”, con ciò evidenziando la necessità di una comunicazione efficace non solo in termini di mission ma anche dei processi, delle strutture e delle procedure necessari per perseguire gli obiettivi aziendali e affinché sia condivisa la filosofia di gestione del rischio”.

verificarsi del reato”²⁶⁰. La medesima fonte ha evidenziato come l’obbligo di dare informazione all’organismo sia rivolto alle funzioni aziendali a rischio reato e che riguardi “a) le risultanze periodiche dell’attività di controllo dalle stesse poste in essere per dare attuazione ai modelli (report riepilogativi dell’attività svolta, attività di monitoraggio, indici consuntivi, ecc.); b) le anomalie o atipicità riscontrate nell’ambito delle informazioni disponibili”.

L’accento è perciò posto sul contenuto e sulla periodicità da parte dei soggetti tenuti a interagire con l’Organismo di Vigilanza dei flussi informativi che possono raggrupparsi in due tipologie di attività: quella di vigilanza sull’efficacia del Modello, svolta attraverso le risultanze periodiche dell’attività di controllo e quella di accertamento *ex post* delle cause che hanno reso possibile il verificarsi del reato.

È così possibile distinguere un’attività periodica, caratterizzata dal *reporting* sulla concreta attuazione del Modello e dalle verifiche sull’operatività dei presidi di controllo; e un’attività *ad hoc*, focalizzata su singoli fatti anomali.

2.1. I FLUSSI INFORMATIVI PERIODICI

I flussi informativi periodici sono quelli che pervengono costantemente all’Organismo di Vigilanza, talvolta direttamente, talvolta veicolati attraverso l’*Internal Auditing*.

Non hanno ad oggetto il riepilogo dei controlli effettuati ma si concentrano sull’evoluzione dell’attività, evidenziandone gli aspetti più rilevanti in termini di potenziale rischio di commissione di reati e di possibili *deficit* dei presidi di controllo previsti dal Modello. L’articolazione di tali flussi dipende dalle dimensioni dell’ente e dal settore in cui opera ma si è comunque ipotizzata una diversificazione per provenienza – facendosi riferimento alle funzioni interessate ad attività a rischio reato o funzioni di controllo – e per oggetto, collegato invece alla criticità emersa.

Rispetto ai flussi per provenienza è fondamentale che l’informazione si riferisca ai presidi di controllo aziendali evidenziando gli eventi maggiormente significativi e le problematiche eventualmente collegate all’applicazione dei protocolli di prevenzione

²⁶⁰ Linee-Guida, cit. Cap. III, punto 3.

previsti dal Modello. I flussi in esame possono pervenire all'Organismo di Vigilanza dai vari organi della società (C.F.O., Responsabile H.R., Responsabile I.T., dal Responsabile dell'Ufficio legale, ecc.) e dalle funzioni di controllo (per esempio *Internal Audit* e *Compliance*). Spetta all'Organismo di Vigilanza un lavoro di coordinamento e confronto con tali funzioni al fine di condividere eventuali necessità di aggiornamento del Modello, posto che l'informativa periodica deve comunque garantirsi a prescindere dall'attività di interazione.

Ci si è chiesti se il flusso informativo proveniente dalle funzioni appositamente preposte al controllo debba essere diversificato da tutti gli altri ma secondo l'opinione dominante, ipotizzare una distinzione tra flussi rischia di parcellizzare forzatamente l'informativa²⁶¹ la quale, invece, deve essere valutata dai suoi destinatari, a cui spetta anche la selezione dei dati rilevanti²⁶². Imprescindibile è in ogni caso che il percorso del flusso sia descritto in una apposita procedura che specifichi i tempi, i contenuti e le modalità di inoltrò all'OdV.

2.2. I FLUSSI INFORMATIVI “AD HOC”

Si tratta, in questo caso, di notizie provenienti da specifiche aree della struttura societaria relative, per esempio, a procedimenti penali in corso per presunte violazioni del D.lgs. 231/2001, ai risultati di indagini interne a seguito delle quali sono emerse infrazioni del Modello, a procedimenti disciplinari a carico di dipendenti per violazioni sia del Modello che del Codice etico; oppure ancora provenienti da una segnalazione di possibili commissioni di reati e/o violazioni del Modello (c.d. *whistleblowing*).

²⁶¹ L'esempio è quello del rapporto di *audit* che contiene elementi utili a diversi fini, operativi, di *compliance* e riferiti all'informativa economico-finanziaria e che ha come destinatari il Comitato di controllo interno ed il Collegio sindacale.

²⁶² Spezzare il flusso informativo, “*stante l'unitarietà del sistema di controllo interno medesimo, è un esercizio artificioso, che rischia di svilire la pregnanza dell'informativa complessivamente veicolata. Spetterà invece ai soggetti destinatari selezionare, nell'ambito del flusso ricevuto, le informazioni per gli stessi maggiormente rilevanti*”. G.M. GAREGNANI, *La rilevanza dei flussi informativi*, Diritto e pratica delle società, Il Sole 24 Ore, n. 1 – maggio 2011, p. 28.

Rispetto ai primi, si rivela sempre necessaria la proceduralizzazione degli obblighi informativi mentre per i secondi – che saranno oggetto di approfondita analisi – il modello di riferimento è quello statunitense. Sono state infatti le *Federal Guidelines* a prevedere in origine un meccanismo articolato di gestione delle comunicazioni relativi a fatti illeciti commessi in azienda²⁶³.

Passando al contesto italiano, rileva invece la predisposizione dei flussi in esame nei confronti dell'Organismo di Vigilanza e delle loro modalità di comunicazione le quali, come precisato dalla giurisprudenza, devono essere puntualmente specificate.²⁶⁴

Per agevolare la raccolta delle segnalazioni devono dunque svilupparsi diversi canali di comunicazione²⁶⁵, posto che non ogni segnalazione si riferisce ad una violazione del Modello. In tal senso sono significative sia la selezione delle informazioni che la loro veicolazione ad apposite funzioni che curino una sorta di istruttoria²⁶⁶, all'esito della quale si riferirà agli organi competenti ad assumere le opportune valutazioni²⁶⁷.

²⁶³ *"The organization shall take reasonable steps (...) to have and publicize a system, which confidentiality, whereby the organization's employees and agents may report or seek guidance regarding potential or actual criminal conduct without fear of retaliation"*.

²⁶⁴ Il G.I.P. di Milano nell'ordinanza del 20 settembre 2004 ha sottolineato l'insufficienza di prescrizioni generiche e la necessità di disciplinare "un obbligo per i dipendenti, i direttori, gli amministratori della società di riferire all'organismo di vigilanza notizie rilevanti e relative alla vita dell'ente, a violazioni del modello o alla consumazione di reati", nonché quella di illustrare "chiaramente e concretamente le modalità con cui tale informazioni devono essere riportate, e che di tali modalità sia data la più ampia diffusione".

²⁶⁵ Posta ordinaria, fax, caselle di posta elettronica, fax, circuiti internet e intranet.

²⁶⁶ Secondo G.M. GAREGNANI, op. cit., *"La decisione di effettuare ulteriori verifiche o di attivare o meno la successiva fase di accertamento dovrebbe essere prerogativa: per le tematiche riguardanti la contabilità, controlli interni di contabilità, revisione contabili e frodi, del collegio sindacale; per l'infrazione di prescrizioni del codice etico, del garante e del compliance officer (o dell'organismo di vigilanza, nel caso in cui svolga anche le funzioni di garante); per le tematiche riguardanti la responsabilità amministrativa delle società, all'organismo di vigilanza. La successiva fase di audit, qualora il soggetto competente non abbia disposto l'archiviazione, dovrebbe essere esperita dall'internal audit con priorità rispetto agli audit programmati, nel rispetto degli standard internazionali (incluse le interviste al segnalante, alla persona segnalata e a eventuali testimoni) e della normativa (giuslavoristica e relativa alla privacy)"*, p. 29.

²⁶⁷ *"I risultati dell'audit devono essere riportati all'organismo di vigilanza, che, se del caso, deve informare il management richiedendo allo stesso la definizione del piano di azione necessario per la rimozione delle criticità rilevate; il monitoraggio dello stato di avanzamento del piano d'azione potrebbe infine prevedere l'esecuzione di interventi di follow-up sul campo, per verificare l'effettiva risoluzione delle criticità e/o lo stato di avanzamento del piano d'azione. Tutta la procedura, dalla segnalazione iniziale fino alla chiusura delle azioni"*

Sul punto, si è affermato che “l’organo amministrativo dell’ente deve prevedere idonei strumenti, procedure e canali di informazione che consentano all’Organismo di venire tempestivamente a conoscenza di quegli eventi dai quali dipendono i suoi obblighi specifici di attivazione e di avere percezione di inosservanze di controlli o anomalie o insufficienze”²⁶⁸.

2.3. I FLUSSI DELL’ODV VERSO I VERTICI DELLA SOCIETA’

Considerando che l’Organismo di Vigilanza non è munito di poteri gestori bensì di solo monitoraggio sull’efficace attuazione del Modello, alla raccolta delle informazioni segue la loro elaborazione che si traduce nella predisposizione di un’informativa al *management*.

Rispetto alla canalizzazione dei compendi informativi dall’OdV ai soggetti deputati a prendere le decisioni operative spetta prima al primo costruire i percorsi informativi verso gli organi dirigenti e di controllo nonché realizzare incontri periodici di confronto con questi ultimi. Si tratta di attività in genere indicate nei Modelli, dove si indicano quali destinatari dell’informativa dell’OdV il Consiglio di Amministrazione e il Collegio sindacale²⁶⁹. Se il Consiglio di Amministrazione è il fulcro decisionale della società, il Collegio sindacale è l’interlocutore istituzionale dell’OdV²⁷⁰.

correttive, deve essere tracciata e la relativa documentazione deve essere conservata agli atti dell’organismo di vigilanza”, Ibidem.

²⁶⁸ Ernst & Young, *Incontro di lavoro del gruppo ODV*, Roma, 5 maggio 2009, p. 3. Secondo i risultati di tale gruppo di lavoro “Il Modello dovrà quindi, prevedere, ad esempio, che il vertice aziendale o una funzione a ciò delegata informi correttamente e tempestivamente l’Organismo di Vigilanza: di ogni variazione della struttura organizzativa; dei mutamenti intervenuti nelle aree di attività/business dell’ente; di ogni variazione nel prospetto delle norme penali che fungono da presupposto per l’attribuzione della responsabilità amministrativa dell’ente”.

²⁶⁹ Oppure anche al Comitato per il controllo interno. La sopra menzionata proposta AREL indicava quale destinatario dell’informativa *de qua* anche l’assemblea ma tale opzione non ha incontrato il favore dei commentatori, non assumendo l’OdV la veste di organo sociale e ritenendosi che altrimenti vi sarebbe il rischio di attribuirgli responsabilità fisiologicamente estranee.

²⁷⁰ Secondo le Linee-Guida di Confindustria, cit., “i sindaci, infatti, essendo investiti della responsabilità di valutare l’adeguatezza dei sistemi di controllo interno (in modo specifico nelle SPA, quotate e non; in via diretta nelle SRL, in base al dovere di vigilare sulla correttezza dell’amministrazione), dovranno essere sempre informati dell’eventuale commissione dei reati

Si è sul tema pronunciata l'Associazione Italiana degli *Internal Auditors* (A.I.I.A.) che nell'analizzare gli organi e le funzioni preposte al controllo interno aziendale e le relazioni tra di essi intercorrenti²⁷¹, ha previsto differenti tipi di interazioni²⁷² tra gli organi e le funzioni di controllo, per cui assumono rilevanza “la messa in atto di un sistema strutturato di flussi informativi” e “i momenti di comunicazione conoscitiva-partecipativa”²⁷³.

Fondamentale in questa dialettica è dunque la Relazione dell'OdV, documento di sintesi in cui si rendiconta l'attività dell'Organismo e segnatamente: la frequenza delle riunioni tenutesi in un intervallo di tempo di riferimento, il resoconto complessivo dell'attività di vigilanza, di ispezione e di formazione corredato dall'indicazione delle eventuali criticità riscontrate, le segnalazioni ricevute internamente ed esternamente all'ente, gli interventi correttivi proposti e la pianificazione dell'operato successivo.

L'Organismo riceve i report e parimenti li predispone, con diversa cadenza generalmente suddivisa in attività continuativa, periodica e immediata²⁷⁴.

considerati, così come di eventuali carenze del Modello. In taluni casi, rientranti nella patologia aziendale, poi, l'Organismo potrà riferire al collegio sindacale affinché questo si attivi secondo quanto previsto dalla legge”.

²⁷¹ *Corporate Governance Paper 2*, “Approccio integrato al sistema di controllo interno”, 2008, Associazione italiana Internal Auditors, www.aiiaweb.it.

²⁷² Sulla diversificazione dei flussi, in base ad esperienze professionali personali, G.M. GAREGNANI, cit. Secondo l'Autore “il flusso informativo proveniente dall'Organismo di vigilanza può dover essere diversificato a seconda del soggetto che ha commesso la violazione; un'analisi compiuta da chi scrive sulle società dello S&P MIB ha evidenziato che, con riferimento alle violazioni commesse dai soggetti in posizione apicale, a carico dell'Organismo è spesso previsto un obbligo di comunicazione al Consiglio di Amministrazione e al Collegio Sindacale, ovvero al Comitato per il Controllo Interno; per le violazioni commesse dai membri del Consiglio di Amministrazione devono essere informati nella maggioranza dei casi il Consiglio stesso e il Collegio Sindacale, oppure il Comitato per il Controllo Interno; infine, per violazioni che coinvolgono il Collegio Sindacale l'Organismo provvede in genere ad una vasta informativa, coinvolgendo tutti gli organi sociali”, p. 30.

²⁷³ Si evidenzia che il flusso informativo – che dovrebbe avere periodicità almeno semestrale - dovrebbe svilupparsi dal Comitato di Controllo Interno e dal Collegio Sindacale verso l'OdV per i fatti di interesse rispetto all'efficacia del Modello e viceversa dall'OdV verso quegli stessi organi e il CdA relativamente al complessivo funzionamento del Modello e al suo aggiornamento.

²⁷⁴ Sul tema M. MALAVASI, *La regolamentazione dei flussi informativi nel modello organizzativo ex D.lgs. 231/2001*, individua tre linee di report verso il vertice societario assegnate all'OdV: “la prima, su base continuativa, direttamente all'Amministratore Delegato, in forma scritta, anche a mezzo e-mail con richiesta della conferma di lettura, nell'ambito

I destinatari dell'informativa periodica²⁷⁵ sono gli organi amministrativo e di controllo e il suo oggetto è rappresentato dal funzionamento complessivo del Modello, dal suo aggiornamento e dai fatti di rilievo emersi nel corso dell'attività di vigilanza.

3. CANALI INTERNI DI SEGNALAZIONE DELL'ILLECITO: LA DISCIPLINA DEL WHISTLEBLOWING PRIMA DELLA LEGGE N. 179/2017

Si collega ai flussi informativi e più precisamente alle modalità di controllo delle informazioni un sistema più capillare di “segnalazioni protette” degli illeciti che – secondo la terminologia mutuata dall'ordinamento d'origine – prende il nome di *Whistleblowing*²⁷⁶.

dell'informativa sull'attività esercitata. A sua volta, l'Amministratore Delegato informa il Consiglio di Amministrazione. Tale flusso informativo, pertanto, consente di mantenere un costante contatto fra l'Organismo di Vigilanza e la società. Nell'ambito di tale report rientra anche un particolare tipo di attività svolta dall'Organismo di Vigilanza nell'ambito della formazione del personale mediante l'invio di e-mail di aggiornamento su argomenti rilevanti in tema di responsabilità amministrativa degli enti. La seconda, su base periodica, al Consiglio di Amministrazione. In particolare, ad esempio, l'Organismo di Vigilanza comunica: all'inizio di ogni esercizio: il piano delle attività che si intende svolgere nel corso dell'anno, con specificazione della cadenza temporale e dell'oggetto della verifica che si intende compiere (ad es. verifica della mappatura delle aree a rischio, del sistema delle procure, dell'adeguatezza e del rispetto del Modello, dell'adozione di opportune iniziative per la formazione del personale); su base semestrale: una relazione informativa sull'attività di verifica e sull'esito della stessa. Tale comunicazione deve dettagliare il contenuto delle verifiche compiute, specificando le eventuali problematiche riscontrate e le misure adottate di conseguenza; annualmente: una relazione informativa sull'attuazione del Modello da parte della società. Tale comunicazione consente di rendere noto al vertice societario il livello di osservanza delle procedure adottate con il Modello. La terza, immediata, al Consiglio di Amministrazione avente ad oggetto: ogni problematica significativa scaturita dall'attività svolta; eventuali comportamenti o azioni non in linea con le procedure aziendali; la necessità di procedere all'aggiornamento del Modello”, in Resp. amm. soc. ed enti, n. 1, 2010, pp. 88-89.

²⁷⁵ “In assenza di disposizioni in materia, la frequenza minima di tale attività di reporting deve essere definita in relazione allo specifico profilo di rischio dell'azienda in esame. Nella prassi, tuttavia, le relazioni periodiche vengono presentate con cadenza semestrale o, al massimo, annuale”. Così *I flussi informativi*, Edizione 1.0, AODV231, 19 marzo 2012, p. 9.

²⁷⁶ L'espressione è propria del lessico anglosassone e la sua introduzione viene attribuita all'attivista e politico statunitense Ralph Nader il quale, durante una conferenza sulla responsabilità professionale definisce il *whistleblowing* come “l'azione di un uomo o una donna che, credendo che l'interesse pubblico sia più importante dell'interesse

Posto che in Italia non si è ancora ben individuato un termine (o una formula) adeguata ad evocare la figura anglosassone²⁷⁷, se il *whistleblower* è letteralmente un informatore, con l'espressione *Whistleblowing* si fa riferimento alla rivelazione, da parte dei membri di un'organizzazione, di pratiche illegali, illegittime o più semplicemente immorali, a soggetti o organi in grado di adottare efficaci azioni di risposta alle suddette pratiche.

Nel nostro ordinamento – prima che nel settore privato del quale si dirà meglio in seguito - la figura ora in esame ha fatto il suo ingresso a seguito delle modifiche apportate dalla Legge n. 190/2012 – cui si è fatto nel capitolo precedente riferimento – contenente la disciplina anticorruzione.

Tale legge è infatti intervenuta sul D.lgs. n. 165/2001²⁷⁸ delineando all'art. 54-*bis* la “tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti” stabilendo che “il pubblico dipendente che denuncia all'autorità giudiziaria o alla Corte dei conti, ovvero riferisce al proprio superiore gerarchico condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro, non può essere sanzionato, licenziato o sottoposto ad una misura discriminatoria, diretta o indiretta, avente effetti sulle condizioni di lavoro per motivi collegati direttamente o indirettamente alla denuncia”²⁷⁹.

dell'organizzazione di cui è al servizio, denuncia/segna che l'organizzazione è coinvolta in un'attività irregolare, illegale, fraudolenta o dannosa”.

²⁷⁷ Come confermato dall'Accademia della Crusca – interpellata sul tema – attraverso una nota lessicale, non esiste un termine italiano che ben possa corrispondere alla parola e ciò “deriva dall'assenza di un riconoscimento a tale figura nel nostro sistema socio-culturale o perlomeno dalla solo recente attenzione riservatela”. Sulla corretta denominazione dell'agente, il *whistleblower*, è stata sottolineata la necessità di rinvenire una formula che, da un lato, non comunichi immagini deteriori o in odore di pentitismo, come nel caso di espressioni quali “informatore”, “delatore”, “collaboratore di giustizia”, dall'altro restituisca la rilevanza del soggetto senza scadere ora in inefficaci ricalchi dall'originale inglese, come avvenuto coi vari “fischiatori” e “soffiatori” già ricorsi sulla stampa nazionale, ora in espressioni troppo composite e di debole richiamo, quali “lanciatore d'allerta” o “vedetta civica”. Così P. SEVERINO e R. CANTONE, *Il whistleblowing e la prevenzione della corruzione. L'esperienza americana e le novità normative italiane*, Convegno tenutosi a Roma il 6 maggio 2015. Ancora, l'espressione “relatore”, secondo L. ARNAUDO, “risulta sufficientemente neutra e (...) presenta la qualità intellettuale di rifarsi alle stesse origini giuridiche dell'istituto”, *Whistleblowing: le parole e le cose*, Mercato, concorrenza e regole, 2015, vol. 2, p. 347.

²⁷⁸ Si tratta del T.U.P.I., Testo Unico sul pubblico impiego.

²⁷⁹ La tutela – secondo quanto previsto dalla norma – è offerta purché l'autore della segnalazione non versi in responsabilità per calunnia e diffamazione, ovvero in responsabilità

La *ratio* politico-criminale che ha ispirato l'intervento nella materia in esame, peraltro condivisa sul piano internazionale²⁸⁰, si basa sull'innalzamento degli *standard* morali per contrastare la diffusione del fenomeno corruttivo, il quale, secondo osservazioni di natura socio-culturale, è meno diffuso "quanto maggiore è la forza delle convinzioni personali e delle cerchie sociali di riconoscimento favorevoli al sistema di valori che sostiene il rispetto della legge"²⁸¹.

Secondo tale visione, una efficace contropinta alla criminalità economica – seppur limitatamente ad alcune fattispecie penali – è rappresentata proprio dai "controllori occasionali" i quali, incoraggiando la segnalazione di condotte illegali attraverso un atto di dissenso aumenterebbero le *chances* di intercettare i progetti criminosi dei colletti bianchi; l'importanza di questi controllori non istituzionali secondo alcuni andrebbe anzi incentivata tramite forme di premialità²⁸².

per fatto illecito derivante dal medesimo titolo. Inoltre, salvi gli obblighi di denuncia previsti dalla legge, l'identità del segnalante non può essere rivelata, senza il suo consenso.

²⁸⁰ In ambito internazionale sono stati diversi gli interventi volti a sollecitare gli Stati per l'introduzione di specifiche disposizioni normative in materia di *Whistleblowing* tra cui hanno rilievo principale: la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla corruzione del 4 novembre 1999 che richiede agli Stati membri l'introduzione di meccanismi di protezione adeguata per i dipendenti che in buona fede denunciano di fatti di corruzione; la Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione del 31 ottobre 2003 che richiede agli Stati aderenti di prevedere meccanismi di tutela per le persone che segnalano fatti di corruzione; la "*Recommendation of the Council on Guidelines for managing conflict of interest in the public service*" dell'OCSE del 28 maggio 2003, che include principi generali per favorire l'adozione da parte degli Stati di procedure di *Whistleblowing* che prevedano la protezione dei segnalanti da eventuali ritorsioni e regole per impedire eventuali abusi dei meccanismi di denuncia, www.oecd.org.

²⁸¹ "Nell'elaborazione delle politiche di contrasto si avverte la necessità di rendere efficace non solo la repressione del fenomeno, ma anche e prima ancora, la prevenzione dello stesso, intervenendo sull'integrità dei funzionari pubblici, quindi, tra l'altro, sulla disciplina dei codici di condotta, delle incompatibilità, della responsabilità disciplinare, oltre che sui controlli da parte delle singole amministrazioni. Si reputa essenziale imporre l'adozione, da parte delle singole amministrazioni, di <<adeguati piani interni con finalità di prevenzione>>, che individuino i settori nei quali si annida il rischio corruttivo, oltre che, le <<adeguate soluzioni organizzative volte ad abbattere o ridurre quel rischio>> e <<introdurre un'adeguata tutela di chi denuncia i fenomeni corruttivi, i Whistleblowers>>". Così G. AMATO, *Profili penalistici del whistleblowing. Una lettura comparatistica dei possibili strumenti di prevenzione della corruzione*, Riv. trim. dir. pen. ec., 2014, vol. 3-4, pp. 550-551.

²⁸² Secondo F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., "potrebbe rivelarsi opportuno estendere il meccanismo premiale ai dipendenti della società in possesso dell'informazione necessaria ad attivare i rimedi impeditivi". Anche FORTI G., *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da "mani pulite"*, Vita e Pensiero, 2003, pp. 87 e ss., rileva come la questione non attiene solo alla funzionalità degli incentivi monetari alla

La disciplina delle segnalazioni interne e la tutela del segnalante sul versante pubblicistico sono state recentemente rafforzate con l'introduzione della Legge 179/2017. Il medesimo provvedimento legislativo – di cui si dirà meglio a breve – risiede tuttavia nell'aver istituzionalizzato la figura del *Whistleblowing* nel settore privato.

3.1. SEGUE: WHISTLEBLOWING E ALTRE NORMATIVE DI SETTORE

Prima di analizzare il recentissimo inserimento dell'istituto del *Whistleblowing* nel settore privato e segnatamente nella disciplina della responsabilità degli enti, deve precisarsi che la logica della segnalazione interna ha in realtà ispirato ulteriori settori rispetto a quello pubblico da ultimo indicato²⁸³.

Nel Testo Unico della Finanza, a seguito del recepimento delle Direttive MiFID II e MiFIR è stata per esempio introdotta una disciplina per le segnalazioni delle violazioni nel settore del mercato finanziario. Agli artt. 4-*undecies* e 4-*duodecies* del T.U.F. sono state inserite due forme di *whistleblowing*, rispettivamente interno ed esterno. Per il *whistleblowing* interno si è stabilito che tutti gli intermediari finanziari e assicurativi, “adottano procedure specifiche per la segnalazione al proprio interno, da parte del personale, di atti o fatti che possano costituire violazioni delle norme disciplinanti l'attività svolta, nonché del Regolamento (UE) n. 596/2014”. È previsto che tali procedure garantiscano la riservatezza del segnalante, l'assenza di condotte ritorsive

denuncia, riguardando altresì “*le condizioni di sistema capaci di orientare all'interpretazione delle situazioni in termini di opportunità non criminale*”, ossia di sottrarsi all'automatica obbedienza denunciando.

²⁸³ In effetti, anteriormente alla Legge Severino del 2012 già l'art. 20 del D.lgs. 81/2008 (Testo Unico in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro) ha posto a carico del lavoratore una serie di obblighi, tra cui quello di segnalare immediatamente al datore di lavoro le anomalie presenti nel settore di riferimento (in attrezzature, sostanze, materiali e dispositivi). Tale obbligo sussiste anche per le ipotesi in cui le anomalie non siano fonte di pericolo imminente per i lavoratori; nel caso invece di pericolo “grave e imminente” è richiesto che il lavoratore, unitamente alla segnalazione, si attivi per rimuovere il pericolo, compatibilmente con le proprie capacità e competenze. A dover essere segnalate sono carenze in ambito lavorativo e non invece quelle preesistenti della cui rimozione deve occuparsi il datore di lavoro. Le segnalazioni in tale materia si effettuano per iscritto per il tramite del Responsabile dei Lavoratori per la Sicurezza (cui spetta assicurare eventualmente l'anonimato del segnalatore).

nei suoi confronti e la presenza di un canale specifico, autonomo e indipendente per la segnalazione.

Altro settore che prevede un sistema di segnalazioni interne abbastanza dettagliato è quello bancario. Secondo l'art. 52-*bis* del T.U.B. tale sistema di violazioni deve garantire la riservatezza dei dati personali del segnalante e del presunto responsabile della violazione, tutelare adeguatamente il soggetto segnalante contro condotte ritorsive discriminatorie o comunque sleali conseguenti la segnalazione e assicurare per la segnalazione – parimenti alla disciplina del settore finanziario – uno specifico, indipendente e autonomo canale²⁸⁴.

Anche la normativa antiriciclaggio – come da ultimo modificata dal D.lgs. 90/2017²⁸⁵ – ha previsto che i destinatari degli adempimenti previsti dal D.lgs. 231/2007 istituiscano “procedure per la segnalazione al proprio interno (...) di violazioni, potenziali o effettive, delle disposizioni dettate in funzioni di prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo”. Con la riforma della disciplina antiriciclaggio si è inoltre espressamente richiesto che le menzionate procedure siano predisposte in modo da garantire segnalazioni in forma anonima.

Da ultimo, anche in materia di trattamento di dati personali e secondo quanto richiesto dal Regolamento (UE) 2016/679 (meglio noto come GDPR) deve costruirsi un canale *whistleblowing* in modo da definire in maniera esaustiva i ruoli attribuiti ai vari attori

²⁸⁴ È possibile che le banche esternalizzino l'attività di ricezione, esame e valutazione della segnalazione che può provenire anche da “non dipendenti” e da coloro che operano sulla base di rapporti che ne determinano l'inserimento dall'organizzazione aziendale, anche in forma diversa dal rapporto di lavoro subordinato (art. 1, comma 2, lett. h-novies T.U.B.). Sul tema, Banca d'Italia ha inserito nelle proprie Disposizioni di vigilanza per le banche del 2013 la Sezione VIII relativa ai “Sistemi interni di segnalazione delle violazioni” chiarendo che l'ambito di applicazione di tali sistemi è limitato ad “atti o fatti che possano costituire una violazione di norme disciplinanti l'attività bancaria”. Inoltre, quali ulteriori e specifiche cautele sono previsti canali alternativi a disposizione del segnalante in modo da assicurare che il soggetto preposto alla ricezione e all'esame della segnalazione non sia gerarchicamente o funzionalmente subordinato al soggetto segnalato, non sia esso stesso il presunto responsabile della violazione e non abbia un potenziale interesse correlato alla segnalazione tale da inficiare l'imparzialità e l'indipendenza di giudizio; peraltro, i soggetti preposti non possono partecipare all'adozione degli eventuali provvedimenti decisionali, che sono rimessi alle funzioni o agli organi aziendali competenti.

²⁸⁵ Si tratta del Decreto Legislativo del 25 maggio 2017 con cui il Legislatore italiano ha recepito la IV Direttiva Antiriciclaggio (2015/849/UE).

coinvolti nelle procedure di riferimento, da garantire adeguate misure di sicurezza del dato personale e sensibile trattato e da rispettare i principi operanti nel settore della *data retention*²⁸⁶.

3.2. IL WHISTLEBLOWING E LA LEGGE N. 197/2017

Il 14 dicembre 2017 – all’esito di un lunghissimo *iter* parlamentare²⁸⁷ - è stata pubblicata in Gazzetta Ufficiale la Legge 179/2017 recante “*Disposizioni per la tutela*

²⁸⁶ Già le *Guidelines on processing personal information within a whistleblowing procedure* della *European Data Protection Supervisor* avevano dettato indicazioni per la creazione di “*whistleblowing schemes*” da parte delle istituzioni e delle amministrazioni pubbliche, suggerendo l’inserimento dei seguenti elementi: canali di comunicazione interna ed esterna con specifica definizione delle finalità delle segnalazioni; garanzie adeguate sulla riservatezza delle informazioni ricevute e sulla protezione delle identità dei segnalatori e di tutte le persone coinvolte; la corretta applicazione del principio della minimizzazione del trattamento dei dati; la puntuale spiegazione del concetto di “informazioni personali” e di chi siano le “persone interessate”; una procedura a due fasi, la prima per informare genericamente ogni categoria di soggetti interessati sulle modalità di trattamento dei loro dati e la seconda più dettagliata per i soggetti direttamente coinvolti nella specifica segnalazione; periodi di conservazione dei dati proporzionati a ciascun singolo caso di segnalazione; misure organizzative e tecniche di sicurezza basate su un’adeguata valutazione dei rischi.

²⁸⁷ Il progetto per l’introduzione del *Whistleblowing* nel nostro ordinamento risale al 2015 e, precisamente, alla proposta di legge presentata dall’On. Francesca Businarolo. Assegnato alle Commissioni riunite II (Giustizia) e XI (Lavoro pubblico e privato), in sede referente, il 23 ottobre 2015 con pareri delle Commissioni I (Affari costituzionali), V (Bilancio), VIII (Ambiente), X (Attività produttive), XII (Affari sociali), XIV (Pol. Unione europea). Esaminato dalle Commissioni riunite II (Giustizia) e XI (Lavoro pubblico e privato), in sede referente, in data 29 ottobre 2015; 17, 18 e 19 novembre 2015. Esaminato in Aula in data 23 novembre 2015; 20 gennaio 2016 ed approvato il 21 gennaio 2016. Senato della Repubblica (atto n. 2208): Assegnato alle Commissioni riunite 1a (Affari costituzionali) e 2a (Giustizia), in sede referente, il 3 febbraio 2016 con pareri delle Commissioni 5a (Bilancio), 10a (Industria), 11a (Lavoro), 14a (Unione europea). Nuovamente assegnato alla 1a Commissione permanente (Affari costituzionali), in sede referente, il 3 maggio 2016 con pareri delle Commissioni 2a (Giustizia), 5a (Bilancio), 10a (Industria), 11a (Lavoro), 14a (Unione europea). Esaminato dalla 1a Commissione permanente (Affari costituzionali), in sede referente, in data 28 settembre 2016; 5, 11, 18, 26 ottobre 2016; 3, 10, 15, 16, 22 novembre 2016; 28 febbraio 2017; 14 marzo 2017; 6 aprile 2017; 10, 16 maggio 2017; 6, 28 giugno 2017; 11 luglio 2017; 10 ottobre 2017. Esaminato in Aula in data 4 luglio 2017; 11, 12, 17 ottobre 2017 ed approvato con modificazioni in data 18 ottobre 2017. Camera dei deputati (atto n. 3365-B): Assegnato alle Commissioni riunite II (Giustizia) e XI (Lavoro pubblico e privato), in sede referente, il 20 ottobre 2017 con pareri delle Commissioni I (Affari costituzionali), V (Bilancio), X (Attività produttive). Esaminato dalle Commissioni riunite II (Giustizia) e XI (Lavoro pubblico e

degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un lavoro pubblico o privato”.

Tale legge comprende tre soli articoli attraverso si è proceduto a modificare la disciplina del *Whistleblowing* contenuta nella L. 190/2012 (art.1); ad introdurre la medesima disciplina all'interno del D.lgs. 231/2001 (art. 2); a coordinare l'istituto con la disciplina giuslavoristica e della privacy (art. 3).

Per quanto concerne il settore pubblico, all'art. 54-*bis* del T.U.P.I. si è previsto che il dipendente pubblico²⁸⁸ che, nell'interesse dell'integrità della pubblica amministrazione, segnali al Responsabile della Prevenzione della corruzione dell'ente o all'Autorità Nazionale Anticorruzione o denunci all'autorità giudiziaria ordinaria o contabile condotte illecite o abusi conosciuti in ragione del rapporto di lavoro, non possa essere soggetto a sanzioni, demansionamento, licenziamento, trasferimento o sottoposto ad altre misure che abbiano un effetto negativo sulle condizioni di lavoro a causa della segnalazione stessa. Si è sostanzialmente potenziato il ruolo dell'A.N.A.C., attribuendo a quest'Autorità competenze anche rispetto all'istruttoria volta all'accertamento delle *wrongdoings*²⁸⁹.

privato), in sede referente, in data 24 ottobre 2017; 7 e 9 novembre 2017. Esaminato in Aula in data 14 novembre 2017 ed approvato definitivamente in data 15 novembre 2017.

²⁸⁸ La novella legislativa ha ampliato il significato di dipendente pubblico che oltre a comprendere il lavoratore di una Pubblica Amministrazione, di un ente pubblico economico o di un ente privato sottoposto al controllo pubblico si riferisce anche ai lavoratori e ai collaboratori “delle imprese fornitrici di beni o servizi e che realizzano opere in favore dell'amministrazione pubblica”.

²⁸⁹ Più nel dettaglio, le segnalazioni vanno inviate al Responsabile della Prevenzione e della Trasparenza di cui all'art. 7 della L. 190/2012 e all'A.N.A.C. – che informa il Dipartimento della Funzione Pubblica - laddove invece le denunce sono raccolte dall'Autorità giudiziaria ordinaria e contabile. Per quanto concerne la procedura sanzionatoria amministrativa di cui ai commi 6, 7, 8 e 9, l'A.N.A.C. è competente dell'istruttoria volta ad accertare: l'adozione di misure antidiscriminatorie nei confronti del *whistleblower* pubblico; l'assenza di procedure per l'inoltro e la gestione delle segnalazioni ovvero l'adozione di procedure non conformi a quelle di stabilite dal comma 5; il mancato svolgimento da parte del responsabile di attività di verifica e analisi delle segnalazioni ricevute e la conseguente irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie (che devono essere parametrare alle dimensioni dell'amministrazione o dell'ente cui si riferisce la segnalazione). Per quanto attiene alla posizione del segnalante è previsto a carico dell'ente l'onere di provare che eventuali misure disposte nei suoi confronti siano motivate da ragioni estranee alle segnalazioni. Nel caso in cui venisse dimostrato il collegamento tra il licenziamento e i fatti legati alla segnalazione è previsto il diritto alla reintegra nel posto di lavoro per il soggetto; qualora invece sia accertata la responsabilità civile o penale di

Passando all'art. 3 - riservando ad apposita disamina l'intervento normativo sul D.lgs. 231/2001 – la Legge del 2017 introduce invece, sia per le segnalazioni nel settore pubblico che in quello privato, una scriminante come giusta causa di rivelazione del segreto d'ufficio, del segreto professionale, del segreto scientifico o industriale²⁹⁰ nonché di violazione dell'obbligo di fedeltà all'imprenditore²⁹¹ il perseguimento dell'interesse alle integrità delle amministrazioni pubbliche e private e alla repressione delle condotte illecite²⁹².

3.3. IL WHISTLEBLOWING E LA LEGGE N. 197/2017: LE MODIFICHE AL D.LGS. 231/2001

Nell'ormai più volte richiamata prospettiva di indurre le società l'adozione di sistemi di *corporate* e di *control governance* a carattere prevalentemente endogeno, in quanto promossi, gestiti e fatti funzionare all'interno e dall'interno delle società stesse si inserisce la logica preventiva delle segnalazioni del *Whistleblowing* che la Legge 197/2017 innesta nel D.lgs. 231/2001.

Come già riferito, l'art. 6, comma 2, del Decreto 231 dispone che perché i Modelli siano considerati idonei a prevenire il rischio-reato devono prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'Organismo di Vigilanza ovvero procedure, flussi di informazione e altri strumenti atti a dare trasparenza nell'operare quotidiano, quali le segnalazioni alle quali sono tenuti i responsabili delle varie funzioni; in relazione al rischio di illeciti commessi dai dipendenti, invece, l'art. 7, comma 3, si prevede che i Modelli contengano misure idonee a scoprire tempestivamente le situazioni di rischio. In generale, quindi, tutti i soggetti legati a vario titolo all'ente e soggetti all'operatività

quest'ultimo (all'esito di giudizio di primo grado per calunnia o diffamazione o altri reati commessi con la propria denuncia) per dolo o colpa grave, tali tutele non opereranno.

²⁹⁰ Si tratta delle fattispecie previste dagli articoli 326, 622 e 623 c.p.

²⁹¹ Disciplinata dall'art. 2105 c.c.

²⁹² La giusta causa non opera ove l'obbligo di segreto professionale gravi su chi sia venuto a conoscenza della notizia in ragione di un rapporto di consulenza professionale o di assistenza con l'ente, l'impresa o la persona fisica interessata.

delle disposizioni del Modello di Gestione e Organizzazione sono investiti di un obbligo di segnalazione diretto all'Organismo di Vigilanza che – ferme restando le conseguenze disciplinari – non è assistito da una sanzione diretta.

Prima del 2017 la segnalazione interna all'ente non era legislativamente disciplinata e il *Whistleblower* non aveva un proprio statuto legale.

Con l'art. 2 della Legge n. 197 è stato invece esteso il novero di soggetti obbligati a dotarsi di un sistema di *Whistleblowing*, modificando l'art. 6 del D.lgs. 231/2001 attraverso l'inserimento dei commi *2-bis*, *2-ter* e *2-quater*.

Ai sensi del comma *2-bis* i Modelli di Organizzazione e di Gestione dovranno prevedere, tra l'altro: a) uno o più canali che consentano²⁹³ a coloro che a qualsiasi titolo rappresentino o dirigano l'ente di presentare, a tutela dell'integrità dell'ente, segnalazioni circostanziate di condotte illecite, rilevanti e fondate su elementi di fatto precisi e concordanti, o di violazioni del modello dell'ente, di cui siano venuti a conoscenza in ragione delle funzioni svolte; b) canali alternativi di segnalazione, di cui almeno uno idoneo a garantire, anche con modalità informatiche, la riservatezza dell'identità del segnalante; c) misure idonee a tutelare l'identità del segnalante e a mantenere la riservatezza dell'informazione in ogni contesto successivo alla segnalazione, nei limiti in cui l'anonimato e la riservatezza siano opponibili per legge; d) il divieto di atti di ritorsione o discriminatori, diretti o indiretti, nei confronti del segnalante, fatto salvo il diritto degli aventi causa di tutelarsi qualora siano accertate in capo segnalante responsabilità di natura penale o civile legate alla falsità della dichiarazione; e) nel sistema disciplinare adottato ai sensi del comma 2, lettera e), sanzioni nei confronti di chi viola gli obblighi di riservatezza o compie atti di ritorsione o discriminatori nei confronti del segnalante.

Si prevede al comma *2-ter* che l'adozione di misure discriminatorie nei confronti dei soggetti che effettuano le segnalazioni di cui al comma *2-bis* possa essere denunciata all'Ispettorato nazionale del lavoro, per i provvedimenti di propria competenza, oltre

²⁹³ Nella versione del DDL precedente agli emendamenti apportati dal Senato e dalla Commissione permanente Affari costituzionali si faceva riferimento ad un "obbligo" a carico dei soggetti apicali e subordinati; previsione poi modificata in quanto si è ritenuto che potesse generare un trattamento differenziato e ingiustificato tra il personale appartenente ad un ente dotato di Modello e quello di un ente sprovvisto.

che dal segnalante, anche dall'organizzazione sindacale indicata dal medesimo. Secondo il comma 2-*quater* è nullo il licenziamento ritorsivo o discriminatorio del soggetto segnalante, così come il mutamento di mansioni e qualsiasi altra misura ritorsiva o discriminatoria nei suoi confronti adottata; è anzi onere del datore di lavoro – in caso di controversie legate all'irrogazione di sanzioni disciplinari o a demansionamenti, licenziamenti, trasferimenti o sottoposizione del segnalante ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro, successivi alla presentazione della segnalazione, dimostrare che tali misure sono fondate su ragioni estranee alla segnalazione stessa.

Pertanto, il Legislatore non ha solo introdotto precisi e puntuali presidi da adottare rispetto ai Modelli di organizzazione ma ha elevato quegli stessi presidi a criterio di idoneità dei Modelli, con ciò rendendo necessario i relativi aggiornamenti da parte di tutte le realtà organizzate. In altri termini, il giudice che dovrà valutare la sussistenza degli elementi previsti dall'art. 6, comma 1, sarà tenuto a considerare altresì la sussistenza dei canali di segnalazione dell'ente e del loro effettivo funzionamento.

3.4. BREVE ANALISI DELLA NOVELLA LEGISLATIVA

Da un rapido esame delle disposizioni è possibile entrare nel merito dei requisiti dei canali di segnalazione.

Per quanto riguarda i soggetti che possono effettuare le segnalazioni, il Legislatore ha rinviato al novero di soggetti di cui all'art. 5 del Decreto, circoscritto al personale dell'ente²⁹⁴, per quanto nulla esclude che gli enti privati prevedano la possibilità anche per figure esterne che entrino in contatto con l'ente di effettuare le segnalazioni.

²⁹⁴ Tale scelta ha destato qualche perplessità. Secondo M. PANSARELLA, *Problematiche giuridiche e organizzative del whistleblowing nei modelli 231*, in Resp. amm. delle società e degli enti, vol. 1, 2018, il novero dei soggetti “solleva il dubbio che lo stesso possa risultare, nell'applicazione concreta, eccessivamente ristretto rispetto agli obiettivi che il legislatore intendeva raggiungere nel momento in cui si è determinato ad introdurre, al pari di altri ordinamenti, il whistleblowing quale strumento di lotta alla corruzione e, più in generale, quale mezzo per far emergere il malaffare”; l'Autore reputa più sensata la scelta del Legislatore con riguardo alle segnalazioni nel mondo pubblico – che si applica anche ai lavoratori e ai collaboratori delle imprese fornitrici di beni e servizi e che realizzano opere in favore

Rispetto all'oggetto della segnalazione la norma prevede che esso sia costituito dalle condotte illecite rilevanti ai sensi del Decreto e dalle violazioni del Modello. Posto che non può certamente affidarsi al segnalante la valutazione sul tipo di fattispecie integrata, senz'altro l'espressione "condotta illecita" è tipica del diritto penale; d'altro canto, il concetto di illiceità è abbastanza elastico, motivo per cui il Legislatore ha specificato che la condotta illecita debba essere rilevante ai sensi del "presente Decreto" e che la stessa illiceità debba basarsi su elementi precisi e concordanti.

Ne consegue che dovranno escludersi le fattispecie non contemplate dall'elenco dei reati-presupposto e che, da un punto di vista probatorio, è richiesto che la segnalazione sia corroborata da fatti di un certo rilievo. La qualificazione degli elementi come precisi e concordanti richiama la regola di cui all'art. 192, comma 2, c.p.p. secondo cui l'esistenza di un fatto non può essere dedotta da indizi a meno che non siano "gravi, precisi e concordanti"²⁹⁵.

L'art. 2-bis indica invece alcune delle caratteristiche richieste ai canali di segnalazione e, *in primis*, l'esistenza di più di un canale di questo tipo. Ciò che la norma sottintende è che per poter garantire la possibilità a tutti i soggetti di cui all'art. 5, comma 1, di effettuare le segnalazioni si rende necessaria – pena, l'inidoneità del Modello - l'istituzione di più canali²⁹⁶.

A conferma del fatto che debbano prevedersi diversi canali, si richiede che gli stessi siano idonei a garantire la riservatezza del segnalante con modalità informatiche²⁹⁷ così

dell'amministrazione pubblica – ritenendo che il "vantaggio che intende conseguire una simile previsione normativa nell'estendere il set dei benefici accordati dalla legge (la tutela del segnalanti) anche a soggetti "esterni" all'amministrazione, è quello di ottenere una più ampia incentivazione a segnalare le cattive prassi, garantendo in tal modo una più ampia tutela".

²⁹⁵ Come noto, l'indizio è grave quando è dotato di un grado di persuasività talmente elevato da resistere a eventuali obiezioni, è preciso quando non è suscettibile di diverse interpretazioni ed è concordante con altri indizi confluiscie nella stessa direzione di questi ultimi.

²⁹⁶ "Tale è il caso di quelle organizzazioni che, ad esempio, si caratterizzano per la presenza di un numero di operai impiegati nel sito produttivo ai quali l'organizzazione non assegna un personal computer. In questi casi, quindi, sarà gioco forza dover prevedere canali di segnalazione alternativi (ad esempio, di tipo cartaceo), in quanto un sistema di whistleblowing fruibile solo per mezzo dei sistemi informatici aziendali, non consentirebbe a tali soggetti di poter usufruire del sistema", M. PANSARELLA, op.cit., p. 283.

²⁹⁷ "Da tutto ciò possiamo concludere che (...) è definitivamente venuta meno la possibilità di ritenere assolto il requisito del whistleblowing con le artigianali caselle di posta elettronica

volendosi incentivare la progettazione di sistemi di segnalazione ben strutturati²⁹⁸. Pur non potendosi affrontare in modo approfondito sul tema, uno degli aspetti principali della nuova normativa è infatti la tutela della riservatezza. A riguardo, la legge stabilisce che i Modelli sanciscano il divieto di atti di ritorsione e discriminatori – diretti o indiretti – nei confronti del segnalatore per quanto riferito (con contestuale previsione, tra l’altro, di sanzioni disciplinari per chi viola le misure di tutela del segnalante); d’altro canto, deve sottolinearsi come tuttavia le disposizioni non ammettano l’anonimato e come il sistema abbia quindi disegnato una dettagliata protezione al *whistleblower* che palesi la propria identità.

3.5. I RAPPORTI TRA WHISTLEBLOWING E ORGANISMO DI VIGILANZA

Con specifico riguardo all’oggetto di indagine del presente elaborato è poi necessario analizzare i rapporti creatisi a seguito della novella legislativa tra il *whistleblowing* e l’Organismo di Vigilanza.

Per quanto concerne il destinatario delle segnalazioni, infatti, fino all’attuale modifica normativa, la logica del *whistleblowing* è stata ricondotta (non senza difficoltà²⁹⁹) nell’alveo dei flussi informativi verso l’Organismo di Vigilanza il quale, in ragione dei requisiti che lo caratterizzano – in via principale quello di indipendenza – rappresenta la struttura dell’ente maggiormente qualificata alla gestione delle segnalazioni di fatti

dedicata all’OdV, in quanto non in grado di garantire la riservatezza sull’identità del segnalante”, Ibidem.

²⁹⁸ Si rivela in tal senso utile l’esperienza di altri ordinamenti giuridici la quale ha contribuito a diversificare i metodi e gli strumenti di *whistleblowing*. Sono stati ideati numeri “verdi” indicati su avvisi, poster, flyer affissi in tutti gli uffici e locali dell’ente e gestiti da soggetti terzi tramite *call-center*; piattaforme informatiche aziendali; pagine web consultabili da qualsiasi pc connesso alla rete.

²⁹⁹ Sono state riscontrate difficoltà applicative – spesso tradottesi in una sostanziale inutilizzazione dei canali di segnalazione in esame - quali, ad esempio, nell’ipotesi di un Organismo di Vigilanza a composizione collegiale-mista quella di assicurare la giusta riservatezza soprattutto da parte del soggetto inserito nell’organizzazione aziendale; oppure, ancora, nelle multinazionali appartenenti ad un gruppo, l’impossibilità di usufruire dei canali di segnalazione già predisposti dalle *holding* straniera, validi in tutti gli stati, ma organizzati in modo tale da far pervenire le segnalazioni a funzioni aziendali dedicate diverse dall’OdV.

di particolare sensibilità. Il nuovo comma 2-bis non fa riferimento all'Organismo di Vigilanza, non menzionandolo affatto.

Ora, se tale silenzio del Legislatore è stato interpretato nel senso che le previsioni sui canali di segnalazione possano ritenersi integrate anche da sistemi già esistenti purché rispettosi dei parametri richiesti dalla legge, il ruolo dell'Organismo di Vigilanza viene ridisegnato, ponendosi comunque come cruciale: l'ampiezza dei controlli di sua pertinenza – e le relative modalità con cui questi controlli si esplicano - risulta in effetti arricchita dalle integrazioni del Modello richieste dalla novella legislativa.

L'Organismo dovrà anzitutto sovrintendere all'integrazione del Modello proprio alla luce dell'introduzione della disciplina del *whistleblowing*, supportare la predisposizione di una procedura di segnalazione, verificare l'adeguatezza dei canali informativi predisposti e in particolare di quello di cui si richiede lo sviluppo con modalità informatiche nonché del corretto utilizzo di tali canali da parte dei segnalanti, vigilare il rispetto del divieto di atti di ritorsione o discriminatori di cui si è sopra riferito. Non potrà neppure prescindere dalla verifica dell'attività di formazione dei dipendenti e dei collaboratori delle società che hanno adottato il sistema del *whistleblowing*³⁰⁰.

In ogni caso, i commentatori si sono già espressi nel senso dell'individuazione dell'Organismo di Vigilanza quale destinatario delle segnalazioni³⁰¹; siffatta opzione appare infatti in linea con il complessivo impianto del D.lgs. 231/2001 anche secondo quanto riferiscono le associazioni di categoria. Le Linee Guida di Confindustria –

³⁰⁰ Secondo A. DE NICOLA e I. ROTUNNO, *“l’OdV dovrà sovrintendere alla formazione dei dipendenti e dei collaboratori delle società che hanno adottato un sistema di whistleblowing “231” e che dovrà illustrare, a titolo esemplificativo: i tratti principali della nuova disciplina, tra cui figurano l’ambito di operatività della segnalazioni, la garanzia della riservatezza dei segnalanti, il divieto di atti ritorsivi nei confronti di questi e il divieto di effettuare intenzionalmente segnalazioni infondate; l’appartato sanzionatorio istituito a tutela dei segnalanti e del corretto uso dei canali informativi, integrato nel Modello e volto a garantire l’adeguato funzionamento del sistema di whistleblowing; il materiale funzionamento e le modalità di accesso ai tool impiegati dalla società al fine di adempiere alla previsione delle lettere b) del nuovo comma 2-bis dell’art. 6 Decreto 231 sopra menzionato”*, *Whistleblowing e Organismo di Vigilanza ex D.lgs. 231/2001: quali prospettive?*, www.orrick.com.

³⁰¹ *“ (...) soffermando l’attenzione sulle disposizioni di cui alla lett. b del nuovo comma 2-bis dell’art. 6 del Decreto 231 più volte menzionato, ove è previsto l’allestimento di un canale alternativo di segnalazione con modalità informatiche, si ritiene infine che l’OdV – pur mantenendo la titolarità del presidio – ben possa affidare in outsourcing la gestione di tali adempimenti”*, *Ibidem*.

affrontando il tema degli obblighi di informazione verso l'Organismo di Vigilanza - parlano infatti di *“procedure, flussi di informazione e altri strumenti atti a dare trasparenza nell'operare quotidiano, quali le segnalazioni alle quali sono tenuti i responsabili delle varie funzioni”* ed anzi hanno evidenziato – prima della novità legislativa - l'opportunità di prevedere misure deterrenti contro ogni informativa impropria, sia in termini di contenuti che di forma, precisando che mediante la regolamentazione delle modalità di adempimento all'obbligo di informazione *“non si intende incentivare il fenomeno del riporto dei c.d. rumors interni, ma piuttosto realizzare quel sistema di reporting di fatti e/o comportamenti reali che non segue la linea gerarchica e che consente al personale di riferire casi di violazione di norme da parte di altri all'interno dell'ente, senza timore di ritorsioni”*³⁰².

4. ASPETTI EVOLUTIVI DELLA CRIMINAL COMPLIANCE: INTERNAL INVESTIGATIONS

Una parte del sistema di *compliance* relativa alla prevenzione del rischio-reato all'interno delle organizzazioni complesse è inoltre costituita dall'attività di investigazione svolta in seno all'ente stesso.

Deve precisarci che lo strumento a cui si fa riferimento, ossia quello delle *internal investigations*, come suggerito dall'espressione appena indicata rappresenta un caposaldo, se non addirittura una prassi, nei sistemi giuridici di *common law*³⁰³. La nascita, lo sviluppo e il consolidamento delle investigazioni interne in tali ordinamenti

³⁰² *“In questo senso l'Organismo viene ad assumere anche le caratteristiche dell'Ethic Officer, senza – però – attribuirgli poteri disciplinari che sarà opportuno allocare in un apposito comitato o, infine, nei casi più delicati al consiglio di amministrazione”*, Linee Guida, cit., par. 3.

³⁰³ *“Qualsiasi progetto di riforma delle norme che disciplinano le investigazioni interne in Italia dovrebbe tenere in considerazione l'esperienza maturata nell'ordinamento statunitense, in cui questo tipo di attività è da diversi anni oggetto di regolamentazione sia a livello legislativo sia nella prassi. Le sfide affrontate dalle società americane nella gestione delle internal investigations rappresentano, quindi, un importante punto di riferimento per l'interprete italiano”*, N. BOURTIN, A. HOULE, *Investigazioni interne: uno sguardo all'esperienza americana*, in *La responsabilità “penale” degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di F. CENTONZE e M. MANTOVANI, Il Mulino, p.199.

sono state favorite dal diffondersi dell'idea che la persona giuridica possa – e debba – in ragione di molteplici benefici che le possono derivare – rivestire il ruolo di miglior partner nella ricerca degli illeciti commessi al proprio interno. Sicuramente in tal senso è stato significativo il modello di lotta alla criminalità d'impresa statunitense, in cui non è raro che un'impresa sia soggetta a procedimenti di accertamento, per il medesimo fatto, avviati da diverse Autorità³⁰⁴ e che, nella scelta tra fronteggiare più organi procedenti con poca probabilità di successo e il mostrarsi collaborativa contenendo le conseguenze sanzionatorie e reputazionali, la *corporation* prediliga questa seconda opzione, proprio conducendo essa stessa l'indagine sul proprio *wrongdoing*³⁰⁵.

4.1. SEGUE: BREVI CENNI DELL'ESPERIENZA STATUNITENSE

Nel sistema statunitense le investigazioni interne sono condotte generalmente da coloro che svolgono funzioni legali nell'impresa o dagli avvocati ad essa esterni.

Posto che nell'ambito delle indagini governative sopra richiamate la società non può opporsi alle eventuali richieste di esibizione di documenti e informazioni dal valore

³⁰⁴ “(...) le società, di frequente, vengono sottoposte contemporaneamente a più investigazioni per lo stesso fatto da parte di diverse agencies, aventi poteri in parte coincidenti, e che non sempre si coordinano fra loro. Per fare un esempio, per un istituto finanziario di New York non sarebbe inusuale coinvolto in una serie di procedimenti avviati simultaneamente dal Dipartimento di Giustizia (U.S. Department of Justice – DOJ), dalla Commissione che regola il mercato e la borsa (U.S. Securities and Exchange Commission – SEC), dalla U.S. Commodity Futures Trading Commission, da un ente di controllo bancario federale o statale e dall'autorità giudiziari penale (come il District Attorney's Office o il New York Attorney General's Office) – i quali indagano tutti sui medesimi fatti e minacciano l'inflazione di sanzioni tra loro in parte coincidenti”, *Ibidem*.

³⁰⁵ “Negli Stati Uniti, gli enti possono essere perseguiti da un ampio numero di government agencies, sia a livello statale sia a livello federale. Queste autorità sono generalmente autorizzate ad avviare e svolgere investigazioni a propria discrezionalità, senza che sia necessario dimostrare l'esistenza di un fondato motivo o di un ragionevole sospetto di fronte ad un giudice terzo e imparziale. Tali investigazioni possono sfociare in giudizi civili, in procedimenti amministrativi oppure in imputazioni penali. Al di là ovviamente di un danno reputazionale, l'avvio di un procedimento espone l'ente ad altre possibili serie conseguenze: i processi civili possono risultare in condanne pecuniarie significative da parte dei tribunali; i procedimenti amministrativi possono comportare l'inflazione di sanzioni pecuniarie o di altre sanzioni amministrative, come, ad esempio, la sospensione delle licenze; e i processi penali possono sfociare in una sentenza di condanna all'interdizione dall'esercizio di attività commerciali e/o al pagamento di pene pecuniarie”, *Ibidem*, p. 202.

incriminante - godendo le sole persone fisiche del divieto costituzionalmente sancito di autoincriminazione³⁰⁶ - le comunicazioni e i documenti prodotti nell'ambito delle indagini interne sono soggetti al c.d. *attorney-client privilege*³⁰⁷, purché lo scopo principale dell'attività investigativa sia l'ottenimento di un parere legale³⁰⁸; e i documenti predisposti dal difensore – ove creati in previsione di una controversia – sono coperti dal segreto professionale sulla base del c.d. dottrina dell'*attorney work product*³⁰⁹.

La prima decisione che assume l'impresa una volta venuta a conoscenza della possibile consumazione di un illecito è quella relativa all'opportunità o meno di condurre un'indagine interna e, tendenzialmente, come già preannunciato, dalle informazioni raccolte attraverso tale attività d'indagine l'ente può trarre numerosi

³⁰⁶ “It has been <<settled>> for more than a century that a corporation has no a Fifth Amendment privilege”, *Braswell v. United States*, 1988.

³⁰⁷ L'*attorney-client privilege* è una delle più antiche prerogative riconosciute alla categoria delle "comunicazioni riservate", avente come scopo l'incoraggiamento di una comunicazione completa e veritiera tra gli avvocati e i loro clienti, con una conseguente più ampia tutela degli interessi pubblici e dell'osservanza della legge e dell'amministrazione della giustizia. Altrettanto risalente è una puntuale indicazione delle caratteristiche di tale prerogativa, sul cui rispetto i codici etici degli Stati federali si sono tra l'altro orientati nel disciplinare i rapporti tra il difensore e il proprio assistito. A sancire da tempo la trasposizione di tale principio anche nell'ambito della *corporate defense* e, più in generale, della *disclosure* dei sistemi di *compliance* societaria, è quanto stabilito in *Upjohn Co. v. United States*, noto caso giurisprudenziale del 1981 in cui vengono indicati gli elementi alla presenza dei quali è possibile che una società sottoposta ad indagini invochi l' *attorney-client privilege*: 1) la persona che richiede o riceve un parere legale è (o chiede di diventare) un cliente dell'avvocato; 2) la persona che riceve la comunicazione è un difensore qualificato o è a questo sottoposto agendo per suo conto; 3) la comunicazione in questione riguarda la prestazione di una consulenza legale; 4) la comunicazione è riservata.

³⁰⁸ L' *attorney-client privilege* riguarda esclusivamente la società e non i singoli dipendenti e, inoltre, agisce "da copertura" unicamente per le comunicazioni e non invece per i fatti ad esse sottesi. Come puntualizzato dalla dottrina statunitense, "(...) *only the written or oral communications between the attorney and his or her client are protected by attorney-client privilege: the facts underlying the subject of the communication are not. Simply put, <the revelation of damaging facts does not implicate the attorney-client privilege. Unless those fact, however damning, are protected by other privilege, they may be discovered throught any means other than a question of the form "what did you say to your attorney?>*". Susan J. Becker, *Discovery from Current and Former Employees, Section of Litigation, American Bar Association*, p. 250.

³⁰⁹ Secondo tale dottrina i documenti predisposti dall'avvocato, o su sua indicazione, sono coperti dal segreto professionale, a condizione che siano stati creati “in previsione di una controversia”; tale concetto comprende anche l'avvio di un'indagine governativa.

benefici. Anzitutto è senz'altro maggiormente utile contribuire alla ricerca delle proprie responsabilità anziché doversi difendere dall'eventuale attribuzione delle stesse da parte delle Autorità procedenti³¹⁰. Una difesa in tal senso è in ogni caso tanto più agevolmente costruibile quanta più chiarezza abbia fatto la società rispetto ai fatti.

Inoltre, ben si concilia la proattività dell'ente con i principi di *corporate governance* e in particolare con la capacità dell'organizzazione di porre rimedio alle deviazioni dalla legalità al suo interno consumatesi.

Oltre all'atteggiamento collaborativo in sé rileva la sua tempestività che rappresenta un parametro in base al quale decidere o meno se avviare un procedimento contro la società o per una sua più indulgente definizione³¹¹.

La propensione alla collaborazione è praticata dalle società soprattutto rispetto ai procedimenti penali anche se, a riguardo, per timore di dover soffrire un danno reputazionale³¹² o uno sul mercato, l'opzione adottata è quella di concludere accordi con il Dipartimento di Giustizia³¹³ affinché l'azione penale – in cambio della

³¹⁰ Naturalmente i vantaggi mutano in base all'autorità procedente.

³¹¹ La divisione antitrust del *Department of Justice* (DOJ) esclude, per esempio, l'applicabilità di sanzioni alla società che per prima segnali la commissione di una condotta anticoncorrenziale, a condizione che certi altri requisiti siano soddisfatti, come quello di collaborare all'investigazione e risarcire le eventuali persone offese. Le U.S. *Federal Sentencing Guidelines* – sempre utilizzate dal DOJ per la commisurazione della sanzione da infliggere alle società – prevedono una specifica circostanza attenuante per il caso in cui la società abbia ammesso la propria responsabilità e abbia fornito la propria collaborazione.

³¹² Secondo quanto evidenziato dallo stesso *Department of Justice*, gli accordi in questione sarebbero principalmente finalizzati ad evitare le conseguenze collaterali derivanti da una condanna (*Principles of Federal Prosecution of Business Organization, 9-28.1000B*). È noto come l'esigenza di scongiurare esiti pregiudizievoli per la società derivanti anche dalla semplice formalizzazione di un'imputazione a suo carico sia nata a partire dall'esperienza della società di revisione e consulenza *Arthur Andersen & Co.*, condotta al fallimento prima che le accuse mosse nei suoi confronti per il crimine di *obstruction of justice* potessero arrivare al vaglio dibattimentale.

³¹³ “Un punto di svolta per quanto concerne la valorizzazione processuale della condotta dell'ente è (...) tradizionalmente individuato nei primi anni del nuovo millennio, periodo in cui i casi di *corporate crime* registrano un netto incremento nell'utilizzo di un particolare istituto di *pretrial diversion*”. F. NICOLICCHIA, *Corporate internal investigations e diritti dell'imputato del reato presupposto nell'ambito della responsabilità “penale” degli enti: alcuni rilievi sulla base della “lezione americana”*, in Riv. trim. dir. pen. econ., vol. 3-4, 2014, p. 784.

cooperazione investigativa - non venga esercitata o il suo esperimento sia differito³¹⁴. Concretamente, la società collabora fornendo documenti ed informazioni raccolte nell'ambito dell'indagine interna (per esempio intervistando i dipendenti e mettendo a disposizione i risultati di tali colloqui) dal proprio legale; a quest'ultimo, che agisce quale *investigator* e al contempo quale *attorney*, spetta comunque un ruolo estremamente complesso: il suo *reporting* alle Autorità dovrà essere oggettivo e privo di considerazioni di natura difensiva in merito ai fatti³¹⁵, rinviando ad un momento evidentemente successivo l'*advocacy role*.

È in ogni caso determinante la scelta di chi effettua e gestisce l'indagine interna. Si ritiene, a tal riguardo, che coloro che sono addetti alla Funzione legale, sebbene provvisti di una conoscenza approfondita della società, potrebbero non essere visti come soggetti imparziali; per queste ragioni, le aziende tendono a richiedere il supporto di consulenti legali esterni per condurre – pur sempre grazie al contributo dei legali interni – l'indagine interna e che comunque possono, a loro volta, nominare esperti e tecnici per lo svolgimento di specifiche attività³¹⁶.

³¹⁴ Il riferimento è ai cosiddetti *non prosecution agreements* e *deferred prosecution agreements* stipulati tra il *Department of Justice* e le *corporations* coinvolte nelle investigazioni governative. “Gli accordi in oggetto rappresentano strumenti alternativi al processo (...) che trovavano il loro ambito di applicazione privilegiato nel contesto della juvenile justice. L'agreement costituisce una vera e propria intesa formalizzata in un documento scritto che viene raggiunta tra l'autorità governativa e l'indagato. Quest'ultimo si impegna a rispettare le condizioni fissate nell'accordo in cambio della garanzia per cui – ove le prescrizioni vengano diligentemente adempiute – non si procederà nei suoi confronti (non prosecution agreement), ovviro verranno fatte cadere le accuse originariamente formulate a suo carico (deferred prosecution agreement)”, *Ibidem*, p. 785.

³¹⁵ “Ciò detto, nell'ambito di questo sistema di reporting, l'avvocato della società deve assicurarsi che le informazioni fornite consentano una visione completa ed oggettiva dei fatti rilevanti (siano essi favorevoli o sfavorevoli). Ciò è fondamentale per evitare che le autorità procedenti interpretino male o che si formino un pregiudizio rispetto a informazioni ambigue. Per esempio, le e-mail raccolte nel corso di un'indagine interna sono spesso suscettibili di una pluralità di informazioni. Conseguentemente, spetta all'avvocato della società passare in rassegna tutte le possibili interpretazioni e fornire le informazioni raccolte integralmente. In questo modo, consentendo agli organi inquirenti di avere fin da subito un quadro chiaro dei fatti, il consulente potrà minimizzare il rischio d'iniziativa sfavorevoli nei confronti della società”. N. BOURTIN, A. HOULE, *cit.*, p. 210.

³¹⁶ “Il ricorso ad esperti contabili, ad esempio, può essere particolarmente utile nell'esame di documenti contrattuali complessi oppure nell'analisi di informazioni finanziarie relative agli esercizi passati. È importante assicurare che il materiale prodotto da questi esperti sia mantenuto confidenziale e riservato. In questo senso, è necessario che sia il difensore a

Rispetto agli impegni assunti dalla società per prevenire e collaborare nello scoprire la commissione di attività illecite si rivela comunque molto delicato il bilanciamento tra il diritto di difesa e la collaborazione con le Autorità. Deve infatti essere evitata la situazione per cui, di fatto, è la stessa società, attraverso la propria cooperazione, a svolgere buona parte del lavoro investigativo (e ad affrontare i relativi costi) che spetterebbe alle Autorità. Altrettanto deve evitarsi che alla base delle ipotesi accusatorie vi sia proprio il compendio informativo e/o documentale frutto dell'attività investigativa interna.

4.2. INVESTIGAZIONI DIFENSIVE NEL SISTEMA DOMESTICO: LA LEGGE N. 397/2000

I meccanismi di “sussidiarietà regolatoria”³¹⁷ di derivazione internazionale hanno stimolato anche in Italia la riflessione sull'opportunità di investire nelle attività d'indagine interna all'ente.

Si è iniziato, in altri termini, a ragionare sul fatto che una società che comprende le cause dei comportamenti illeciti endogeni possa – attraverso lo strumento delle indagini interne – ricercare livelli migliori di prevenzione, correggendo o implementando misure correttive in tal senso. Peraltro, dal punto di vista processuale – come già precisato con riguardo all'esperienza statunitense - i risultati dell'attività investigativa si rivelano utili per orientare la difesa della società rispetto ad eventuali contestazioni.

Sebbene si registrino orientamenti dottrinali a supporto dell'alleanza del privato nella ricerca delle condotte illecite e dell'adozione di uno modello di *public-private*

conferire loro l'incarico di consulenza tecnica. Lo scopo e la natura del mandato dovrebbero essere chiaramente documentati in un engagement letter tra avvocato ed esperto. Inoltre, l'avvocato generalmente invita l'esperto a classificare ogni documento creato nell'ambito dell'incarico come confidential e created at request of counsel o attorney work product”, Ibidem, p. 212.

³¹⁷ “che valorizza l'approccio ibrido della governance incoraggiando forme di controllo spontanee e strategie basate sulla verifica del patrimonio informativo di cui gli enti dispongono”. Così E.M. MANCUSO, *Le investigazioni interne nel sistema processuale italiano: tra vuoto normativo e prassi applicative incerte*, in *La responsabilità <<penale>> degli enti*, op. cit., p. 218.

*partnership*³¹⁸ che affianchi lo schema penale tradizionale, dal punto di vista legislativo – in particolare processuale - si registra una certa lacunosità.

In effetti, nel nostro ordinamento, a partire dalla necessità che i rapporti tra accusa e difesa fossero rispettosi del principio della parità delle armi, la disciplina delle indagini difensive ha trovato riconoscimento legislativo già nel 2000, quando con la Legge n. 397 si è introdotto nel codice di procedura penale il Titolo VI-bis, contenente la disciplina delle “investigazioni difensive”³¹⁹. Proprio secondo le modalità e le forme del Titolo introdotto nel 2000 il difensore ha quindi la facoltà di svolgere attività investigativa, in ogni stato e grado del procedimento, finalizzata alla ricerca e all’individuazione di elementi di prova a favore del proprio assistito, potendo nell’espletamento di tale attività anche avvalersi dell’ausilio di altri soggetti (investigatori privati autorizzati e consulenti tecnici³²⁰). L’indagine difensiva può essere caratterizzata dall’acquisizione di fonti dichiarative o dallo svolgimento di atti di attività investigativa c.d. “reale”, a seconda che si proceda a raccogliere circostanze utili³²¹ o si richieda di accedere a documenti o luoghi³²².

Nell’ambito di tale istituto rileva poi la tipologia di indagini difensive c.d. “preventive”, strumento con cui il privato può conferire al difensore mandato per

³¹⁸ F. CENTONZE, *Public-Private Partnerships and Agency Problems: The Use of Incentives in Strategies to Combat Corruption*, in *Preventing Corporate Corruption. The Anti-Bribery compliance Model*, a cura di S. MANACORDA, F. CENTONZE, G. FORTI, Springer, 2014, pp. 43 e ss.; G. FORTI, *La “chiara luce della verità” e “l’ignoranza del pericolo”. Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione*, in *Scritti per Federico Stella*, vol. I, Napoli, 2007, p. 573 e ss.

³¹⁹ La stessa legge ha provveduto ad introdurre nel codice di rito una norma cardine sul punto, ossia l’art. 327-bis che sancisce il diritto del difensore nominato ad effettuare indagini difensive per “ricercare e individuare elementi di prova a favore del proprio assistito”.

³²⁰ Ai sensi del comma 3 dell’art. 327-bis c.p.p. le attività di investigazione “possono essere svolte, su incarico del difensore, dal sostituto, da investigatori privati autorizzati e, quando sono necessarie specifiche competenze, da consulenti tecnici.

³²¹ L’art. 391-bis c.p.p. disciplina il colloquio, la ricezione di dichiarazione e l’assunzione delle informazioni da parte del difensore.

³²² Gli artt. 391-quater, 391-sexies e 391-septies c.p.p. disciplinano, rispettivamente, la richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione, l’accesso ai luoghi e alla documentazione, l’accesso ai luoghi privati o non aperti al pubblico.

ricercare elementi di prova a favore dell'assistito anche per la sola eventualità che si instauri un procedimento penale a suo carico³²³.

Pur essendo mutata nel nostro ordinamento la percezione della *corporate compliance* e del controllo interno, con nessuno degli interventi di riforma succedutisi negli anni³²⁴ è stata introdotta una disciplina della materia rappresentata dalle investigazioni interna in seno alle realtà organizzate.

Come è stato evidenziato, non mancano nel nostro sistema giuridico regolamentazioni di settore e relative Autorità indipendenti dotate di poteri investigativi anche piuttosto invasivi³²⁵. Pertanto, di fronte alla possibilità che una verifica intrapresa da un organo di vigilanza del settore bancario, assicurativo o dei mercati finanziari possa sfociare in una parallela indagine del Pubblico Ministero, sembra necessaria la predisposizione da parte della società di non farsi trovare “impreparata”.

In tal senso, le indagini interne possono rappresentare uno valido strumento per reagire ad eventuali (e molteplici) controlli esterni.

La società che predispose un meccanismo di tal genere manifesta la volontà di avviare un processo virtuoso, strumentale alla verifica delle possibili condotte illecite realizzate dai vertici o dai dipendenti e al contempo indicativo dell'atteggiamento di cesura della persona giuridica rispetto al presunto autore (o ai presunti autori) dell'illecito. Attraverso l'attività di indagine interna si evince, infatti, come la società abbia interesse a prendere le distanze da quanto oggetto di potenziale addebito, fugando eventuali dubbi circa il suo “coinvolgimento” nei fatti che, a vario titolo, può consistere nella

³²³ Il difensore che ha ricevuto apposito mandato – rilasciato con sottoscrizione autenticata e contenente la nomina e l'indicazione dei fatti ai quali si riferisce - può svolgere attività investigativa per l'eventualità che si instauri un procedimento penale ai sensi dell'art. 391-*nonies* c.p.p.

³²⁴ Per elencare alcuni interventi del Legislatore, si può fare riferimento, oltre alla graduale estensione del catalogo di reati-presupposto di cui D.lgs. 231/2001, alle leggi n. 62/2005 e n. 262/2005 con cui sono state introdotte disposizioni di contrasto al *market abuse* ed in tema di risparmio, alla legge n. 69/2015 con cui è stata modificata la disciplina delle false comunicazioni sociali e alla legge n. 190/2012 recante modifiche alla disciplina dei reati contro la pubblica amministrazione e che ha inserito la fattispecie di corruzione tra privati.

³²⁵ “*Le banche, gli intermediari e le istituzioni finanziarie in genere soggiacciono ai regolari controlli e alle ispezioni di Banca d'Italia, così come le imprese assicurative sono sottoposte alla vigilanza ISVAP. Le società quotate sono, poi, sottoposte alle verifiche disposte da CONSOB, autorità indipendente oggi dotata di poteri di investigazione e controllo particolarmente efficaci*”, E. MANCUSO, *Le investigazioni interne*, op. cit., p. 222.

conoscenza, nella tolleranza, nell'agevolazione o nella copertura di determinate condotte.

Non meno importante – ma anzi finalità preminente dello strumento ora in esame - è poi la valutazione che l'ente può effettuare, all'esito dell'attività di indagine interna, in merito all'opportunità di collaborare o meno con l'Autorità. Rispetto alla disciplina di cui al D.lgs. n. 231/2001 si potrebbe, per esempio, scegliere di adottare le condotte riparatorie ai sensi dell'art. 17.

4.3. PROFILI DINAMICI DELLE INVESTIGAZIONI INTERNE

Alla base delle indagini interne vi è chiaramente la ricezione di una notizia riguardante la violazione del Modello di Organizzazione e di Gestione, del Codice Etico o, in un'ottica più generale, del sistema di controllo interno; non è detto che la notizia abbia ad oggetto la consumazione di un illecito penalmente rilevante e per tale ragione è importante come la si gestisce. Ripercorrendo quanto riferito in precedenza, le segnalazioni pervengono ai soggetti deputati al controllo dell'ente attraverso l'attività di monitoraggio svolta dall'Organismo di Vigilanza, dall'*Internal Audit*, attraverso i flussi informativi e i sistemi di *Whistleblowing*, oppure ancora dal combinarsi di questi vari canali. Ciò che rileva è comunque l'emersione di un segnale d'allarme³²⁶.

Il momento in cui la notizia di una condotta penalmente rilevante raggiunge un amministratore, un sindaco, un componente dell'*Internal Audit* o dell'Organismo di Vigilanza è quello in cui la società deve (dovrebbe) tempestivamente attivarsi per comprendere quanto verificatosi al suo interno. A tal proposito, emerge l'importanza di possedere quante più informazioni possibili, in quanto – come è stato efficacemente spiegato da autorevole dottrina straniera espressasi sul tema – è possibile guardare al processo penale come una battaglia in cui le parti lottano fieramente per ottenere il controllo delle informazioni³²⁷.

³²⁶ Esempi di fenomeni sospetti possono essere reclami, notizie della stampa sull'apertura di procedimenti penali, ispezioni delle Autorità di vigilanza di settore.

³²⁷ Secondo A. NIETO, *Internal investigations, Whistleblowing, and Cooperation: The Struggle for Information in the Criminal Process, Chapter 5, Preventing Corporate*

Per come poc' anzi riferito, non esiste una procedura collaborativa generale³²⁸ salvo la previsione di condotte riparatorie comunque nell'ipotesi in cui un procedimento penale sia già stato incardinato³²⁹ e, pertanto, ogni comportamento è destinato a tradursi nell'acquisizione di una *notitia criminis* con ciò rappresentando un disincentivo al coinvolgimento dell'Autorità pubblica.

Allo stato, lo strumento con cui espletare la verifica interna e ricercare gli elementi utili anche in vista dell'eventuale fase processuale dibattimentale, potrebbe essere quello sopra accennato delle indagini difensive preventive di cui all'art. 391-*nonies* c.p.p. La tutela del privilegio di segretezza professionale è tuttavia messa a rischio dalla fisiologica circolazione delle informazioni al di fuori del controllo del difensore, motivo per il quale sarebbe più "garantita" l'indagine interna condotta negli spazi dello studio legale; come è noto, a parte la possibilità di opporre il segreto secondo le modalità previste dall'art. 256, c.p.p., è prevista un'apposita disciplina per l'esecuzione delle attività di ispezione, perquisizione e sequestro presso l'ufficio del difensore (art.103 c.p.p.)³³⁰.

Corruption. The Anti-Bribery Compliance Model, a cura di S. MANACORDA, F. CENTONZE, G. FORTI, p. 69, "The criminal process can be seen as a battle in which two sides fight fiercely for control of information. On the one hand, the public prosecutor, the police, and the administrative authorities attempt to secure information which will destroy the presumption of innocence and result in the imposition of a sanction; on the other, the person under investigation tries to control the flow of information that reaches the accuser, or tries to limit this information to that what is convenient to the defendant". L'Autore rileva come se da un lato il Pubblico Ministero cerca di assicurare – aiutato dalla Polizia Giudiziaria e dalle Autorità amministrative le fonti di prova per vincere la presunzione di innocenza, dall'altro il soggetto sottoposto ad indagine tenta di controllare il flusso di informazioni che potrebbe raggiungere l'accusa o comunque di limitare l'apporto informativo a ciò che è utile per costruire la propria difesa.

³²⁸ "La ricerca di un equilibrio, sempre delicato, tra regolamentazione e libero esercizio dell'attività d'impresa ha generato un monstre di difficilissima integrazione, sovente rimesso al ruolo più che attivo delle funzioni di internal audit societarie, deputate alla verifica delle condotte portatrici di un nocumento per la compagine collettiva", E. MANCUSO, *op. cit.*, p. 221.

³²⁹ Il riferimento è agli artt. 17 e 65 del D.lgs. 231/2001, con i quali si attribuisce rilievo alle condotte riparatorie *post factum* realizzate prima della dichiarazione del dibattimento.

³³⁰ Le ispezioni e le perquisizioni negli uffici dei difensori sono consentite solo quando essi o altre persone che svolgono ivi stabilmente la loro attività siano imputati e ai soli limitati fini dell'accertamento del reato loro attribuito, ovvero allo scopo di rilevare le tracce o gli altri effetti materiali del reato o per ricercare cose o persone specificamente predeterminate. Presso i difensori e gli investigatori privati autorizzati e incaricati, ancorché in via preventiva, nonché

Spesso le dimensioni di quest'ultimo inducono però l'azienda a rivolgersi a società di revisione esterne e, in particolare, ai *forensic services* che analizzano documenti e dati informatici la cui attività sfugge alle tutele del codice di rito, perdendo valore in termini di appetibilità per i benefici da essa derivabili. Parimenti, la Funzione *Legal & Compliance* non è normativamente considerata equipollente a quella del libero professionista investito del mandato difensivo e, di conseguenza, non le si applicano le garanzie della professione forense³³¹.

Passando allo svolgimento in concreto dell'attività investigativa, essa si sostanzia principalmente nell'acquisizione dei documenti e nell'intervista di coloro che possano rendere informazioni utili per la ricostruzione dei fatti. Rispetto al primo tipo di verifica, è oggetto di analisi la documentazione archiviata dalla società - quindi reperibile nei luoghi fisici o informatici dell'azienda - e quella conservata da soggetti terzi per la quale, invece, potrebbe richiedersi l'applicazione della procedura descritta dall'art. 391-*quater* c.p.p.

Maggiormente delicata è l'analisi della documentazione di cui i dipendenti/dirigenti stessi risultano essere in possesso, rendendosi necessaria una accurata catalogazione per distinguere non solo quanto rilevante rispetto all'accertamento, ma anche quanto effettivamente riguardante l'attività lavorativa (e tenerlo separato dal materiale strettamente personale/privato). La complessità di un tale discernimento è evidente, per esempio, se si pensa ai contenuti della posta elettronica³³² e alle non sottovalutabili implicazioni rispetto alla disciplina di cui al Codice della *privacy*.

presso i consulenti tecnici non è possibile procedere a sequestro di carte o documenti relativi all'oggetto della difesa, salvo che costituiscano corpo del reato. Inoltre, le attività di ricerca della prova da svolte negli uffici dei difensori devono essere eseguite personalmente dal giudice ovvero, nel corso delle indagini preliminari, dal Pubblico Ministero (con motivato decreto di autorizzazione del giudice). All'attività di perquisizione, ispezione e sequestro può prendere parte anche il Presidente o un Consigliere dell'ordine forense al quale il difensore è iscritto, previa comunicazione dell'esecuzione del provvedimento.

³³¹ Le funzioni legali dell'impresa sono infatti considerate quali dipendenti della società e non sono ammessi all'iscrizione all'albo ordinario degli Avvocati.

³³² Sul tema E. MANCUSO, *L'acquisizione di contenuti e-mail*, in SCALFATI A, *Le indagini atipiche*, Giappichelli Editore, Torino, 2014, pp. 53 e ss. L'Autore osserva come l'attività di investigazione interna è sovente attivata proprio per smascherare le condotte inosservanti dei dipendenti e come spesso proprio l'apprensione dei documenti di cui il dipendente dispone consente una proficua raccolta di elementi utili alla successiva contestazione di un illecito

Per quanto riguarda le interviste, esse dovrebbero rappresentare un momento distinto da quelle eventualmente espletate nell'ambito di un procedimento disciplinare e possono essere condotte da professionisti investiti da uno specifico mandato difensivo o meno. È però importante che il soggetto coinvolto non sia obbligato a rispondere a quanto chiesto nel corso dell'*internal investigation*, anche e soprattutto qualora la stessa non sia svolta nelle forme previste dal codice di rito. Potrebbe infatti in una ipotesi del genere essere compromesso il rispetto del privilegio contro l'autoincriminazione e, più in generale, della presunzione di innocenza.

Qualora l'audizione sia effettuata secondo l'art. 391-*bis* c.p.p., è invece la medesima norma a tutelare il soggetto qualora emergano indizi di reità a suo carico³³³. Ci si è chiesti se il dipendente/dirigente sottoposto all'intervista *de qua* abbia diritto a farsi assistere da un difensore nel corso dell'indagine interna e taluno ha dato risposta negativa all'interrogativo, osservando che il contributo richiesto al soggetto sia in realtà finalizzato alla verifica di comportamenti che violano le procedure interne, il codice di condotta o la legge penale³³⁴; diversa è naturalmente la risposta nel caso in cui il soggetto apicale o sottoposto all'altrui direzione o vigilanza sia sottoposto ad indagini da parte dell'Autorità giudiziaria, risultando prevalenti gli interessi legati alla costruzione della propria difesa³³⁵.

disciplinare. La successiva interruzione del rapporto di lavoro può allora far sorgere un contenzioso sulla giusta causa del licenziamento, con effetto potenzialmente ritorsivo in capo all'azienda "*cui non giova – proprio nel contesto di recupero della compliance – l'accusa di aver illecitamente appreso dati inerenti il rapporto di lavoro, senza aver prima cercato di instaurare un contraddittorio con il dipendente*".

³³³ Ai sensi del comma 9, il difensore o il sostituto interrompono l'assunzione di informazioni da parte della persona non imputata ovvero della persona non sottoposta ad indagini, qualora essa renda dichiarazioni dalle quali emergano indizi di reità a suo carico. Le precedenti dichiarazioni non possono essere utilizzate contro la persona che le ha rese.

³³⁴ "*A tale scopo, il dipendente non gode del diritto all'assistenza difensiva, poiché il contributo che gli viene chiesto rientra nell'ambito dell'esecuzione del rapporto di lavoro: così, il dovere di fornire le informazioni utili è integro, con il solo limite (...) della possibile tutela del privilegio contro l'autoincriminazione*", E. MANCUSO, cit., p. 235.

³³⁵ "*in evenienza, il dipendente non solo potrà decidere se fornire o meno un contributo all'indagine interna, esercitando un diritto al silenzio analogo a quello eventualmente opposto alle autorità inquirenti, ma potrà, altresì, chiedere di essere assistito da un difensore, che possa indicare quali temi – pur riguardanti le condotte altrui e non il fatto proprio – siano potenzialmente riconducibili alla sfera del proprio assistito, spingendolo di conseguenza a operare scelte difensive ponderate*", *Ibidem*, p. 236.

Tenendo a mente le modalità sopra accennate con cui il nostro codice di procedura penale ammette lo svolgimento dell'attività investigativa e, precisamente, il colloquio informale, la ricezione di una dichiarazione scritta o l'audizione verbalizzata, si ritiene che quest'ultima sia quella più idonea e adattabile all'indagine interna all'azienda attraverso cui è possibile cristallizzare il compendio informativo ottenuto. La scelta di agire secondo protocolli di ricerca non disciplinati dalla legge o secondo le prescrizioni del codice di rito, in assenza – si ribadisce – di una apposita normativa che disciplini l'utilizzo dello strumento delle *internal investigations*, rimane in ogni caso in capo alla società.

Con riguardo alla disciplina di cui al D.lgs. 231/2001 e ai meccanismi di esonero della responsabilità ivi previsti, assume però rilievo l'attivazione dell'ente alla segnalazione che un qualche *wrongdoing* sia stato commesso al suo interno, anche attraverso le modalità (l'attività di indagine interna) ora in esame.

Il *reporting* dell'OdV (e dell'*Internal Audit*) e all'OdV si pone in questo senso come necessario non solo per la correzione dei comportamenti all'interno dell'azienda ma anche quale elemento indicativo del corretto adempimento degli obblighi di vigilanza, sintomatico dunque dell'adeguatezza del Modello.

Inquadrando l'ente come soggetto attivo sul versante della ricerca degli elementi di prova, lo stesso – a seguito dell'espletamento dell'attività investigativa interna – potrebbe assolvere l'onere della prova di cui al D.lgs. 231/2001 dimostrando rispettivamente che il Modello è stato idoneo ed efficacemente attuato, che l'obbligo di istituire un Organismo di Vigilanza è stato compiutamente assolto – *a fortiori* se l'attività di verifica interna scaturisce dai risultati di quella di tale Organismo - e che, pertanto, si è verificato un aggiramento delle cautele interne da parte di un esponente dell'organizzazione.

Proprio l'essersi attivati e avere prontamente investigato sui segnali d'allarme riscontrati può rappresentare per l'ente – in termini di valutazione giudiziale del Modello – un elemento favorevole³³⁶. L'atteggiamento proattivo della società che, in

³³⁶ Nell'ente che persegue gli illeciti consumatisi al suo interno, manifestando un atteggiamento di "tolleranza zero" rispetto ai fenomeni criminosi, sono evidenti sia una certa virtuosità che un agire improntato alla legalità.

primo luogo, si fa autonomamente carico di indagare sui fatti in seno ad essa verificatisi, in secondo luogo, mette a disposizione le informazioni reperite su quegli stessi fatti, si pone in contrasto o, perlomeno non dimostra tolleranza, rispetto al disordine organizzativo che ha dato luogo all'illecito.

CAPITOLO IV

PROFILI DI RESPONSABILITA' DELL'ORGANISMO DI VIGILANZA

SOMMARIO: 1. Riepilogo sull'attività dell'Organismo di Vigilanza: delimitazione dei compiti e delle responsabilità. - 2. Profili di responsabilità dell'Organismo di Vigilanza. – 2.1. Premesse dogmatiche: posizione di garanzia, causalità omissiva e poteri impeditivi – 2.2. Segue: poteri impeditivi ed assetto organizzativo dell'ente. – 3. La posizione di garanzia dell'Organismo di Vigilanza: tesi minoritaria. – 3.1. L'esclusione della posizione di garanzia in capo all'OdV secondo l'orientamento maggioritario. – 3.2. La posizione della giurisprudenza sulla responsabilità dell'OdV. – 3.3. Sul coinvolgimento nel reato dei membri dell'OdV: la sentenza n. 18160/2016. - 3.4. Disciplina in materia di sicurezza e sistema di prevenzione del reato: applicabilità dell'art. 113 c.p. Premesse. – 3.5. L'Organismo di Vigilanza e il Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione. – 4. La responsabilità dell'Organismo di Vigilanza nello schema della colpa di organizzazione: una ricostruzione del problema. – 4.1. Segue: qualificazione del contributo negligente dell'Organismo di Vigilanza. - 4.2. Cooperazione colposa e agevolazione colposa. – 4.3. Tra l'azione e l'omissione: la tolleranza dell'Organismo di Vigilanza. – 5. D.lgs. n. 231/2007 e Organismo di Vigilanza: le modifiche apportate dal D.lgs. n. 90/2017 alla normativa antiriciclaggio. - 6. Colpa e causalità nell'attività dell'Organismo di Vigilanza. Profili di responsabilità civile.

1. RIEPILOGO SULL'ATTIVITA' DELL'ORGANISMO DI VIGILANZA: DELIMITAZIONE DEI COMPITI E DELLE RESPONSABILITA'

Per come si è già in più occasioni avuto modo di riferire, l'Organismo di Vigilanza si inserisce nel sistema dei controlli societari in quanto deputato a sorvegliare sul rispetto

di regole finalizzate alla prevenzione di una specifica tipologia di rischio³³⁷. Per tale peculiarità, si ritiene di dover escludere per l'Organismo la natura di organo sociale formalmente inteso, facendo leva sulla non obbligatorietà della sua previsione e sul ruolo dallo stesso svolto, esclusivamente riguardante l'organizzazione dell'impresa e non della società³³⁸.

Riprendendo brevemente quanto esposto nel precedente capitolo, si assegnano all'OdV molteplici compiti – già oggetto di individuazione da parte della giurisprudenza³³⁹ - tra cui il controllo sul funzionamento, sull'osservanza e sull'efficacia del Modello di Organizzazione e Gestione, nonché sull'adeguamento di quest'ultimo; la vigilanza sul rispetto da parte degli organi sociali del Modello; la formulazione di proposte, modifiche o miglioramenti sul sistema all'organo amministrativo; l'attività di *reporting* agli organi amministrativi e a quelli di controllo; la predisposizione di flussi informativi

³³⁷ Secondo alcuni è una Funzione aziendale, in quanto destinatario di norme finalizzate ad una fase aziendale, operativamente demandate ad una struttura organizzata. Sul punto P. MONTALENTI, *Organismo di Vigilanza e sistema dei controlli*, in Giur. Comm., 2009, pp. 660 e ss. Secondo D. GALLETTI, *I Modelli organizzativi nel D.lgs. 231/2001, le implicazioni per la corporate governance*, in Giur. Comm., 2006, p. 134, l'Organismo di Vigilanza va individuato come "funzione relativa all'organizzazione dell'impresa e non della società", da ciò conseguendo che non debba istituirsi appositamente un organo nuovo, potendo uno degli organi societari svolgere questa Funzione.

³³⁸ L'OdV esprimerebbe solo un modo di organizzare l'attività di prevenzione di reati ed avrebbe rilevanza solo sistemica nell'ambito della Funzione di controllo esercitata da soggetti indipendenti, non coinvolti in attività di gestione. Sul tema G. GASPARRI, *I controlli interni nelle società quotate. Gli assetti della disciplina italiane e i problemi aperti*, Quaderni giuridici CONSOB, settembre 2013.

³³⁹ Si riporta di seguito un elenco stilato in base a quanto indicato dal G.I.P. di Napoli con ordinanza del 26.06.2007, secondo la quale l'OdV: svolge periodica attività ispettiva secondo le modalità e le scadenze indicate nel regolamento; accede a tutte le informazioni concernenti le attività a rischio di reato; chiede informazioni o esibizioni di documenti in merito alle attività a rischio di reato a tutto il personale dipendente della società e laddove necessario agli amministratori, al collegio sindacale e alla società di revisione; riceve periodicamente informazioni dai responsabili di funzioni interessate dalle aree a rischio; chiede informazioni agli organismi di vigilanza delle società appartenenti al gruppo; propone l'adozione delle sanzioni disciplinari; coordina, in unione con il Direttore delle risorse umane, la definizione dei programmi di formazione del personale; sottopone il Modello a verifica periodica e ne propone l'aggiornamento quando siano intervenute violazioni o elusioni delle prescrizioni dello stesso che ne abbiano dimostrato inefficacia ed incoerenza ai fini della prevenzione ovvero quando siano intervenuti mutamenti significativi del quadro normativo, nell'organizzazione o nell'attività della società; redige semestralmente una relazione al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale sull'attività svolta; informa il presidente del CdA di circostanze e fatti significativi emersi nel corso della propria attività.

(anche anonimi)³⁴⁰. Si è altresì detto che ai compiti istituzionali si affiancano quelli accessori di formazione ed informazione relativi alla diffusione della *ethic policy*.

Per assicurare all'Organismo di Vigilanza un'area che non sia sovrapposta ad altri organi o funzioni della struttura di controllo interno, è necessario delimitare l'operatività della sua attività, per evitare che gli siano assegnati compiti ulteriori e troppo distanti dal ruolo che gli spetta. La criticità connessa alla mancata limitazione del controllo dell'OdV al Modello consiste infatti nell'estensione di tale controllo ad altri settori aziendali esposti ad un rischio.

Non potendo l'Organismo effettuare una vigilanza diretta sull'operato degli organi societari, il suo contributo si manifesta nell'interazione e nel rapporto intrattenuto con l'organo amministrativo per segnalare eventuali *deficit* di funzionamento del Modello e in assenza di poteri di intervento, i quali competono invece all'amministrazione. In definitiva, l'operato dell'Organo in parola - che deve essere svolto nel rispetto del requisito di indipendenza sia in termini di giudizio che in termini di spesa - rappresenta un supporto affinché il sistema di prevenzione sia efficiente ed efficace, al punto che taluni hanno ritenuto contrario ai suoi poteri anche un intervento di modifica del Modello se non vi sia stata la previa segnalazione all'organo che dell'adozione è responsabile³⁴¹.

Sembrando ormai chiaro che l'attività dell'Organismo sia di natura mediata – ben potendo l'organo societario non condividere le sue considerazioni e i suoi suggerimenti – ci si soffermerà nel seguito della trattazione sulle ipotesi in cui lo svolgimento del controllo e della vigilanza non sia adeguato o sia omesso. Rispetto al giudizio di

³⁴⁰ Spetta all'OdV “verificare l'efficienza e l'efficacia del Modello organizzativo adottato; verificare il rispetto delle procedure ed accertare gli eventuali scostamenti da esse, effettuare periodici esami del Modello per verificarne la tenuta ed aggiornarlo, segnalare agli organi dirigenti gli opportuni provvedimenti in caso di violazioni accertate; informare periodicamente gli organi amministrativi e di controllo; verificare il mantenimento nel tempo dei requisiti di funzionalità del Modello”. Così ASSONIME, *Adeguatezza di Modelli organizzativi ed esclusione della responsabilità della società: la prima pronuncia giudiziale*, Il caso, vol. 1/2010.

³⁴¹ Secondo R. SACCHI, *L'Organismo di Vigilanza ex d.lgs. 231/2001*, in Giur. Comm., 2012, p. 851, non sarebbe possibile “un intervento diretto per modificare il MOG o per impedire una prassi o un comportamento di un dirigente volti alla commissione di un reato presupposto”, dovendo in tali casi l'OdV effettuare una segnalazione all'organo amministrativo della prassi errata.

colpevolezza caratterizzante la disciplina di cui al D.lgs. 231/2001 i compiti dell'Organismo si pongono infatti come fondamentali ed è pertanto opportuno non solo chiarire i limiti della concreta attività ad esso spettante bensì la natura delle responsabilità che dall'errato svolgimento di tale attività (dalla sua insufficienza o dalla sua omissione, secondo quanto si evince dalla norma di riferimento) possano derivare.

2. PROFILI DI RESPONSABILITA' DELL'ORGANISMO DI VIGILANZA

La posizione dell'Organismo di Vigilanza - intermedia tra gli organi direttivi e coloro commettono i reati o di alterità nel caso in cui vi sia coincidenza tra le due categorie di soggetti - assume particolare rilievo per le possibili implicazioni sul piano dell'insorgenza di responsabilità in capo ai suoi membri.

I momenti in cui l'attività dell'Organismo si inserisce nella vita dell'azienda – come appena ribadito – sono molteplici e relativi sia ad una gestione che si potrebbe definire ordinaria-istituzionale (monitoraggio sul Modello e aggiornamento legislativo) che a quella “straordinaria” (si pensi all'ipotesi di implementazione dei Modelli *post delictum* prevista dall'art. 12 del Decreto, all'aggiornamento per violazioni dello stesso, alla notizia che pervenga attraverso il canale *Whistleblowing*). L'OdV deve in ogni caso attivarsi diligentemente per vagliare l'adeguatezza del Modello e, nel caso di comportamenti che possano essere o siano in contrasto con quest'ultimo, raccogliere informazioni utili alla ricostruzione delle specifiche dinamiche.

Le questioni attinenti alla responsabilità dell'OdV riguardano quindi il contenuto dei suoi poteri di vigilanza.

Ci si è anzitutto interrogati circa la rilevanza penale della condotta dell'Organismo nel caso in cui ometta di esercitare – o eserciti in modo insufficiente – la propria attività di controllo sul funzionamento del Modello.

Deve da subito precisarsi come sia la dottrina penalistica che la giurisprudenza, salva qualche pronuncia isolata, abbiano “*eretto solide mura contro l'ipotesi della responsabilizzazione (anche) penale dei membri dell'OdV per omesso impedimento di reati-presupposto ex d.lgs. n. 231/2001, commessi violando le regole del modello*”

organizzativo”.³⁴² L’interrogativo riguardava, in particolare, la configurabilità in capo all’Organismo di Vigilanza della posizione di garanzia di cui all’art. 40 cpv. c.p.

Di tale figura appare doverosa - preliminarmente all’esposizione delle opinioni sul tema – una ricognizione, pur non potendosi pretendere di esaurire in tale sede l’argomento ma limitandosi ad osservazioni necessarie ai fini dell’analisi.

2.1. PREMESSE DOGMATICHE: POSIZIONE DI GARANZIA, CAUSALITA’ OMISSIVA E POTERI IMPEDITIVI

La posizione di garanzia è, come noto, collegata ai reati omissivi impropri, realizzabili da figure determinate la cui qualificazione soggettiva dipende dall’esistenza di un obbligo di impedimento di cui al citato art. 40 cpv., c.p.

Attraverso tale figura dogmatica si seleziona il soggetto la cui condotta rileva penalmente; condotta rispetto alla quale, in virtù del principio c.d. di equivalenza sancito dalla norma di riferimento del codice penale, l’azione sarà valutata parimenti alla omissione. Dal momento che il garante è tenuto ad evitare l’evento, il venir meno a tale compito è valutato alla stregua della condotta attiva (*“non impedire un evento che si ha l’obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo”*).

Sono state nel tempo offerte diverse interpretazioni della posizione di garanzia, tra cui quelle che hanno evidenziato il concetto di “signoria sugli accadimenti” e quello di “signoria sulla ragione dell’evento”. Tale ultima ricostruzione ha adottato una bipartizione tra posizioni che consentono di affermare il proprio dominio sulla fonte di pericolo e quelle che consentono il controllo su altri soggetti.

La posizione appena menzionata è quella tipicamente adattabile al contesto organizzato, in cui si svolge il controllo su coloro che con il rischio hanno una

³⁴² *“Fonte di imputazione penale, in quest’ordine di idee, potrebbero essere solo condotte positive, realizzate in concorso (materiale o morale) con altri soggetti interni o esterni alla compagine organizzativa. Viceversa, l’omessa o carente vigilanza sul Modello, se esclude sine dubio il beneficio della esenzione da responsabilità per la persona giuridica, non renderà punibili i membri dell’OdV ai sensi dell’art. 40 cpv. c.p., che al più potranno essere chiamati a rispondere in sede civile”*. Così V. MONGILLO, *L’Organismo di Vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell’ente*, Rivista231, *Interventi*, p. 11.

relazione diretta: così ragionando, la posizione di garanzia si fonda non solo sulla conoscenza del rischio ma anche sul potere di comando e sull'esecuzione degli ordini. In assenza di un'esplicita previsione normativa che individui l'obbligo di impedimento, questa teoria è stata oggetto di critiche, in quanto non rispettosa del principio di legalità e per la confusione generata tra il momento soggettivo e il nesso causale.

La figura è stata analizzata anche sotto un profilo sociologico, attribuendo al garante un ruolo sociale dal valore pari a quello di un bene giuridico; anche in tal caso è stato riscontrato uno scarso grado di determinatezza.

Differenti impostazioni dogmatiche hanno invece adottato il concetto di sfera di responsabilità sociale, definibile mediante un'astrazione e non applicabile ai soli reati omissivi ma anche a quelli attivi e divenendo lo stesso autore garante di se stesso. Secondo Jakobs il bene giuridico è rappresentato dalle aspettative verso un comportamento conforme alle prescrizioni normative e il singolo viene valutato in relazione al modello ideale tracciato per la sua posizione sociale dalla legge. Attorno ad ogni soggetto esiste un ambito di organizzazione entro il quale si esercita un potere e al di fuori del quale si matura invece una responsabilità (espandendo la propria area di controllo). Si adatta a questo impianto la responsabilità dell'imprenditore rispetto all'organizzazione dei suoi dipendenti ma la circolarità di tale teoria ne segna la limitatezza: la condotta dei soggetti sottoposti all'altrui garanzia è sia elemento della fattispecie che fondamento dell'obbligo giuridico di impedire l'evento.

Ulteriori ricostruzioni dottrinali d'oltralpe hanno attribuito rilievo alla responsabilità per appartenenza ad una organizzazione quale signoria di natura potenziale distinguendola dalla c.d. autoria: chi è titolare di una posizione di garanzia non è *ex automatico* investito di un obbligo giuridico di impedimento.

La dottrina italiana ha sempre mantenuto l'equivalenza a fondamento della figura in esame sul piano della tipicità, esigendone la previsione da parte del Legislatore. È la posizione di garanzia a selezionare le omissioni tipiche e quindi penalmente rilevanti e altresì le modalità tipiche dell'offesa.

Una possibile modalità è l'omessa attivazione di poteri di impedimento, per cui non è sufficiente la qualifica soggettiva, dovendo quest'ultima completarsi con una

componente oggettiva rappresentata dalla titolarità oggettiva del potere di impedimento dell'azione altrui. In tal senso, con la posizione di garanzia si individua un vincolo verso uno specifico bene giuridico e la fonte di pericolo che lo minaccia mentre l'obbligo di attivazione deriva da una situazione fattuale concreta³⁴³. Un ben noto esempio della posizione *de qua* è quello previsto nel nostro ordinamento dal Testo Unico in materia di Salute e Sicurezza sul Lavoro³⁴⁴.

Diversamente dalla dottrina tedesca, quella italiana ha sempre dato prevalenza al rispetto dei principi di tassatività e determinatezza³⁴⁵ e ha riconosciuto la legge e il contratto come fonti della posizione di garanzia. Tuttavia, se da un lato, con riguardo ai singoli obblighi, in alcune discipline di settore – emblematica sempre quella in materia di sicurezza del lavoro – il contenuto del precetto è determinato in concreto³⁴⁶, dall'altro, anche dove la previsione legislativa sia puntualmente definita si rende necessaria una ricostruzione che tenga conto di altri elementi (per esempio, di deleghe) e che non si arresti alle limitazioni di responsabilità su un piano esclusivamente formale.

L'impostazione secondo cui attraverso la posizione di garanzia è possibile l'imputazione del titolare attraverso il concorso omissivo improprio è stata oggetto di critiche. Si è evidenziato come intendendo l'evento di cui all'art. 40 c.p. quale naturalistico, il paradigma di imputazione non può estendersi a tutti i reati di mera condotta, creandosi altrimenti un contrasto con l'art. 110 c.p.; nel rispetto dell'equivalenza tra l'azione e l'omissione, si sostiene perciò che l'evento debba rappresentare il secondo termine di paragone nella relazione causale. Tali

³⁴³ “secondo i parametri della prevedibilità e della evitabilità”. F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento*, Padova, CEDAM, 1975, pp. 182 e ss.

³⁴⁴ Il riferimento è chiaramente all'art. 299 del D.lgs. 81/2008.

³⁴⁵ Per evitare la commissione con obblighi a sfondo prevalentemente etico, non si ritiene accettabile la fonte rappresentata da un'azione pericolosa che imporrebbe l'intervento del garante per precludere lo sviluppo di conseguenze pregiudizievoli (“fare pericoloso antecedente”) in quanto non sostenuta da un riferimento normativo. Inoltre, si costruirebbe un'imputazione tale per cui l'inerzia successiva ad un'azione colposa sarebbe valutata come dolosa.

³⁴⁶ Nella materia indicata si pensi al DVR. Sul punto, le SS.UU., con la pronuncia del 2014 sul noto caso *Thyssenkrupp*, hanno evidenziato l'impossibilità per il legislatore di prevedere una varietà sostanzialmente indeterminata di rischi.

considerazioni sono state confutate in base all'esistenza nel nostro ordinamento dell'art. 116 c.p. – che notoriamente contempla l'ipotesi in cui in un contesto plurisoggettivo l'evento sia causato da contributi omissivi – e dell'art. 113 c.p. – che disciplina la cooperazione colposa nella forma omissiva – oltre che dall'interpretazione dell'evento quale giuridico e non solamente naturalistico.

Una seconda critica si fonda sulla differenziazione tra l'obbligo di garanzia e l'obbligo di sorveglianza, corrispondente al dovere di vigilare su altrui attività per conoscere dell'eventuale commissione di fatti offensivi e di informare il titolare o il garante del bene³⁴⁷.

La violazione del primo tipo di obbligo si fonderebbe sul concorso omissivo improprio, quella del secondo dovrebbe essere invece espressamente prevista dalla legge; l'unico obbligo da cui potrebbe derivare una responsabilità per omissione sarebbe invece quello tale da comportare un affidamento del bene al soggetto che abbia un potere tanto forte da avere possibilità di impedire concretamente l'evento. Così ragionando, sarebbe *in controluce* adattabile la teoria della signoria della fonte di pericolo e anzi utilizzandola per discernere se ci si trovi o meno in presenza di un potere particolarmente incisivo³⁴⁸.

Ancora, di derivazione dottrinale tedesca sono le considerazioni sull'argomento rispetto all'individuazione dei momenti caratterizzanti l'attribuzione della responsabilità: quello dell'imputazione e quello della tipicità. La norma penale, qualificata come primaria, riconosce a determinati soggetti una o più situazioni giuridiche soggettive – delineando il fondamento dell'imputazione – mentre una norma successiva, secondaria, conferisce tipicità specificando le modalità con cui la violazione può realizzarsi³⁴⁹.

All'interno delle strutture pluripersonali gli obblighi riferiti alle altrui condotte derivano dalle relazioni che si intrecciano in seno all'organizzazione. Non potendo

³⁴⁷ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, V edizione, Padova, 2007, p. 158.

³⁴⁸ A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985, pp. 201 e ss.

³⁴⁹ Secondo L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2004, pp. 518 e ss., il soggetto viene individuato *ex ante*, delimitando la sua sfera d'influenza, riservandosi alla verifica *ex post* il controllo che l'evento sia “*realizzazione di quel rischio che rientra nella sfera di competenza del soggetto, delimitato dagli obblighi giuridici*”.

approfondire la tematica, ci si limiterà a riferire della distinzione in categorie operata dagli interpreti rispetto agli obblighi che possono sorgere dalle suddette relazioni e, precisamente in: obblighi sinergici, o complementari, rivolti a coordinare la condotta di un soggetto con quella di un altro soggetto; obblighi accessori, finalizzati a neutralizzare il rischio che altri strumentalizzino in senso lesivo la propria condotta³⁵⁰; obblighi eterotropi (o di controllo del comportamento altrui, o di informazione nei confronti di terze persone), che rilevano nell'ambito di relazione di subordinazione³⁵¹. Dalla violazione di tale ultimo tipo dipenderebbe la responsabilità per l'illecito altrui, naturalmente ove l'assetto organizzativo in cui i rapporti sono costruiti sia orientato ad uno specifico fine.

2.2. SEGUE: POTERI IMPEDITIVI E ASSETTO ORGANIZZATIVO DELL'ENTE

Nell'ambito dell'impresa e del suo sviluppo, i concetti tradizionali e la nozione di signoria si son dovuti adeguare alle interazioni proprie dei paradigmi organizzativi di gestione dei rischi.

Come già prospettato nella prima parte del presente elaborato, la suddivisione dei ruoli e dei compiti all'interno degli enti collettivi e la spesso confusa attribuzione e distribuzione delle competenze ha infatti inevitabilmente moltiplicato i centri di imputazione.

A prescindere dal rimedio consistito nell'accostare al dato formale quello sostanziale-fattuale, si sono peraltro registrate problematiche tendenze a far valere, quale presupposto per l'ascrizione della responsabilità, il mero inserimento di un soggetto

³⁵⁰ Per tale categoria gli obblighi in parola assumono la peculiare fisionomia di obblighi relazionali “*a contenuto negativo – orientati ad evitare che le attività di ciascuno si sovrappongano in modo rischioso – nei contesti di cooperazione multidisciplinare diacronica, in cui, per effetto dell’operare reciproco del dovere di affidamento, emerge un obbligo cautelare di non creare incautamente affidamenti erronei negli altri intervenienti*”. G. FORTUNATO, *Ancora sui rapporti tra il principio di affidamento ed équipe medica, Osservazioni su Cass., sez. IV, sent. 30 marzo 2016 (dep. 5 maggio 2016), n. 18780, www.dirittopenaleecontemporaneo.it, vol. 5/2017.*

³⁵¹ “*di subordinazione fra cooperatori oppure in ragione delle particolari suddivisione del lavoro fra soggetti non legati da vincoli funzionali*”, *Ibidem*.

nell'organizzazione, in virtù del contratto con quest'ultima (inteso evidentemente quale fonte della posizione di garanzia). Alla responsabilità di dominio si è affiancata quella per la gestione del rischio e per i sistemi di auto-organizzazione, spettando a taluni soggetti vigilare sull'assetto organizzativo dell'ente.

È abbastanza problematico immaginare il configurarsi di una posizione di garanzia quale dominio “sullo svilupparsi dell'evento”, stante la circostanza per cui – soprattutto nelle organizzazioni di una certa dimensione – i vertici sono lontani dal contesto in cui la condotta criminosa inizia, si protrae e si perfeziona. Ciò in quanto la gestione del rischio si presenta come il risultato del funzionamento della coordinazione tra più soggetti e l'adempimento di precisi obblighi. Utilizzando il ragionamento della giurisprudenza, i poteri di ogni soggetto, per quanto limitati, “sono preventivi rispetto all'azione di altri e solo il quadro completo può assolvere efficacemente alla funzione del (o reazione al) reato”³⁵². La necessità di una verifica sulla doverosità e sulla finalità dell'obbligo gravante sul suo titolare è ancor più efficacemente illustrata - sia pur con riferimento allo specifico controllo dei sindaci sugli amministratori - da autorevole dottrina, la quale evidenzia come “*allungandosi il percorso tra momento del controllo e contingenza operativa, si rende più che mai inderogabile un accurato riscontro del collegamento fattuale, sia causale che psicologico (quasi sempre in termini di dolo)*”.³⁵³

Non ci si può quindi *a priori* esprimere nel senso dell'inidoneità di un potere ad impedire un evento laddove il suo esercizio comporti l'attivazione di altro soggetto o garante.

La questione si complica nel caso di poteri che si concretizzano nella mera trasmissione di informazioni all'interno della struttura organizzativa. La criticità risiede nel possibile riconoscimento di un qualche profilo di responsabilità per il solo fatto che il soggetto, su cui gravano obblighi di segnalazione ed informazione una volta riscontrata un'anomalia nell'assetto organizzativo, si inserisca nella catena deputata alla

³⁵² Caso *Thyssenkrupp*, SS. UU, 2014, cit.

³⁵³ “*tra le comprovate carenze della vigilanza sindacale e i singoli illeciti degli amministratori*”. C. PEDRAZZI, *Società commerciali (nuova disciplina penale)*, Voce in Dig. Disc. Pen., Aggiornamento, Torino, 2000, p. 597.

prevenzione dell'illecito penale. Tuttavia, in difetto di specifiche norme che sanzionino un comportamento di tal genere, come si avrà modo di saggiare proprio rispetto all'Organismo di Vigilanza, non si può prescindere né dall'accertamento di un concreto legame tra la condotta e l'evento-reato, né tantomeno dal considerare che la finalità sottesa ad un obbligo di segnalazione/informazione non sia necessariamente da collegare alla tutela di un bene giuridico, ben potendo essere quella di un semplice miglioramento dell'efficienza dell'organizzazione.

3. LA POSIZIONE DI GARANZIA DELL'ORGANISMO DI VIGILANZA: TESI MINORITARIA

È possibile - secondo un orientamento minoritario della dottrina - che si configuri in capo ai membri dell'Organismo di Vigilanza una responsabilità penale di tipo omissivo, proprio in ragione della riconosciuta sussistenza di una posizione di garanzia rispetto ai reati-presupposto previsti dal D.lgs. 231/2001.

Si fa risalire l'origine della posizione al ruolo che i Modelli rivestono nel sistema costruito dal Decreto e che considera l'OdV come il suo fulcro. Seguendo tale impostazione l'oggetto dell'obbligo di vigilanza sarebbe costituito non solo dal rispetto e dall'adeguatezza del Modello ma anche dalla tutela più generale di interessi che esorbitano dai confini dell'organizzazione. A conferma di ciò, l'esclusione della responsabilità per l'ente - si osserva - discenderebbe dalla corretta implementazione dei Modelli che non potrebbe che essere garantita dai compiti sia direttivi che anche di controllo dell'OdV³⁵⁴. La figura di quest'ultimo si inserirebbe, dunque, in una macro-posizione di garanzia di cui è formalmente investito l'intero ente.

³⁵⁴ Secondo A. GARGANI, 2002, cp. 1064, nel Decreto Legislativo n. 231/2001 “*logica della garanzia e logica della prevenzione si intrecciano funzionalmente, rispecchiando la necessità che l'addebito rivolto all'ente debba essere ancorato al mancato rispetto di standard doverosi, rectius alla mancata adozione dei modelli comportamentali*”. Aderiscono a tale impostazione A. IANNINI, G.M. ARMONE, *Responsabilità amministrativa degli enti e modelli di organizzazione aziendale*, Salerno Editrice, Roma, 2005, pp. 94-95; F. VIGNOLI, *Profili critici*

Così ragionando, in assenza di una precisa individuazione delle posizioni di garanzia nella realtà organizzata, è il Modello stesso a creare una espansione dell'obbligo di impedimento dei reati, dovendosi al suo interno predisporre una serie di figure di controllo per la gestione del rischio-reato. L'ente che sceglie di adottare Modello stabilisce quali soggetti saranno coinvolti a vario titolo nell'applicazione delle regole in esso contenute e nei relativi controlli, praticamente distribuendo le posizioni di garanzia³⁵⁵.

Se l'obbligo di impedimento risiede nella disposizione che impone l'adozione del Modello, spetta a quest'ultimo – quindi all'ente che lo adotta – l'assegnazione dei poteri e dunque la costruzione della fonte da cui far derivare la posizione di garanzia. In tale assegnazione si individueranno garanti orizzontali e verticali, a seconda che il soggetto sia chiamato a verificare che coloro a cui spetta la vigilanza e il controllo adempiano al loro compito oppure sorvegli sulla commissione dei reati. L'Organismo di Vigilanza non si ritiene pertanto escluso da tale reticolo di garanti.

Questa ricostruzione non ha tuttavia suscitato particolare attrazione, rintracciandosi in essa alcune criticità. Non solo sembrerebbe, in un certo senso, sconfessare il fondamento della disciplina della responsabilità da reato degli enti, essendo idonea ad innescare - potenzialmente - espansioni di responsabilità degli individui; ma lo stesso ente, potrebbe, in conseguenza, decidere di adottare una rete organizzativa meramente "cartacea" ma in grado di rovesciare eventuali responsabilità della persona giuridica sui singoli, solo in forza della posizione loro attribuita dal Modello.

della responsabilità penale dell'organismo di vigilanza, in Resp. amm. delle società e degli enti, vol. 2, 2009, pp. 3 e ss.

³⁵⁵ “Nel prescrivere determinate forme di controllo e vigilanza, l'ente eserciterebbe una funzione precettiva direttamente attribuita in bianco dalla fonte legislativa”. Così A. GARGANI, cit., p. 1066.

3.1. L'ESCLUSIONE DELLA POSIZIONE DI GARANZIA IN CAPO ALL'ODV SECONDO L'ORIENTAMENTO MAGGIORITARIO

Molteplici sono le ragioni a sostegno della già anticipata esclusione della configurabilità della posizione di garanzia per l'OdV³⁵⁶.

Anche Linee-Guida di Confindustria – allineandosi alle considerazioni degli interpreti di cui si dirà a breve – individuano la funzione precipua dell'Organismo in una finalità preventiva indiretta, puntualizzando come l'organo in esame non serve alla prevenzione di episodi criminosi in concreto ma al rilevamento dei rischi e alla conseguente riduzione dei margini di commissione di illeciti³⁵⁷.

Si usa in primo luogo distinguere l'obbligo di garanzia, che fonda ai sensi dell'art. 40 cpv, c.p., una responsabilità omissiva per concorso nel reato commissivo, dall'obbligo di sorveglianza, inteso come obbligo giuridico gravante su specifiche categorie di soggetti, privi di poteri giuridici impeditivi, di vigilare sull'attività altrui per conoscere dell'eventuale commissione di fatti offensivi e di informare il titolare o il garante del bene (e che esula dall'applicazione della citata norma)³⁵⁸. A prescindere dal dibattito relativo al confine tra il potere-dovere di impedimento e il potere-dovere di

³⁵⁶ Spiegano le Linee-Guida di Confindustria, p. 71 che impone all'Organismo di Vigilanza un obbligo di impedire la realizzazione dei reati equivarrebbe ad attribuire compiti simili a quelli che nel nostro ordinamento ha la polizia giudiziaria. Sul tema anche L. TROYER, A. INGRASSIA, *Vi è una posizione di garanzia in capo ai membri dell'Organismo di Vigilanza?*, in Riv. dott. comm., 2008, VI, pp. 1265 e ss.; P. SFAMENI, *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori ed Organismo di Vigilanza*, in Riv. soc., vol. 1, 2007, pp. 180 e ss.; Secondo A. ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in Riv. trim. dir. pen. ec., 2002, "la minaccia penalistica potrebbe sortire effetti paralizzanti o disfunzionali" che incidono sulla pretesa autonomia dell'OdV". In senso contrario ad una posizione di garanzia C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest*, cit., p. 571; C. PEDRAZZI, *Corporate governance e posizioni di garanzia: nuove prospettive*, in AA.VV., *Governo delle imprese e mercato delle regole*, Milano, 2002, p. 1374.

³⁵⁷ "L'attribuzione all'Organismo di compiti di impedimento dei reati non si concilia con la sostanziale assenza di poteri impediti, giacchè l'Organismo non può neppure modificare, di propria iniziativa i modelli esistenti, assolvendo, invece un compito consultivo dell'organo dirigente cui compete il compito di modificare i modelli. L'Organismo di Vigilanza non ha obblighi di controllo dell'attività, ma doveri di verifica dell'idoneità e sufficiente dei modelli organizzativi a prevenire reati", *Linee Guida*, cit.

³⁵⁸ A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penae dell'impresa*, Firenze, 1985, pp. 175 e ss.

sorveglianza, le funzioni dell'Organismo non attengono quindi all'attività dell'ente e dei suoi membri ma all'osservanza del Modello organizzativo e alla sua concreta idoneità a ridurre il rischio-reato; inoltre, lo stesso agisce in forza di un incarico negoziale e in assenza di un fondamento normativo espresso del dovere di impedire i reati-presupposto di cui al D.lgs. 231/2001.

Ciò significa che anche volendo rintracciare una diversa base legislativa, la natura dei suoi poteri resterebbe comunque limitata alla vigilanza e all'eventuale coinvolgimento degli altri organi sociali, ai quali spetta invece adoperarsi per impedire o attenuare gli episodi delittuosi³⁵⁹.

Neppure è sembrato possibile collegare il potere dell'OdV alla sua posizione all'interno dell'ente, in quanto si ammetterebbe, in via occulta, una responsabilità di natura oggettiva, peraltro – si osserva – in netto contrasto con la *ratio legis*. Il Legislatore ha infatti previsto nel sistema di responsabilità da reato delle persone giuridiche l'istituzione di un organismo in grado di agire liberamente nella sua attività di supporto all'organo dirigente; la possibile responsabilità penale potrebbe anzi danneggiarne l'efficienza e la funzionalità.

Sempre con riguardo alle indicazioni legislative, si rammenta che allorquando si sia inteso ipotizzare la configurabilità della responsabilità in parola in capo ai membri dell'Organismo, il Legislatore sia stato esplicito. Il riferimento è agli obblighi di comunicazione gravanti sull'OdV secondo l'art. 52 del D.lgs. 231/ 2007 (disciplina antiriciclaggio).

Deve sul punto precisarsi che, ad oggi, l'Organismo è escluso dall'onere degli obblighi appena menzionati, in virtù della novella legislativa operata con il D.lgs. 90/2017 alla

³⁵⁹ “Prova di ciò è che nessun potere/dovere di intervento diretto è attribuito dalla legge all'Organismo di Vigilanza, il quale anche in caso di riscontrate violazioni del Modello, può al massimo rivolgersi all'organo di gestione per segnalare la commissione delle violazioni e, eventualmente per proporre l'applicazione delle sanzioni ovvero la modifica del Modello. Non sussistendo, dunque, in capo all'Organismo di Vigilanza, alcuna posizione di garanzia né alcun potere impeditivo si ritiene che esso non possa rispondere dei reati commessi dall'ente, neppure a titolo di concorso omissivo ex art. 40, 2 comma, c.p. Ciò detto resta ovviamente salva l'eventuale responsabilità penale dei componenti dell'Organismo di Vigilanza nel caso di concorso di questi ultimi con l'autore del reato, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 110 c.p.”, P. VALENSISE, *L'Organismo di Vigilanza ex D.lgs. 231/01: considerazioni sui poteri, composizione e responsabilità*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2009, p. 381.

disciplina del 2007 e che sarà oggetto di specifica analisi. Rispetto alla responsabilità penale dell'OdV resta comunque valida l'osservazione in merito alle intenzioni del Legislatore, *a fortiori* a seguito della recente modifica alla disciplina antiriciclaggio che ha eliminato la possibilità dell'insorgere di una tale responsabilità nell'unico settore in cui se ne ipotizzava la configurabilità.

Dottrina più attenta alle esperienze di altri ordinamenti in materia ha infine sottolineato come sia proprio la connotazione ibrida³⁶⁰ che assume nel nostro sistema l'Organismo – sul piano strutturale e su quello funzionale – ad avere schermato i suoi componenti dall'eventualità di addebiti in sede penale. In effetti, la figura che sul piano internazionale è più affine all'Organismo di Vigilanza, ovvero quella del *Compliance Officer*, risulta già essere stata gravato di veri e propri doveri di prevenzione dei comportamenti illeciti degli esponenti aziendali, con conseguenze di natura penale (oltre che amministrativa).

La Corte di Cassazione Federale tedesca³⁶¹ ha con una pronuncia sancito – non senza suscitare aspre critiche della dottrina tedesca - la posizione di garanzia del titolare della funzione aziendale di *compliance*, ritenendo che lo stesso dovesse rispondere per omesso impedimento dei reati collegati all'attività d'impresa.

Ha rispecchiato la stessa tendenza, nel Regno Unito, l'irrogazione da parte della *Financial Services Authority* (FSA) al *Compliance Officer* di una società di gravose pene pecuniarie e interdittive per non essersi attivato – pur a seguito della ricezione di segnalazioni - nell'accertare pratiche illecite.³⁶²

³⁶⁰ “la sua natura sui generis rispetto sia ad un manager addetto alla compliance sia ad un tradizionale organo sociale di controllo (collegio sindacale)”, V. MONGILLO, *L'Organismo di Vigilanza*, cit., p. 11.

³⁶¹ BGH, *Bundesgerichtshof*, sentenza del 7 luglio 2009.

³⁶² Dal punto di vista legislativo si riscontra però una limitazione dell'operatività dei compiti istituzionali dell'OdV. Il *Bribery Act* ha infatti previsto, alla Sezione 7, disposizioni che riguardano le frodi commesse dai vertici apicali in favore e nell'interesse della società per cui operano.

3.2. LA POSIZIONE DELLA GIURISPRUDENZA SULLA RESPONSABILITÀ DELL'ODV

Anche in giurisprudenza è assolutamente prevalente l'opinione che esclude che la nomina dell'Organismo di Vigilanza determini la costituzione di una posizione di garanzia con rilevanza sul piano penalistico, ai sensi e per gli effetti dell'art. 40, comma 2, c.p., sia perché l'obbligo giuridico di cui a tale norma si fonda “su espliciti poteri doveri impeditivi e non sulla base di un generale dovere di sorveglianza”³⁶³, sia perché si ritiene che debbano ritenersi estranei all'Organismo i poteri di intervento in parola nei confronti di comportamenti irregolari o illeciti e poteri disciplinari o sanzionatori diretti.

Il regime della responsabilità è stata vagliata diversamente, a seconda che il riferimento siano i reati dolosi o quelli colposi, che sono stati aggiunti nell'impianto normativo oggetto della trattazione dalla L. n. 123/2007³⁶⁴.

Nel primo caso, confermando l'inapplicabilità dell'art. 40 del codice penale, è stata ritenuta inconcepibile una “(cor)responsabilità dei membri dell'Organismo di Vigilanza a titolo di concorso omissivo nei reati commessi dall'ente”, come conseguenza dell'inadempimento colposo dei propri compiti di vigilanza (sul funzionamento e l'osservanza dei Modelli, nonché di cura del loro aggiornamento).

Nella seconda ipotesi, che sarà oggetto di approfondimento successivo, si è ammessa la configurabilità, ai sensi dell'art. 113 c.p.p., della responsabilità penale dei membri dell'OdV. Secondo la giurisprudenza formatasi in materia affine, trattandosi solo di consulenti, i risultati dei loro studi e delle loro elaborazioni – come in qualsiasi altro settore dell'amministrazione dell'azienda (ad esempio, in campo fiscale, tributario, giuslavoristico), vengono fatti propri dal vertice che li ha scelti e che della loro opera si

³⁶³ Cass. Pen., Sez. IV, sentenza n. 44777/2007. In Cass. Pen., Sez. IV, sentenza n. 25527/2007 si legge che non è sufficiente “l'esistenza dell'obbligo generato dal contratto” ma occorre che vi sia “l'effettivo trasferimento al garante derivato dei poteri doveri impeditivi non solo giuridici, ma anche fattuali”.

³⁶⁴ L'art. 9 della legge n. 123 del 3 agosto 2007 ha introdotto nel D.lgs. 231/2001 l'art. 25-*septies*, dedicato all'omicidio colposo e alle lesioni colpose gravi o gravissime, commessi con violazione delle norme antifortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro.

avvale per meglio ottemperare agli obblighi di cui è esclusivo destinatario e, perciò, “non rispondono in quanto tali per la mancata attuazione delle misure prevenzionali”³⁶⁵.

Seppure il panorama giurisprudenziale sia uniformemente orientato nel senso dell'esclusione di una responsabilità penale dell'Organismo di Vigilanza, si è registrata una pronuncia con cui la Corte di Cassazione, nel famoso caso “Impregilo”, si è espressa nella direzione opposta. La vicenda, avente ad oggetto la commissione di un delitto di aggioaggio tramite diffusione di notizie false da parte del Presidente del Consiglio di Amministrazione e dell'Amministratore Delegato della società³⁶⁶, ha affrontato diversi “temi caldi” della disciplina della responsabilità da reato degli enti³⁶⁷ ma, per quel che rileva in questa sede, ha fondato il riconoscimento di una carenza organizzativa nel sistema prevenzionistico della società anche sul mancato controllo dell'Organismo di Vigilanza sull'operato degli amministratori.

Più precisamente, non è stato ritenuto sufficientemente autonomo ed effettivamente provvisto di poteri di controllo l'OdV monopersonale della società, affidato ad un membro dell'*Internal Audit*, che avrebbe dovuto trovarsi nelle condizioni di esprimere il proprio dissenso rispetto all'atto di gestione, nel caso di specie (riguardante la fattispecie criminosa di aggioaggio) costituito dal messaggio da comunicare al pubblico³⁶⁸. Solo in questo modo, secondo il ragionamento della Corte, l'OdV avrebbe

³⁶⁵ Cass. Pen., Sez. III, sentenza n. 20904/2001; Cass. Pen., Sez. IV, sentenza n. 11351/2006; Cass. Pen., Sez. IV, sentenza n. 15226/2007.

³⁶⁶ Si riportano di seguito i passaggi salienti della vicenda: con giudizio abbreviato il G.U.P. di Milano assolveva la Impregilo S.p.A. dal delitto di aggioaggio ritenendo il Modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire il reato verificatosi e il reato compiuto tramite elusione fraudolenta dello stesso Modello; la Corte d'Appello di Milano confermava gli assunti del giudice di primo grado; la questione giunge alla Corte di Cassazione, la quale annulla la pronuncia e rinvia per nuovo esame, all'esito del quale il giudizio viene ribaltato, ravvisandosi il deficit colposo di organizzazione, anche rispetto al mancato controllo dell'Organismo di Vigilanza sull'atto di gestione da cui si sarebbe originato il reato.

³⁶⁷ Tra cui il concetto di elusione fraudolenta e l'importanza delle Linee Guida elaborate dalle associazioni di categoria.

³⁶⁸ Secondo la Corte la procedura sui comunicati al mercato avrebbe dovuto prevedere anche un *check* finale sul comunicato approvato dagli apicali e non soltanto la bozza di comunicato formato dagli uffici aziendali. Nella pronuncia, in verità, si afferma quanto segue: “*Ebbene non è stato chiarito se la modifica (o manipolazione che dir si voglia) della bozza elaborata dagli organi interni sia stata comunicata (si intende: prima cioè che il messaggio venisse diramato)*”

potuto mettere in allarme i destinatari e prevenire il rischio³⁶⁹, con ciò dimostrando l'adeguatezza del Modello organizzativo.

Tralasciando il *deficit* di indipendenza riscontrato in un OdV monocratico e costituito da un soggetto membro di un organo sottoposto alle dipendenze degli amministratori – nella pur già più volte richiamata assenza di indicazioni univoche sul tema della composizione dell'Organismo – non può non evidenziarsi l'alterazione del ruolo di quest'ultimo provocata dalla pronuncia in esame. La Corte di Cassazione conferisce infatti all'OdV non solo il potere – già di per sé ultroneo - di partecipare a processi decisionali interni alla società ma anche quello - decisamente eccessivo - di intervenire per la tutela di interessi esterni alla società (degli investitori, dei risparmiatori e dei destinatari delle comunicazioni sociali).

All'indomani della sentenza, i commentatori hanno perciò da subito sollevato parecchie riserve sul ragionamento della Suprema Corte³⁷⁰.

In primo luogo, si è guardato con un certo timore al ruolo proattivo assegnato all'OdV relativamente alle comunicazioni di informazioni “*price sensitive*” al mercato da parte di società quotate³⁷¹, intravedendosi in siffatta ricostruzione una spinta – seppur in forma embrionale – ad attrarre l'OdV nella sfera di garanzia penale.

all'organo di controllo o se, viceversa, come sembra emergere dalla sentenza di merito, questo fosse un ulteriore “passaggio” cui Presidente e AD non erano tenuti”.

³⁶⁹ “se all'organo di controllo non fosse nemmeno concesso di esprimere una *dissenting opinion* sul prodotto finito (rendendo in tal modo manifesta la sua contrarietà al contenuto della comunicazione, in modo da mettere in allarme i destinatari) è evidente che il modello organizzativo non possa ritenersi atto a impedire la consumazione di un tipico reato di comunicazione, quale – per quel che si è già detto – è l'aggiotaggio” (Cass. Pen., Sez. V, sentenza n. 3307/2014).

³⁷⁰ In proposito, L. SANTANGELO, *Prevenzione del rischio di commissione di aggiotaggio ed “elusione fraudolenta” del Modello organizzativo*, 3 marzo 2014, www.dirittopenalecontemporaneo.it.

³⁷¹ Secondo V. MONGILLO, *L'Organismo di Vigilanza nel sistema della responsabilità da reato*, cit., p. 14, “il robusto modello di vigilanza delineato dalla Cassazione altera vistosamente il disegno normativo in materia di competenze e metodologie dell'attività di controllo dell'OdV. Ciò che può pretendersi da un ente societario è la predisposizione di un'efficace procedura preventiva che, in linea con il canone della segregazione delle funzioni nei processi a rischio, preveda nella materia degli abusi di mercato almeno: a) la descrizione e trasmissione dei dati rilevanti ad opera delle funzioni aziendali che ne abbiano cognizione diretta; b) l'elaborazione della bozza di documento da parte di un ufficio interno competente; c) l'impossibilità per il vertice societario di diffondere direttamente la versione definitiva del comunicato stampa contenente informazioni *price sensitive*, investendo quindi del compito una

Le argomentazioni sono poi sembrate inficiate da una confusa sovrapposizione tra l'apparato cautelare - governato da precise regole - e sistema di controllo sul Modello, affidato all'OdV³⁷², con rilevanti conseguenze sulla ricostruzione della colpa *in organizzazione*³⁷³.

Ciononostante, si è ribadito come all'Organismo di Vigilanza non competa alcun controllo sugli atti gestori e tanto meno il diretto impedimento di condotte delittuose da parte degli esponenti aziendali, rivendicando un'attività dell'Organismo di verifica – attraverso *audit* programmati, controlli a sorpresa, raccolta di segnalazioni, ecc. – della funzionalità e del rispetto delle cautele³⁷⁴.

Le preoccupazioni per una deformazione ad opera giurisprudenziale dell'OdV sembrano comunque potersi dipanare in via definitiva, specie in quanto – come anticipato - non risultano orientamenti giurisprudenziali conformi a quello della vicenda *Impregilo*³⁷⁵.

funzione appositamente dedicata; d) in caso di modifiche alla bozza di comunicato apportate dal presidente o amministratore delegato dell'ente, il ritorno del documento per le necessarie verifiche agli uffici interni competenti (con opportuna segnalazione anche all'OdV dell'accaduto), così da poter essere diramato solo con il consenso di tutti gli attori della procedura”.

³⁷² Secondo V. MANES e A.F. TRIPODI, *L'idoneità del modello organizzativo*, in La responsabilità “penale” degli enti. Dieci proposte di riforma, a cura di F. CENTONZE e M. MANTOVANI, Il Mulino, 2016, p. 145, “*invero è discutibile che all'OdV pertengano funzioni di controllo diretto e totale sugli atti di gestione (di competenza, semmai, dei sindaci) che la Corte pare assegnargli; e altrettanto lo è l'idea che il necessario flusso informativo abbracci ogni atto di gestione”.*

³⁷³ Essa appare “*strutturalmente e diacronicamente*” non condivisibile. “*Strutturalmente: in quanto nella delineazione del dovere cautelare, della misura preventivo-organizzativa, vengono estese in modo improprio le funzioni dell'OdV, attribuendo a questo anche la funzione di controllo sulla correttezza e legalità degli atti di gestione compiuti dall'organo di amministrazione (per desumere che nella fattispecie esaminata quel controllo non era avvenuto, o, in ogni caso, non era stato dimostrato che esso fosse previsto come necessario nel modello organizzativo). Diacronicamente: in quanto l'individuazione della regola cautelare è effettuata in chiave postuma e retroattiva; all'epoca dei fatti l'addebito non poteva essere mosso, perché la società aveva messo in atto tutti gli standard preventivi al tempo considerati soddisfatti e si era dunque dimostrata pienamente compliant”*, *Ibidem*, p. 146.

³⁷⁴ Nel caso di specie <<*la funzionalità e il rispetto del protocollo decisionale volto a contenere (...) il rischio di manipolazioni del mercato, segnalando agli organi sociali competenti le lacune del Modello e le deviazioni comportamentali eventualmente riscontrate, e proponendo gli opportuni provvedimenti “reattivi”>>. V. MONGILLO, cit., p. 14.*

³⁷⁵ Eccezion fatta, rispetto alla inefficacia dell'Organismo di Vigilanza monocratico, di una Ordinanza del Tribunale di Parma del 22 giugno 2015. In breve, la vicenda: in un procedimento

3.3. SUL COINVOLGIMENTO NEL REATO DEI MEMBRI DELL'ODV: LA SENTENZA N. 18160/2016

A conferma – allo stato – che la sentenza di cui si è appena detto rappresenti una pronuncia isolata nel panorama giurisprudenziale, deve riferirsi di un recente arresto di legittimità con cui la Corte di Cassazione³⁷⁶ si è espressa sui profili di responsabilità dell'organo amministrativo e su quello di Vigilanza in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro.

Più precisamente, i Giudici di terzo grado sono stati investiti dal ricorso proposto dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Gorizia avverso la decisione di non luogo a procedere del G.U.P. nei confronti del CdA di una società e dei componenti dell'OdV, tratti a giudizio per il reato di omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro consumatosi in un cantiere navale³⁷⁷.

per truffa in danno di un ente pubblico, il G.I.P. del Tribunale di Parma applicava ad una s.r.l. la misura cautelare interdittiva dell'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi per la durata di un anno e della revoca di quelli già concessi. La società proponeva allora appello avverso la pronuncia evidenziando, tra i vari motivi, l'adozione successiva di un Modello di organizzazione e di gestione e di un codice etico e la nomina di un OdV monocratico. Il Tribunale, tuttavia, rigettava l'appello cautelare ritenendo che l'adozione del Modello e la previsione dell'OdV monocratico non fossero elementi sufficienti ad eliminare il rischio di reiterazione del reato da parte della persona giuridica. Il Collegio ha puntualizzato che *“il fatto stesso che l'organismo di vigilanza sia di natura monocratica è idoneo a pregiudicare l'efficacia concreta della sua azione di monitoraggio che, considerati i trascorsi molto negativi della società, dovrà necessariamente essere assidua e assai penetrante”*.

³⁷⁶ Cass. Pen., Sez. I, sentenza n. 18168, 20 gennaio 2016.

³⁷⁷ Per la fattispecie di cui all'art. 437 c.p. la Procura chiedeva il rinvio a giudizio rispettivamente dei componenti del Consiglio di Amministrazione della società per avere omesso di collocare apparecchi idonei al sollevamento dei materiali a mezzo gru o per averne messi in numero insufficiente, e segnatamente appositi accessori quali baie o ceste idonee al carico dei materiali su una nave (con conseguenti lesioni gravi a carico di un operaio); dei componenti dell'OdV per aver omesso al Consiglio di Amministrazione e ai Direttori Generali e per non aver preteso che si ponesse rimedio ad una serie di carenze in tema di prevenzione degli infortuni che venivano segnalati nei report in tema di sicurezza all'interno del cantiere, i quali ripetevano da tempo la mancanza di impianti, apparecchi e segnali, ma che l'Organismo di Vigilanza avrebbe recepito passivamente, senza segnalare alcunché al datore di lavoro, e, al contempo, non approfondendo gli aspetti di gestione delle attrezzature di lavoro e l'utilizzo di appositi accessori quali baie o ceste.

L'oggetto della contestazione mossa all'Organismo di Vigilanza era rappresentato dall'aver omesso di segnalare agli amministratori la carenza in tema di prevenzione all'interno del cantiere. L'OdV, secondo l'impostazione accusatoria, avrebbe anzi dovuto esigere che si ponesse rimedio alla suddetta carenza³⁷⁸.

Il G.U.P., osservando come la fattispecie omissiva contestata potesse essere posta in essere solo da soggetti gravati da uno specifico obbligo di predisporre le cautele omesse, emanava decisione favorevole per gli imputati, non ritenendo sussistere in capo ad essi tale obbligo³⁷⁹. La Procura, attraverso il gravame esperito, criticava la decisione del Giudice sulla base dell'assunto per cui la delega non esonera il delegante dal vigilare sull'attività del delegato, permanendo la posizione di garanzia e della circostanza che tanto il Consiglio di Amministrazione quanto l'Organismo di Vigilanza fossero a conoscenza della manchevolezza di cautele. È importante evidenziare che – secondo la Procura – l'Organismo sarebbe venuto meno alla sua funzione di sollecitazione ad assumere iniziative concrete per la sicurezza.

I Giudici di legittimità rigettano allora il ricorso facendo chiarezza in merito alla corretta attribuzione delle responsabilità nel contesto organizzato.

Non può integrare alcun profilo di responsabilità diretta in capo all'Organismo di Vigilanza la mancata comunicazione al CdA delle patologie (caratterizzanti il cantiere navale in materia di sicurezza) legate all'omessa collocazione di impianti o apparecchi destinati a prevenire infortuni sul lavoro. Viene confermato il ragionamento del G.U.P. secondo cui la problematica è di "natura eminentemente organizzativa", non potendosi dilatare i compiti, e dunque le responsabilità dei membri del Consiglio di

³⁷⁸ Si contestava l'omissione della segnalazione "*al Consiglio di Amministrazione e ai Direttori Generali e di non aver preteso che si ponesse rimedio ad una serie di carenze in tema di prevenzione dagli infortuni che venivano segnalati nei report in tema di sicurezza all'interno del cantiere*".

³⁷⁹ L'obbligo di predisporre le cautele *de quibus* non gravava "*né sui membri dell'Organismo di Vigilanza, né sui membri del CdA, trattandosi di scelte di politica aziendale ed incombenze validamente delegate ai responsabili delle singole unità produttive*".

Amministrazione³⁸⁰ e non potendo – si aggiunge - alcun obbligo di intervento parimenti poter gravare sui componenti dell'Organismo di Vigilanza³⁸¹.

Le conclusioni della pronuncia ora in commento reiterano l'impostazione già indicata quale prevalente secondo la quale la funzione tipica dei membri dell'OdV consiste nel vigilare sul funzionamento, sull'osservanza e sull'aggiornamento dei Modelli; compiti questi, sguarniti di poteri impositivi/impeditivi.

Anche le stesse risultanze delle verifiche periodiche condotte dall'Organismo non costituiscono lo strumento a partire dal quale o con il quale è possibile pretendere un'azione di rimozione e rimedio da parte dell'organo amministrativo e di quello dirigente rispetto ad una rilevata carenza.

Lo svolgimento effettivo e puntuale di tali verifiche è un fattore decisivo per consentire all'ente di dimostrare l'idoneità del proprio impianto organizzativo, fermo restando che qualora i controlli dovessero effettuarsi solo apparentemente e superficialmente sarebbe invece senz'altro possibile riscontrare un difetto nell'organizzazione nel sistema di prevenzione.

3.4. DISCIPLINA IN MATERIA DI SICUREZZA E SISTEMA DI PREVENZIONE DEL REATO: APPLICABILITA' DELL'ART. 113 C.P. PREMESSE

Seguendo la giurisprudenza, che ha utilizzato la disciplina della cooperazione colposa ai componenti del servizio di prevenzione e protezione per la sicurezza, parte della dottrina ha ritenuto che la medesima disciplina possa trovare applicazione rispetto all'OdV.

³⁸⁰ *“sino a decidere se nell'ambito di una singola operazione di carico di tubi, andasse utilizzata una cesta”.*

³⁸¹ *“Desta perplessità la configurazione di una responsabilità in capo ai componenti dell'Organismo di Vigilanza basata sul non aver loro portato a conoscenza del Consiglio di Amministrazione le asserite manchevolezze che avrebbero afflitto i cantieri navali”. “Le perplessità” - spiegano i giudici – “sono causate da una inevitabile contraddizione nella quale la ricostruzione della vicenda sembra avvilupparsi, perché, se (...) i citati membri dell'Organismo di Vigilanza nulla avevano riferito ai membri del Consiglio di Amministrazione, è ben difficile ipotizzare una responsabilità in capo a questi ultimi per non avere adottato le cautele che le situazioni di pericolo avrebbero richiesto”.*

Come è noto, i requisiti dell'art. 113 c.p. sono rappresentati, da un lato, dalla partecipazione ad una dinamica criminosa, dalla relazione oggettiva tra le condotte e da quella soggettiva tale per cui ogni partecipe abbia consapevolezza di fornire il proprio contributo alla realizzazione dell'illecito, anche ove non voluto; dall'altro lato, dall'atteggiamento di negligenza, imprudenza e imperizia nei confronti del bene giuridico protetto. Posto che di tale figura la giurisprudenza ha riconosciuto la configurabilità anche nelle organizzazioni complesse³⁸², potrebbero rilevare penalmente attraverso la cooperazione colposa anche condotte di agevolazione o semplice partecipazione, con effetti espansivi in termini di responsabilità per i soggetti di cui si riconoscerebbe un apporto.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, pronunciandosi sul caso *Thyssenkrupp*, si sono sul punto espresse. È stato precisato che la situazione da ultimo ipotizzata si può configurare “quando la regola cautelare violata attiene all'obbligo di prevenire altrui condotte colpose” e che l'istituto della cooperazione colposa possa trovare “la sua applicazione elettiva nelle situazioni complesse dal punto di vista fattuale e organizzativo che vedono il coinvolgimento di diversi soggetti”. Secondo la Suprema Corte la figura si attaglia perfettamente a tali contesti dove i processi decisionali vedono il contributo di diversi livelli di potere, di diversificati ruoli, di distinte competenze e determinando “il coinvolgimento integrato di varie condotte che, solitamente, non possono essere considerate isolatamente senza perdere il loro significato”; ma siffatto coinvolgimento deve pur sempre essere imposto dalla legge o dalle esigenze organizzative connesse alla gestione del rischio, risultando l'assetto oggetto della consapevolezza dei partecipi.

Taluni ritengono di potere – sulla base delle condizioni indicate dalla pronuncia delle Sezioni Unite³⁸³ – ipotizzare la cooperazione colposa dell'OdV, a condizione che l'intervento di quest'ultimo, ove attuato, avrebbe impedito il reato.

³⁸² Possono in tali realtà confluire diverse condotte da parte di diversi soggetti, seguendo tempistiche differenti e nella consapevolezza di ciascuno che anche gli altri hanno preso o prenderanno parte all'azione.

³⁸³ Conoscenza o doverosa conoscibilità del pericolo, evitabilità dell'evento lesivo, omissione dell'intervento diretto all'eliminazione del rischio.

Non sembra tuttavia opportuno equiparare la materia della sicurezza con quella della prevenzione del reato³⁸⁴, in ciò ravvisandosi il rischio che la valutazione successiva del contributo causale dell'omissione prescindendo da quanto effettivamente il soggetto avrebbe potuto realizzare per impedire un reato, ossia dalla concreta conoscibilità della situazione da parte del garante e dalla sua diligenza.

In altri termini, ciò che potrebbe contestarsi all'Organismo di Vigilanza nell'ambito dell'accertamento sulla correttezza nello svolgimento del suo ruolo, dovrà necessariamente essere collegato ad un'inerzia o un'azione (per esempio un suggerimento errato) colpevole, da cui sia dipesa una determinazione da parte di colui che dell'inerzia (o azione) è stato destinatario e che sia stata idonea a produrre il reato.

Vi sono altresì orientamenti che depongono nel senso della totale esclusione della responsabilità dell'OdV ai sensi dell'art. 113 c.p. Poiché la condotta colposa dei componenti violerebbe le regole dei Modelli che, a loro volta, servono a saggiare l'efficacia dei presidi di prevenzione del reato, il "secondo livello di prevenzione" relativo ai comportamenti dell'Organismo si posizionerebbe al di fuori dell'area del rimprovero penale³⁸⁵.

3.5. L'ORGANISMO DI VIGILANZA E IL RESPONSABILE DEL SERVIZIO DI PREVENZIONE E PROTEZIONE

Come è noto, il D.lgs. 81/2008 ha previsto la figura del Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione (R.S.S.P.), la cui nomina rientra tra gli atti fondamentali spettanti al datore di lavoro - e non delegabili - in materia di gestione dei rischi. Dal punto di vista dell'inquadramento nel sistema interno di controllo aziendale, il

³⁸⁴ Esprime il timore di tale sovrapposizione F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, cit., p. 413.

³⁸⁵ "In altri termini: potrebbe esserci una condotta negligente dell'OdV o violativa di regole del Modello, ma non sembra che tali regole siano specificamente e direttamente volte alla prevenzione degli infortuni. Sembrano piuttosto "cautele di secondo grado", non prescrittive, in altri termini, il comportamento da tenere per evitare il sinistro. Quindi, potrebbe sussistere la coscienza del concorso, ma non è così scontato l'altro presupposto dell'atteggiamento colposo". Così M. ARENA, *La cooperazione dell'Organismo di vigilanza nel reato colposo*, www.aodv231.it.

Responsabile si trova in una posizione di dipendenza funzionale rispetto al datore di lavoro e di collaborazione con quest'ultimo attinente perlopiù a profili tecnici per l'analisi dei rischi legati alla sicurezza sul lavoro.

Le funzioni al cui adempimento è tenuto in concreto il R.S.P.P. sono puntualmente indicate dall'art. 33 del citato Decreto legislativo del 2008³⁸⁶ ma, in linea generale, i risultati della sua attività (sinteticamente: di consulenza, di individuazione dei fattori di rischio e della loro valutazione, di individuazione delle misure di sicurezza da adottare e di elaborazione delle procedure, di formazione e informazione ai lavoratori, di partecipazione alle riunioni) sono destinati al datore di lavoro, dotato di potere decisionale.

Il Responsabile è però anche un canale di collegamento tra il datore di lavoro e l'Organismo di Vigilanza poiché in ragione delle sue competenze può senz'altro agevolare il flusso informativo in materia. Egli rappresenta il motore del sistema prevenzionistico in azienda avendo il compito di rendere ottimale il livello di sicurezza e di salute.

Il Testo Unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro (T.U.S.L.) non contiene specifici obblighi direttamente impeditivi in capo al R.S.S.P.³⁸⁷ né alcun riferimento a responsabilità di natura penale; neppure si registrano in giurisprudenza orientamenti tali da riconoscere a tale figura una posizione di garanzia³⁸⁸.

³⁸⁶ Al comma 1 dell'art. 33, rubricato *Compiti del servizio di prevenzione e protezione*, si stabilisce che il servizio di prevenzione e protezione dei rischi professionali provvede: a) all'individuazione di fattori di rischio, alla valutazione dei rischi e all'individuazione delle misure per la sicurezza e la salubrità degli ambienti di lavoro, nel rispetto della normativa vigente sulla base della specifica conoscenza dell'organizzazione aziendale; b) ad elaborare, per quanto di competenza, le misure preventive e protettive di cui all'art. 28, comma 2 (che disciplina l'oggetto della valutazione dei rischi e del relativo Documento) e i sistemi di controllo di tali misure; c) ad elaborare le procedure di sicurezza per le varie attività aziendali; d) a proporre i programmi di informazione e formazione dei lavoratori; e) a partecipare alle consultazioni in materia di tutela della salute e sicurezza sul lavoro, nonché alla riunione periodica di cui all'art. 35 (disciplinante le riunioni periodiche tra le figure tipiche del sistema di prevenzione sul lavoro); f) a fornire ai lavoratori le informazioni di cui all'art. 36 (relativo ai temi su cui spetta al datore fornire ai lavoratori adeguata informazione).

³⁸⁷ L'art. 299 del T.U.S.L. – nello stabilire un'equivalenza tra la posizione di fatto e quella di diritto rispetto ai profili di responsabilità - si occupa, in effetti, dei soli poteri del datore di lavoro.

³⁸⁸ Cass. Pen., Sez. IV, sentenza n. 6277/2007; Cass. Pen. Sez. IV, sentenza n. 27420/2008.

Ciononostante, non può escludersi la cooperazione colposa con altri soggetti nel caso di infortuni sul lavoro. La giurisprudenza – a cui si è fatto solo cenno nel paragrafo precedente – ha infatti in più occasioni ribadito come il R.S.P.P. possa essere riconosciuto “*(cor)responsabile del verificarsi di un infortunio, ogni qualvolta questo sia oggettivamente riconducibile ad una situazione pericolosa che egli avrebbe avuto l’obbligo di conoscere e segnalare, dovendosi presumere che alla segnalazione avrebbe fatto seguito l’adozione, da parte del datore di lavoro, delle necessarie iniziative idonee a neutralizzare detta situazione*”³⁸⁹. Si pone quindi come antecedente causale delle decisioni assunte dal datore di lavoro il comportamento colposo del Responsabile. Questi, agendo con imperizia, negligenza, imprudenza o inosservanza di leggi e discipline, qualora anzi abbia dato un suggerimento sbagliato o abbia trascurato di segnalare una situazione di rischio, inducendo, così il datore di lavoro ad omettere l’adozione di una doverosa misura prevenzionale, “*risponderà insieme a questi dell’evento dannoso derivatone, essendogli ascrivibile un titolo di colpa professionale che può assumere anche un carattere addirittura esclusivo*”³⁹⁰.

Ad avere rilevanza penale è perciò l’inosservanza dell’obbligo di segnalazione da cui dipende la mancata attivazione del soggetto deputato alla rimozione del rischio; l’omessa o erronea segnalazione deve però essere supportata da un valore causale tale da far venir meno la predisposizione di una misura di prevenzione. La colpa del R.S.P.P. non è comunque valutata come specifica, stante l’evidenza per cui il soggetto non è diretto destinatario dei precetti prevenzionistici. Non mancano opinioni che – nel qualificare il contenuto della colpa della figura *de qua* – individuano il titolo di imputazione nella colpa professionale³⁹¹ per il contributo apportato all’evento lesivo.

³⁸⁹ Cass. Pen., Sez. IV, sentenza n. 38643/2013; Cass. Pen., Sez. IV, sentenza n. 1834/2010; Cass. Pen., Sez. IV, sentenza n. 2814/2011; Cass. Pen., Sez. IV, sentenza n. 2406/2017.

³⁹⁰ Cass. Pen., Sez. IV, sentenza n. 25288/2008.

³⁹¹ Si esclude che a partire dalla violazione di una regola di diligenza si possa giungere a quella di un obbligo di impedimento ai sensi dell’art. 40, comma 2, c.p. Sulla necessità di evitare una pericolosa confusione tra il momento omissivo della colpa e la posizione di garanzia, N. PISANI, *Posizione di garanzia e colpa di organizzazione nel diritto penale del lavoro*, in Dir. pen. dell’econ., vol. 1-2, 2009, p. 155.

Non sembra che la responsabilità per cui potrebbe essere imputabile il R.S.P.P. possa analogicamente estendersi all'OdV, non essendovi un'identità di requisiti (sia di diritto che in termini di poteri) tra le due figure.

Per completezza nell'esposizione delle varie elaborazioni, deve riferirsi che è stata tuttavia avanzata – sempre con riguardo alla materia della sicurezza sul lavoro – l'ipotesi del trasferimento della posizione di garanzia dal datore di lavoro all'Organismo di Vigilanza. Il ragionamento prenderebbe le mosse da quanto previsto dall'art. 16 del T.U.S.L., secondo cui anche qualora il datore di lavoro decidesse di avvalersi di una delega funzionale, lo stesso non sarebbe esente dall'obbligo di vigilanza sul corretto espletamento delle funzioni trasferite al delegato. Tale obbligo si intende invece assolto nel caso di adozione ed efficace attuazione del modello “di verifica e controllo di cui all'art. 30, comma 4” (così è identificato dal testo legislativo), ossia dal Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo previsto dal D.lgs. 231/2001³⁹². Pur rimanendo depositario dell'autorità organizzativa dell'ente e responsabile primario dell'assetto della sicurezza (e dunque di adottare eventuali contromisure), il datore può sfruttare il Modello per garantire una vigilanza continua, diffusa e sistematica sullo *status* delle cautele ma sarà tenuto in prima persona al solo controllo sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo per cui conferisce la delega e non anche sulle fonti di rischio; si affievolirebbe, conseguentemente, la sua posizione di garanzia, residuando in capo allo stesso una possibile *culpa in eligendo* o *in vigilando*³⁹³.

È evidente, da un lato, l'importanza che assumerebbero pertanto i Modelli organizzativi³⁹⁴, non solo rispetto all'esonazione della responsabilità per l'ente ma anche rispetto a quella del datore di lavoro; dall'altro, il potenziale slittamento di

³⁹² Si tratta della modifica avvenuta con l'intervento correttivo apportato dal Legislatore con il D.lgs. 106/2009. Il datore di lavoro è ammesso ad adempiere efficacemente al proprio obbligo di vigilanza mediante l'adozione di un modello organizzativo di verifica e controllo anziché farvi fronte personalmente.

³⁹³ N. PISANI, cit., *Ibidem*.

³⁹⁴ Secondo V. MONGILLO, *La delega di funzioni in materia di sicurezza del lavoro alla luce del d.lgs. n. 81/2008 e del decreto correttivo*, www.dirittopenalecontemporaneo.it, vol. 2, 2012, p. 89, il Legislatore ha in tal modo inteso introdurre una vera e propria presunzione assoluta di adempimento dell'obbligo di vigilanza, restando tuttavia un significativo margine di sindacato giurisdizionale in ordine ai requisiti di idoneità ed efficace attuazione del modello di controllo.

responsabilità che potrebbe investire l'Organismo di Vigilanza, qualora si riconoscesse in quest'ultimo quel presidio di controllo sulla vigilanza del Modello previsto dall'art. 30, comma 4, del D.lgs. 81/2008.

Il principale ostacolo all'estensione delle responsabilità del R.S.P.P. all'OdV risiede però in una sostanziale differenza delle attività che sono chiamati a svolgere all'interno dell'impresa: infatti, mentre il primo è tenuto ad un'analisi dei rischi rispetto all'area in cui opera, il secondo vigila sull'adeguatezza di un sistema predisposto da un altro soggetto.

Interpretando correttamente il dato normativo – oltre che una ricostruzione di carattere sistematica – sembra allora doversi negare il sorgere di un obbligo di impedimento in capo ai componenti dell'OdV. Il suo precipuo dovere resta la vigilanza sull'attuazione e l'adeguatezza dei protocolli preventivi in materia antinfortunistica, inclusi quelli informativi e di *audit* sull'efficace attuazione delle deleghe, esulando invece dalla sua competenza la supervisione diretta e il compimento di valutazioni tecniche sulle scelte e sull'operato del delegato³⁹⁵.

4. LA RESPONSABILITA' DELL'ORGANISMO DI VIGILANZA NELLO SCHEMA DELLA COLPA DI ORGANIZZAZIONE: UNA RICOSTRUZIONE DEL PROBLEMA

L'indagine sull'attività dell'Organismo di Vigilanza e sugli eventuali profili di responsabilità in capo ad esso configurabili non può prescindere dall'intersezione con la disciplina del D.lgs. 231/2001 e con il rilievo ivi attribuito alla colpa di organizzazione.

Posto che nel passaggio dal diritto penale classico o post-illuministico a quello moderno o della prevenzione, il reato colposo ha assunto un ruolo centrale e paradigmatico e la colpa è divenuta autentico prototipo della dogmatica del rischio, nel sistema della responsabilità delle persone giuridiche è possibile volgere lo sguardo a

³⁹⁵ Sul tema V. MONGILLO, *L'Organismo di vigilanza nel sistema della responsabilità da reato*, cit., p. 13.

questa componente soggettiva dell'illecito penale in molteplici direzioni. E, precisamente, nei confronti della persona fisica (quale autrice del reato-presupposto), nei confronti dell'organizzazione (per ciò che concerne la capacità dell'ente di gestire autonomamente la prevenzione dei reati al suo interno) e nei confronti di soggetti, organi, funzioni inseriti nel reticolo delle cautele predisposte dalla persona giuridica. È in quest'ultima dimensione che si inserisce il comportamento dell'Organismo di Vigilanza che – ormai sarà chiaro – è preposto al monitoraggio del livello di adeguatezza ed effettività del Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo. Come anticipato, vi è però un legame tra la responsabilità dell'OdV e quella dell'ente: non può esservi la prima senza accertamento della “colpa” del secondo e non possono esservi doveri per l'Organismo senza l'organizzazione della società attraverso il Modello. È la stessa disciplina del D.lgs. 231/2001 a stabilire questo intreccio, individuando quale segnale di una carente organizzazione preventiva l'inefficacia del Modello adottato e sulla cui valutazione incide l'attività o l'inerzia dell'organo che ne rappresenta il fulcro, ovvero l'OdV.

Nell'impianto di imputazione del reato all'ente, l'Organismo di Vigilanza rappresenta, come è stato affermato, un “meta-controllo”³⁹⁶, non risultando la sua attività polarizzata sull'evento-reato né sulle regole di condotta cui son tenuti i soggetti che gravitano nella compagine aziendale e in particolare quelli appositamente preposti alla prevenzione. Il terreno su cui l'Organismo si muove non è quello delle azioni e delle scelte effettuate dal soggetto collettivo bensì quello della tenuta del Modello in senso diacronico. Emblematica in tal senso - forse perché di più immediata percezione rispetto alla concreta operatività dell'Organismo - è l'attività di cura dell'aggiornamento del Modello, da intendersi esclusivamente come propositiva e che pertanto non può (non dovrebbe) esplicarsi nel momento della “materiale” modifica dello stesso.

La medesima *ratio* di mancata funzionalità governa la relazione tra l'OdV e lo schema di prevenzione di cui al D.lgs. 81/2008. Si è già avuto modo di evidenziare, sul punto,

³⁹⁶ Così 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*, a cura di A.M. STILE, A. FIORELLA, V. MONGILLO, Pubblicazioni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Roma “La Sapienza”, Jovene Editore, Napoli, 2014, p. 50.

come sebbene la normativa contenuta nel T.U.S.L. abbia previsto un'interazione tra il Modello "231" e il piano di sicurezza, il livello di sicurezza resti duplice e separato³⁹⁷. La traduzione pratica di questa separazione consiste nel rilievo del ruolo dell'Organismo soltanto qualora, in presenza di un infortunio, si riscontri una condizione di non-sicurezza nella complessiva organizzazione dell'ente. Solo di fronte a infrazioni di una certa rilevanza (per esempio, reiterate) del Modello che siano state parte del processo eziologico e organizzativo che ha prodotto l'evento deve indagarsi se l'Organismo di Vigilanza abbia o meno posto in essere "condotte consequenziali di valutazione, informazione e gestione del rischio sistemico"³⁹⁸.

A partire dalla mancanza di poteri di intervento, idonei a sollecitare azioni impeditive o frapporre ostacoli alla realizzazione dell'illecito, si ritiene altrettanto difficile attribuire una responsabilità all'Organismo di Vigilanza attraverso l'istituto della posizione di garanzia. Oltre all'impossibilità di intromettersi, come è già stato più volte sottolineato, nell'attività gestoria – nella sua componente statico-decisionale e in quella dinamico-esecutiva – difetta, infatti, a monte, un rapporto tra l'Organismo e il singolo fatto.

Ciò significa che a mancare – stante la generica previsione contenuta nell'art. 6, comma 1, lett. b) del D.lgs. 231/2001 – è un preciso obbligo di garanzia legalmente definito. A ciò si aggiunga che, da un lato, la riconduzione dell'Organismo ad una posizione del genere di quella in parola genererebbe ulteriori criticità – in termini di responsabilità - nell'ambito del fisiologico succedersi dei membri che compongono

³⁹⁷ Secondo A. ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, p. 43, se il sistema antinfortunistico da cui poi scaturiscono responsabilità penali individuali condivide "l'approccio preventivo che ispira il concetto di colpevolezza dell'ente in termini di preventive fault", si sostanzia nella formalizzazione, razionalizzazione e controllo dei processi decisionali dell'ente al fine di minimizzare rischi normativi per classi di fattispecie astratte, laddove invece il protocollo sulla sicurezza nei luoghi di lavoro definisce procedure operative e gestionali per lo svolgimento delle attività produttive e lavorative in sicurezza, con l'obiettivo di prevenire eventi avversi specifici di carattere fattuale. Sulla duplicità di piani di prevenzione ai sensi del D.lgs. 81/2008 e del D.lgs. 231/2001 anche S. BARTOLOMUCCI, *Gestione antinfortunistica e organizzazione special-preventiva: riflessioni propedeutiche alla delimitazione dei confini alla luce del novellato t.u. sicurezza*, in *Rivista231*, 2010, p. 49.

³⁹⁸ V. MONGILLO, cit., p. 57.

l'Organismo³⁹⁹ e dunque nel trasferimento dei relativi compiti; dall'altro, deve essere tenuto sempre a mente che l'adozione e l'attuazione del Modello costituisce – ad oggi un onere e non un obbligo. Appare perciò a monte problematico individuare una posizione di garanzia in un atto (facoltativo) frutto di autonomia privata la cui *ratio* è quella di ridurre le possibili conseguenze sfavorevoli per l'ente in caso di commissione di determinati reati⁴⁰⁰.

4.1. SEGUE: QUALIFICAZIONE DEL CONTRIBUTO NEGLIGENTE DELL'ORGANISMO DI VIGILANZA

Individuato l'esatto oggetto della vigilanza e riconosciuta l'inesistenza di una posizione di garanzia all'OdV, ci si deve interrogare sulla possibile configurabilità di una responsabilità per i suoi componenti attraverso il ricorso ad altri istituti propri del diritto penale.

A tal riguardo, si è già sopra illustrato come di fronte ad un comportamento non diligente dell'Organismo possa trovare spazio l'applicazione dell'art. 113 c.p., norma che consente di estendere la punibilità in capo a soggetti che violano – tramite proprie condotte – cautele che non presentano una connessione diretta con l'evento. Sul medesimo tema, la giurisprudenza si è da tempo orientata nel senso di riconoscere all'art. 113 c.p. una portata estensiva tale per cui la sua efficacia incriminatrice si spingerebbe sino a ricomprendere condotte “atipiche, agevolatrici, incomplete, di

³⁹⁹ Ci si dovrebbe infatti interrogare sulla riconducibilità dell'OdV ad una posizione di protezione o di controllo. Se la posizione di protezione non può essere trasferita, salvo che per espressa previsione legale, in quanto i beni protetti sono sul piano negoziale indisponibili e in quanto il soggetto è tenuto a tutelare il bene anche quando questi è in mano altrui, quella di controllo attiene invece ad attività e, una volta ceduta, essa si pone al di fuori dalla sfera di (controllo e) intervento del garante. Sul tema A. GARGANI, *Ubi colpa, ibi omissio*, Indice Penale, 2000, p. 599.

⁴⁰⁰ Sul tema P. ALDOVRANDI, *I modelli di organizzazione e di gestione nel D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: aspetti problematici dell'“ingerenza penalistica” nel “governo” delle società*, in Riv. trim. dir. pen. economia, p. 463. Secondo l'Autore l'onere previsto dall'art. 6 del decreto 231 “non può trasformare il modello prevenzionale, una volta che questo sia attuato, in qualcosa di ontologicamente diverso, vale a dire in una formale posizione di garanzia relativa all'impedimento dei reati presupposto in relazione ai quali il modello è stato implementato nella organizzazione di impresa.

semplice partecipazione” che non sono causali rispetto al verificarsi dell’evento e che, quindi, per assumere significato hanno bisogno di coniugarsi con altre condotte⁴⁰¹.

In tale prospettiva, la necessità di vigilare sull’operato altrui attivandosi ove necessario e coordinandosi con più soggetti per regolarne o moderarne la condotta – che non rappresenta, giova ribadirlo, il contenuto di una posizione di garanzia – potrebbe rappresentare l’oggetto della diligenza dovuta (perciò richiesta) all’Organismo di Vigilanza. In altri termini, il rimprovero che gli si potrebbe muovere attiene al rispetto di quell’obbligo relazionale che è immanente alle strutture pluripersonali complesse e cioè l’obbligo di prudente interazione.

Sono in effetti riscontrabili nella fisionomia dell’Organismo di Vigilanza - per come ovviamente delineata dagli operatori del diritto e dalle Associazioni di categoria – caratteristiche su cui potrebbe innestarsi una responsabilità di natura colposa, relative rispettivamente al contesto in cui opera, alla sua funzione tipica, a ciò che rappresenta per gli altri componenti dell’organizzazione, alla sua posizione di percettore del rischio. Il contesto in cui l’Organismo esercita la propria attività è naturalmente quello aziendale, ontologicamente caratterizzato, come precisato, dall’intreccio tra obblighi di avvedersi di una situazione di rischio e di porvi rimedio; il suo precipuo compito è la vigilanza sul Modello, nel senso della adeguatezza dello stesso all’organizzazione e alle sue evoluzioni e della verifica che sia i vertici che i dipendenti dell’ente non violino le norme ivi previste; l’Organismo rappresenta, agli occhi delle persone fisiche che compongono l’impresa, un’istanza di controllo cui rivolgersi per la segnalazione di carenze o di malfunzionamenti dell’organizzazione; *last but not least*, l’Organismo può incidere sul livello di percezione del rischio-reato, la cui modulazione dipende da ciò che si riferirà circa lo *status* dell’effettività delle cautele⁴⁰².

⁴⁰¹ Cass. Pen., Sez. IV, sentenza n. 36280/2012.

⁴⁰² Dalla mancata rilevazione e/o segnalazione (attraverso l’attività di *reporting*) di un’anomalia gli amministratori possono desumere la correttezza del proprio operato. Sul tema F. CONSULICH, *Vigilantes puniri possunt: i destini dei componenti dell’Organismo di Vigilanza tra doveri impeditivi e cautele relazionali*, Riv. trim. dir. pen. econ., vol. 3, 2015. Secondo l’Autore “l’ODV è in grado di influenzare le aspettative di comportamento di dipendenti e organi dell’azienda, le convenzioni tacite, i riti ed i costumi riconosciuti nell’ente, fornendo ai controllati la percezione di un controllo assente oppure capillare ed effettivo; è, in altro modo, un soggetto che con la propria operatività è in grado di accrescere la percezione della

Una responsabilità potrà allora sorgere non per il (semplice) disimpegno nello svolgimento della propria funzione ma al sussistere di una negligente interazione che abbia determinato un ulteriore comportamento negligente⁴⁰³, pur sempre inserendosi in uno schema causalmente orientato della colpa.

Le forme in cui la cooperazione colposa potrebbe allora configurarsi sono state identificate nella codeterminazione di una condizione di rischio, che favorirebbe l'azione imprudente altrui e nell'asseverazione di quanto sottoposto alla vigilanza. Nell'un caso, l'Organismo si renderebbe colpevole di valutazioni incomplete dei rischi (e quindi dell'adeguatezza del Modello), di verifiche inefficaci, di un *reporting* parziale e, in generale, di reazioni inadeguate rispetto alle violazioni delle procedure rilevate; nell'altro caso, il comportamento si sostanzierebbe in una "formalizzata accondiscendenza" all'attività gestoria, in grado di ridurre la percezione del rischio effettivamente esistente.

4.2. COOPERAZIONE COLPOSA E AGEVOLAZIONE COLPOSA

Se le condizioni per il delinarsi di un contributo colposo possono rinvenirsi nel mantenimento di un contegno dell'OdV nell'attività relativa all'acquisizione, alla valutazione e alla segnalazione delle informazioni riguardanti il sistema di prevenzione del rischio-reato che si riveli idonea a determinare l'azione altrettanto negligente dei destinatari di tale attività, diverso è l'atteggiarsi del possibile contributo di tipo agevolativo.

Rispetto a quest'ultimo, è parsa ipotizzabile per i membri dell'Organismo di Vigilanza una forma di agevolazione "speciale per specificazione" rispetto a quella dell'ente, che invece consiste nella mancata adozione del Modello o nell'adozione di un protocollo

collettività aziendale (...) Ecco la normogenesi delle cautele relazionali che astringono i componenti dell'ODV: i vincoli di condotta prudente dipendono dal ruolo e dalle aspettative di cui è destinatario l'organismo: attraverso la mancata censura di procedure rischiose, l'organismo può rafforzare la fiducia di agire correttamente (...), determinando l'autoesposizione a pericolo (...) nell'errata convinzione che i controlli interni funzionino, e la mancata adozione di altre cautele", p. 457.

⁴⁰³ "ad esempio inducendolo a omettere, aggiornare o rimuovere cautele, presidi, sinergie con altri professionisti che avrebbero avuto valenza impeditiva del fatto", *Ibidem*.

inefficace. Secondo una tale impostazione – che mette in correlazione la colpevolezza dell'ente e quella dell'organo di controllo previsto dal D.lgs. 231/2001⁴⁰⁴ - l'agevolazione dell'OdV consisterebbe nel provocare, attraverso il proprio insufficiente disimpegno, l'ineffettività del Modello.

Invero, sono state rintracciate alcune caratteristiche dell'Organismo a partire dalle quali si potrebbe pervenire alla configurazione di una sua responsabilità in qualità di "agevolatore"⁴⁰⁵ ma la valutazione dell'interprete su una condotta di tal genere realizzata dal componente dell'OdV non potrà prescindere – ed è ciò che maggiormente rileva – dalla ricerca di un coefficiente causale.

Affinché il contributo possa ritenersi degno di attenzione dal punto di vista del diritto penale deve, in altri termini, accertarsi la sua idoneità in concreto a provocare (ad aver provocato) la condotta illecita di un altro soggetto. Per tali ragioni, si ritiene che l'agevolazione dell'Organismo di Vigilanza debba più facilmente assumere – rispetto ad un eventuale giudizio di accertamento - le sembianze di una condotta esclusivamente commissiva.

4.3. TRA L'AZIONE E L'OMISSIONE: LA TOLLERANZA DELL'ORGANISMO DI VIGILANZA

A metà strada tra la condotta attiva e quella omissiva, si inserisce il silenzio riconducibile ad un eventuale atteggiamento tollerante dell'Organismo di Vigilanza.

⁴⁰⁴ E. PALIERO, *Art. 7 - Soggetti sottoposti all'altrui direzione e modelli di organizzazione dell'ente*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti: d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di M. LEVIS e A. PERINI, Zanichelli, Bologna, p. 95, delineando l'esistenza di una posizione di garanzia "complessa" in capo all'OdV (il cui contenuto sarebbe rappresentato dal dovere di predisporre un modello di prevenzione efficiente, condiviso tra ente e organismo di controllo), pone una connessione tra colpevolezza dell'ente e colpa dell'OdV.

⁴⁰⁵ "Il comportamento del membro dell'organo di cui all'art. 6 del D.lgs. 231/2001 ha, in effetti, le "stigmati" dell'agevolazione: in prima battuta, la dipendenza logica da un delitto materialmente commesso da altri, in seconda battuta la natura qualificata del soggetto che facilita la commissione del reato altrui; infine, la rilevanza mediata, in quanto solo la realizzazione del comportamento inosservante principale potrà "attivare" la pericolosità ancora generica e apparentemente indeterminata che, ex ante, caratterizza la condotta dell'agevolatore", F. CONSULICH, *Vigilantes puniri possunt*, cit., p. 460.

Va da sé che, in tal caso, la questione risiede nel valore che a quel silenzio⁴⁰⁶ è attribuibile e, cioè, nel comprendere se lo stesso rilevi quale connivenza non punibile – in assenza, come si è detto, di una posizione di garanzia in capo all’Organismo – o possa invece qualificarsi come una sorta di incoraggiamento al comportamento criminoso.

Dalla scelta dell’una o dell’altra interpretazione dipendono le conseguenze sempre rispetto al possibile riconoscimento della responsabilità penale, soprattutto per il contesto di riferimento della presente analisi. Non sono infatti mancate esperienze di addebiti rivolti proprio agli organi (in particolare quelli di vertice) che agiscono all’interno dell’impresa e correlati alle posizioni da questi assunte all’interno dell’organigramma societario e che hanno perciò stimolato la riflessione sui possibili contenuti della tolleranza⁴⁰⁷.

Ribadendo la circostanza per la quale l’OdV è sprovvisto di poteri impeditivi, il suo “lasciar fare” dovrà necessariamente riferirsi al non-intervento rispetto a comportamenti di natura comunicativa.

Le ipotesi allora da considerare dovranno, da un lato, riguardare un atteggiamento di adesione a quanto sottoposto di volta in volta all’attenzione dell’Organismo e potranno, dall’altro, essere valutate in base alla loro ripetizione nel tempo. Detto altrimenti, per attribuire un significato eventualmente penale alla tolleranza dell’OdV, dovrebbe guardarsi all’(in)attività e alla sua reiterazione. Anche per tale figura, inoltre, non ci si

⁴⁰⁶ Sul valore del silenzio nel diritto penale si pensi alla letteratura e alla giurisprudenza sui delitti commessi con frode e, in particolare, alla truffa. Secondo C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955, ora pubblicato in *Diritto Penale*, vol. II, 2002, “A differenza della pura inerzia, il silenzio può talvolta possedere ben altro potenziale di efficacia (...) e può acquistare un chiaro valore espressivo”.

⁴⁰⁷ Sul concetto di tolleranza, N. SELVAGGI, *La tolleranza del vertice tra “inerzia” e “induzione al reato”*. *La responsabilità penale ai confini tra commissione e omissione*, Napoli, 2012. Secondo l’Autore, dal comune presupposto, rappresentato dalla consapevolezza dell’attività illecita altrui, possono derivare tre distinte situazioni: la prima, “che sembra caratterizzare in via prevalente il contenuto dei casi normalmente sottoposti all’attenzione della pratica, corrisponde al “non intervento” puro e semplice da parte del vertice; l’altra è connotata dalla circostanza dall’atteggiamento del vertice medesimo, per le forme attraverso le quali si esprime, appare “significativo” o “comunicativo” di un consenso all’illecito, spesso accompagnato, però, dal non impedimento del reato altrui (...); l’ultima, infine, è contrassegnata dal carattere di positivo incoraggiamento al reato, riconoscibile, in definitiva, nel comportamento di chi agisce in posizione apicale.

potrebbe esimere dal tenere in debita considerazione altri elementi e circostanze ulteriori per apprezzare la qualità della condotta “tollerante”.

Nell’attribuzione di una valenza positiva (commissiva) a quest’ultima potrebbe infatti giocare un ruolo determinante solo quel comportamento in grado di esprimere un impulso (di dare una direzione) nell’ambiente e verso i soggetti a cui è destinato, aumentando il rischio. Nel caso dell’Organismo di Vigilanza, può immaginarsi - dal punto di vista materiale - una mancata e ripetuta attivazione di fronte a concreti segnali di allarme che può per esempio tradursi nella comunicazione più volte indirizzata all’organo di controllo avente ad oggetto la necessità di non intervenire sul Modello organizzativo anche a seguito dell’emersione di anomalie presso determinate strutture o rispetto a specifiche attività.

Ma ciò evidentemente non può bastare per una valutazione penalistica della tolleranza. Perché il silenzio possa ritenersi eloquente, deve ad esso collegarsi un preciso significato, il quale, a sua volta, dovrà corrispondere al rafforzamento dell’attività criminosa o alla sua determinazione. Di nuovo, più fattori potranno fungere da indicatori dell’inerzia qualificata, consentendo la loro aggregazione di pervenire eventualmente all’interpretazione di un comportamento sistematico come di incoraggiamento al reato.

In assenza di ulteriori elementi che invigoriscano il contegno, esso non sembra poter assurgere a condotta significativa, positiva e, in quanto induttiva, punibile. Diversamente, del resto, ove si tralasciasse un’approfondita indagine sulle circostanze di fatto che gravitano attorno al comportamento inerte e vago come è quello tollerante, il rischio sarebbe quello di debordare in un diritto penale del pericolo astratto, “poco selettivo del rilevante penalistico”⁴⁰⁸.

⁴⁰⁸ Così A. SERENI, *L’ente guardiano. L’autorganizzazione del controllo penale*, Giappichelli Editore, 2016, p. 126.

5. D.LGS. N. 231/2007 E ORGANISMO DI VIGILANZA: LE MODIFICHE APPORTATE DAL D.LGS. N. 90/2017 ALLA NORMATIVA ANTIRICICLAGGIO

Si è già riferito di come i compiti attribuiti all'Organismo di Vigilanza dalla disciplina contenuta nel D.lgs. 231/2007 abbiano rappresentato il fondamento di una delle argomentazioni a favore della configurabilità in capo a quest'ultimo di una posizione di garanzia.

Infatti, in aggiunta al ruolo assegnato all'OdV dall'art. 6, lett. b) del D.lgs. 231/2001, con l'entrata in vigore della disciplina antiriciclaggio⁴⁰⁹ - e fino all'introduzione del D.lgs. 90/2017⁴¹⁰ - erano per questo previsti ulteriori obblighi. Precisamente, all'art. 52, comma 1, del D.lgs. 231/2007, rubricato "Organi di controllo", era previsto che, oltre al collegio sindacale, al consiglio di sorveglianza, al comitato di controllo di gestione e a tutti i soggetti incaricati del controllo di gestione comunque denominati, anche l'OdV risultasse tra i soggetti destinatari degli obblighi contenuti nella normativa; segnatamente, dei seguenti obblighi informativi: comunicare, senza ritardo alle autorità di vigilanza di settore tutti gli atti o fatti di cui fossero venuti a conoscenza nell'esercizio dei propri compiti che potessero costituire violazione delle disposizioni emanate ai sensi dell'art. 7, comma 2, d.lgs. 231/2007 (relative alle modalità di adempimento degli obblighi di adeguata verifica del cliente, dell'organizzazione, registrazione, alle procedure e ai controlli interni volti a prevenire l'utilizzo degli intermediari e degli altri soggetti che svolgono attività finanziaria ai fini del riciclaggio o finanziamento del terrorismo); comunicare senza ritardo al titolare dell'attività o al legale rappresentante o un suo delegato le infrazioni di cui avessero notizia all'art. 41, d.lgs. 231/2007 (relative all'obbligo di segnalazione delle c.d. operazioni sospette riguardanti sia attività aventi ad oggetto denaro/utilità di sospetta provenienza dai delitti di riciclaggio sia quelle aventi ad oggetto denaro/utilità che si sospetta possano

⁴⁰⁹ Il D.lgs. 231/2007 è entrato in vigore in attuazione della Direttiva 2005/60/CE concernente la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo.

⁴¹⁰ Con cui è stata data attuazione alla IV direttiva antiriciclaggio.

essere destinate al finanziamento del terrorismo); comunicare entro trenta giorni al Ministero dell'economia e delle finanze le infrazioni di cui avessero notizia alle disposizioni di cui agli artt. 49 e 50, d.lgs. 231/2007 (relative alla limitazione dell'uso del contante e dei titoli al portatore); comunicare entro trenta giorni all'autorità di vigilanza di settore le infrazioni di cui avessero notizia alle disposizioni contenute nell'art. 36, d.lgs. 231/2007 (relative agli obblighi di registrazione dei dati e delle informazioni raccolte dalla clientela).

Dal combinato disposto dell'art. 52 e del successivo art. 55 contenente il trattamento sanzionatorio previsto per la violazione degli obblighi appena esposti⁴¹¹ si desumeva la possibile responsabilità penale dell'OdV. Le stesse Linee-Guida di Confindustria sottolineavano come con il testo del citato art. 52 il Legislatore avesse espressamente disciplinato una specifica fattispecie di reato a carico dell'Organismo di Vigilanza “a seguito del riconoscimento di un'atipica attività a rilevanza esterna dello stesso”⁴¹²; e la dottrina aderiva all'impostazione per la quale la fonte dell'obbligo di impedire l'evento – quindi la posizione di garanzia - risiedesse negli articoli del D.lgs. 231/2001 riferiti all'OdV⁴¹³.

In verità, la maggior parte degli interpreti non condivideva tale assunto per diversi ordini di ragioni. In primo luogo, si criticava la scelta di punire attraverso la sanzione penale inadempimenti non legati ad un termine certo (l'art. 52 conteneva la generica espressione “*senza ritardo*”); la medesima sanzione si riferiva poi a diversi tipi di omissioni (perciò accomunandole) di comunicazioni aventi differenti destinatari.

Si evidenziava poi come nessuna responsabilità – al di fuori di quella concorsuale prevista dall'art. 110 c.p. – potesse configurarsi per i componenti dell'OdV ribadendo

⁴¹¹ L'ipotesi di inadempimento di tali obblighi prevista dal successivo art. 55, comma 5, d.lgs. 231/2007 era sanzionata con la reclusione fino ad un anno e con la multa da 100 a 1.000 euro.

⁴¹² Linee-Guida, Confindustria, cit., p. 70.

⁴¹³ “*La fonte dell'obbligo di impedire l'evento poteva essere ravvisata negli artt. 6 e 7, d.lgs. 231/2001 risiedendo la posizione di garanzia dei componenti dell'Organismo di Vigilanza direttamente nei modelli di organizzazione, gestione e controllo, posizione di garanzia che veniva assunta in forza del contratto di lavoro con la società. Si trattava, in sostanza, di una posizione di garanzia non qualificata come obbligo di protezione ma come obbligo di controllo e, specificamente, di controllo preordinato all'impedimento dell'altrui attività criminosa*”. Così R. RAZZANTE e M. ARENA, *Normativa antiriciclaggio e responsabilità da reato delle società*, Edizioni Giuridiche Simone, 2012, p. 128.

l'assenza di investitura in capo a questi ultimi rispetto a compiti aventi rilevanza esterna⁴¹⁴ e a poteri impeditivi tali da incidere sulle scelte relative alle modalità di conduzioni dell'impresa.

In effetti, l'art. 52 incarica l'OdV della facoltà di segnalare le condotte illecite dalla norma previste, senza che da ciò possa desumersi un obbligo di garanzia. La violazione dell'obbligo di impedire l'evento potrebbe configurarsi - si osservava - solo nel caso in cui l'operazione che integra la fattispecie del riciclaggio non sia stata ancora perfezionata, atteso che la partecipazione concorsuale deve esplicitare una efficacia causale sul reato commesso dall'autore; verificandosi in un momento successivo, invece, non potrebbe considerarsi sussistente l'ipotesi del concorso punibile ma esclusivamente perfezionato il reato di favoreggiamento.⁴¹⁵

Anche la giurisprudenza ha aderito alla medesima interpretazione, confermando che i compiti di controllo e vigilanza dell'Organismo attengono all'osservanza dei Modelli e non alla prevenzione del reato e che l'addebito di una responsabilità del tipo di quella ipotizzata "presuppone l'individuazione di una posizione di garanzia da cui discenda l'obbligo giuridico di impedire l'evento, il quale si caratterizza rispetto agli altri

⁴¹⁴ V. MONGILLO, *L'Organismo di vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell'ente*, cit., osservava come l'obbligo di vigilare sull'adempimento delle disposizioni contenute nel decreto antiriciclaggio deve comunque essere compiuto dall'OdV "nell'ambito delle proprie attribuzioni e competenze" che riguardano "la verifica costante di idoneità e tenuta del modello organizzativa". "Sennonché, il dovere in discorso assume una rilevanza anche "esterna" ai sensi del comma 2, che impone la comunicazione delle violazioni riscontrate a favore delle autorità pubbliche specificate, la cui trasgressione è punita (...). La norma tipizza, pertanto, una fattispecie omissiva propria di natura delittuosa. Ad ogni modo, per l'un verso il suo ambito di operatività è limitato alle attività degli enti destinatari del decreto n. 231/2007 (in primis, intermediari finanziari); per l'altro verso, non sembra legittimo desumere da tale previsione anche una vera e propria posizione di garanzia ai fini dell'art. 40 cpv. c.p. per il mancato impedimento dei reati indicati dall'art. 25-octies (ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita). Il legislatore, invero, si è limitato ad imporre la segnalazione di talune informazioni al decreto - delle quali i componenti dell'organismo siano venuti a conoscenza - a determinati soggetti, i quali, a loro volta, saranno tenuti (disponendo anche dei necessari poteri) ad agire per accertare e sanzionare l'illecito".

⁴¹⁵ "che logicamente e giuridicamente presuppone la perpetrazione già avvenuta di un reato precedente". F. D'ARCANGELO, *Il ruolo e la responsabilità dell'Organismo di Vigilanza nella disciplina antiriciclaggio*, Resp. amm. delle società e degli enti, vol. 1, 2009, p. 65.

obblighi di agire in ragione della previa attribuzione al garante degli adeguati poteri di impedire accadimenti offensivi di beni altrui”⁴¹⁶.

Le modifiche apportate al *corpus* normativo di cui D.lgs. 231/2001 attraverso il D.lgs. 90/2017 hanno definitivamente sopito la questione. Con la novella legislativa è stato eliminato il riferimento all’Organismo di Vigilanza agli articoli 52 e 55, il quale non è più previsto tra i soggetti obbligati alle comunicazioni⁴¹⁷ (per i quali è venuta inoltre a cadere la possibilità di irrogare una sanzione penale⁴¹⁸).

È evidente che l’intervento del Legislatore abbia sostanzialmente avallato l’orientamento prevalente sulla posizione e sulla responsabilità dell’OdV, suscitando il consenso degli operatori del diritto⁴¹⁹.

È però importante precisare che, pur non avendo più rilevanza esterna verso soggetti diversi dall’ente, i compiti dell’Organismo rispetto alla prevenzione dei reati di

⁴¹⁶ Cass. Pen., sentenza n. 22614/2008. Sempre con riguardo all’imputazione oggettiva dell’evento, R. RAZZANTE e M. ARENA, op. cit., p. 127, rilevano che *“la deficienza di veri e propri poteri impediti farebbe venir meno anche la sussistenza del rapporto di causalità o giudizio di equivalenza, in conseguenza dell’inidoneità dell’azione del garante ad esercitare la propria funzione di controllo. L’obbligo gravante sull’Organismo di Vigilanza è un obbligo di sorveglianza sulla funzionalità del Modello che non comporta alcun obbligo di impedire la commissione dei reati. L’obbligo di sorveglianza si differenzia dall’organo di garanzia per i poteri giuridici che ne costituiscono il corredo, che non sono impeditivi, ma di vera vigilanza e di informazione sulla situazione di pericolo, spettando solo al titolare del bene o al garante, informati dal sorvegliante, i poteri di intervento impeditivi”*.

⁴¹⁷ Gli organi di controllo tenuti alle comunicazioni sono i componenti del Collegio Sindacale, del consiglio di sorveglianza e del comitato per il controllo sulla gestione presso i soggetti obbligati.

⁴¹⁸ Ai sensi dell’art. 59 del D.lgs. 231/2007 ciascun componente degli organi di controllo presso i soggetti obbligati è punito con la (sola) sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 euro a 3.000 euro qualora, nell’esercizio della propria funzione, ometta di effettuare le comunicazioni obbligatorie ai sensi dell’art. 46 del Decreto.

⁴¹⁹ Esprime il favore verso la novella legislativa del 2017 C. SANTORIELLO, *Organismo di vigilanza e antiriciclaggio: novità normative*, Rivista231, Interventi, 2017. Secondo l’Autore *“In primo luogo, va considerato come fosse criticabile l’introduzione di un sistema di sanzioni penali nei confronti dei componenti dell’Organismo di Vigilanza per l’inosservanza degli obblighi in tema di prevenzione dell’attività di riciclaggio: tale disciplina, infatti, snaturava la funzione di tale organo, rendendolo una sorta di (brutta) copia parallela e con identici obblighi di altre funzioni della società (...). In secondo luogo, va considerato come la precedente normativa contenuta nel D.lgs. n. 231 del 2007 rischiava di modificare radicalmente la natura e le funzioni dell’Organismo di Vigilanza, il quale da collegio a rilevanza meramente interna, che dovrebbe svolgere il proprio ufficio nell’interesse esclusivo dell’ente acquisiva (...) una rilevanza anche nei confronti dei soggetti diversi dalla persona giuridica nel cui ambito opera”*.

riciclaggio e autoriciclaggio non sono comunque venuti meno⁴²⁰. Permane infatti l'attività di monitoraggio spettante all'Organismo sui presidi di controllo scelti dalla persona giuridica per le fattispecie di cui agli artt. 648-*bis* e 648-*ter*.1 c.p. e, in particolare, sull'esistenza di procedure e protocolli atti ad impedirne la commissione.

6. COLPA E CAUSALITA' NELL'ATTIVITA' DELL'ODV. PROFILI DI RESPONSABILITA' CIVILE

Ferme le considerazioni relative alla responsabilità penale dell'Organismo di Vigilanza, non è possibile prescindere dal valutare altresì profili di responsabilità civile a carico dei suoi membri con riguardo all'adempimento degli obblighi a questi ultimi spettanti. Qualsiasi tipo di osservazione sul tema si è naturalmente confrontata con l'ormai più volte rappresentato problema della mancanza di uno specifico statuto (né di indicazioni utili in tal senso) all'interno del D.lgs. 231/2001. Per questa ragione è stato anzitutto sostenuto che il regime di responsabilità civile di ciascun componente dell'OdV debba essere ricostruito dall'interprete "sulla base delle disposizioni applicabili alle singole fattispecie e dei criteri ermeneutici previsti dal codice civile".⁴²¹

Nel micro-sistema delineato dal Legislatore per disciplinare la responsabilità da reato degli enti non si rintraccia in effetti alcun riferimento alla relazione tra l'OdV e i terzi, ossia alla posizione di garanzia del primo sui diritti di questi e, in particolare, di soci, creditori e, in generale, *stakeholders*⁴²².

⁴²⁰ "All'organismo di vigilanza è così restituita la sua vocazione originaria: nel segmento della prevenzione del riciclaggio (art. 25-octies d.lgs. n. 231/2001) esso vigila sul rispetto delle procedure organizzative adottate dall'ente per prevenire il reato e le sue segnalazioni hanno come unico destinatario l'organo di gestione". Così A. BERNASCONI, *I processi di riforma del D.lgs. 231/2001 in Parlamento, tra aspettative e anticipati traguardi*, in *Processo penale e giustizia*, n. 5, 2017, p. 770.

⁴²¹ Così L. ANTONETTO, *Il regime del rapporto e della responsabilità dei membri dell'Organismo di Vigilanza*, in *Resp. amm. delle società e degli enti*, n. 1, 2008.

⁴²² Senz'altro, come precisato da Banca d'Italia, *Disposizioni sulla vigilanza. La funzione di conformità del 10 luglio 2007*, "in termini generali l'OdV è portatore di vari interessi: dell'impresa, dei soci, dei creditori, del mercato (interesse pubblico), ma non pare dubbio che tali interessi siano solo mediati".

Ciò consente in un certo senso di sgomberare il campo dalla configurabilità di una responsabilità di natura extracontrattuale dei membri dell'Organismo⁴²³. Infatti, volgendo lo sguardo alla responsabilità civile sul fronte "esterno" – e cioè dei terzi danneggiati dalla commissione dell'illecito penale – l'ipotesi da considerare potrebbe essere quella che vede la società condannata all'esito di un procedimento penale per uno dei reati-presupposto di cui al D.lgs. 231/2001. Ma non sembra, in tal caso, che del pregiudizio arrecato al terzo, per quanto necessariamente collegato ad una carenza del Modello organizzativo, possa essere chiamato a rispondere l'OdV, né alcuno dei suoi componenti singolarmente inteso. Al più i terzi che hanno patito un danno potranno rivalersi – sempre invocando la responsabilità extracontrattuale – sui sindaci o sugli amministratori della società.

A conferma di quanto prospettato, deve rammentarsi che, del resto, grava sui sindaci un obbligo di garanzia e tutela degli interessi dei terzi, i quali possono agire nei confronti dei primi in virtù degli artt. 2394 e 2395 c.c.; d'altro canto, non può neppure attribuirsi all'Organismo alcuna responsabilità circa l'inadeguatezza del Modello (o la mancata attuazione), che è compito di esclusiva competenza degli amministratori.

Diverso è lo scenario se si guarda alla responsabilità civile dell'OdV sul fronte "interno", nei confronti dell'ente che lo ha nominato.

L'ipotesi che si delinea è sempre quella che trova origine da un accertamento processuale della responsabilità dell'ente *ex* D.lgs. 231/2001, rispetto alla quale si rivelano opportune accurate valutazioni del caso concreto.

Anzitutto, fonte della responsabilità è il contratto tra l'ente e l'OdV, cui si contesterebbe l'illecito civile per colpa professionale relativo all'utilizzo di un Modello non adeguato.

⁴²³ *“Non vi sono ragioni per ritenere che l'OdV sia un organo societario di rilevanza esterna. Ove lo fosse si potrebbe paventare una responsabilità extracontrattuale del medesimo verso terzi. La Funzione cui è chiamato appare una funzione di supporto (...) all'organo amministrativo, pertanto non può porre in essere una relazione esterna che sopravvanti l'organo amministrativo ed emerga come manifestazione autonoma”*. Così G.F. SIMONINI, *L'Organismo di Vigilanza: difficile convivenza nel sistema dei controlli interni*, in Resp. amm. delle società e degli enti, n. 1, 2016, p. 115.

Affinché possa fondarsi una tale responsabilità, l'attività dell'Organismo deve essere connotata da colpa (diligenza, prudenza e perizia) e se ne deve vagliare la rilevanza causale.

La comminazione di sanzioni alla società all'esito di un giudizio non è infatti elemento sufficiente ad attribuire la responsabilità all'OdV; la realizzazione dell'illecito da parte di un vertice deve anzi reputarsi alla stregua di un elemento neutro in termini di valutazione.

Inoltre, quest'ultimo, non può essere chiamato a rispondere *ex automatico* per il giudizio di inadeguatezza del Modello formulatosi in sede penale.

Qualora la società volesse promuovere un giudizio civile nei confronti dell'Organismo, dovrebbe quindi adoperarsi per fornire la prova di una violazione delle obbligazioni previste dalla legge e della commissione del reato-presupposto quale conseguenza immediata e diretta di tale inadempimento; la prova che in presenza di un'attività dell'OdV conforme al contenuto obbligatorio, il reato non si sarebbe verificato e che l'ente non avrebbe patito le conseguenze negative.

In altri termini, graverebbe sulla società l'onere di provare la sussistenza del danno, la violazione degli obblighi di diligenza⁴²⁴ ma, soprattutto, la valenza deterministica della violazione sul danno subito.

È la diligenza, in assenza di altri requisiti, l'unico metro di misura dell'adempimento dei compiti dell'OdV ma, una volta che si sarà assunta la condotta dei membri dell'organo come negligente, si dovrà necessariamente effettuare - ed è ciò che si intende enfatizzare - una comparazione tra il comportamento esaminato e quello di un agente modello (che, va ricordato, avrà una conoscenza professionale ma non assoluta).

Inoltre, anche se taluni ritengono non doversi operare distinzioni⁴²⁵ a seconda che il singolo componente instauri un rapporto di collaborazione autonoma o sia invece

⁴²⁴ A. DI NICOLA, *Il diritto dei controlli societari*, cit., pp. 248-249, indica quale contenuto dell'onere probatorio della società: "1. l'inadempimento dell'OdV ai propri obblighi sia *ex lege* (artt. 6 e 7, decreto n. 231/2001) sia *contrattuali*; 2. la sussistenza del nesso eziologico tra inadempimento e danno, che la dottrina declina nel senso che il reato presupposto sia la conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento e l'ente non avrebbe dovuto subire le conseguenze negative correlate al predetto accertamento".

interno alla società (già legato da un vincolo di subordinazione alla stessa), rispetto alla “difesa” dell’Organismo dal giudizio civile mosso dalla società opererebbero norme diversi nell’un caso e nell’altro.

Infatti, se il rapporto dell’OdV è sorretto dall’art. 2236 c.c., che disciplina la prestazione del professionista intellettuale, dovrà fornirsi la prova dell’esonero da colpa (da colpa grave); per la collaborazione autonoma non è invece facilmente invocabile la norma citata, la cui applicabilità è limitata ai soli casi – nei quali in realtà l’OdV non dovrebbe potersi mai trovare, potendo ricorrere a consulenti esterni ed essendo richiesta all’organo stesso professionalità - in cui o la difficoltà non è conoscibile dal professionista medio, o non è possibile ricorrere ad uno specialista.

È stato poi sottolineato come ad acquisire particolare rilievo sia pure la limitazione del danno risarcibile “a quello che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l’obbligazione” secondo la disciplina di cui al 1225 c.c. Ciò in quanto, se si considera che “la prevedibilità non riguarda l’inadempimento, bensì la singola serie causale dannosa [ovvero] i fatti che in concreto abbiano comportato un determinato sviluppo nella serie causale originata dall’inadempimento, al relativo paradigma potrebbero risultare irriducibili molte ipotesi di agevolazione colposa remota o comunque fortuita”⁴²⁶. A tal proposito, l’Organismo di Vigilanza potrebbe infatti invocare il principio espresso dall’art. 1227 c.c., a mente del quale se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l’entità delle conseguenze che ne sono derivate.

Nell’immaginare, infine, una responsabilità anche di natura disciplinare, si è rilevato come in generale la violazione dell’obbligo di diligenza del lavoratore subordinato contenuta nell’art. 2104 c.c. comporti non solo il risarcimento per inadempimento contrattuale ma anche una speciale responsabilità disciplinare prevista dall’art. 2106

⁴²⁵ Ferme le perplessità maturate sulla sussistenza dei requisiti di indipendenza e autonomia dell’OdV rispetto alla possibilità che un dipendente possa assumerne l’incarico, si ritiene irrilevante il tipo di lavoro (subordinato o autonomo) alla base del rapporto tra l’Organismo e l’ente. Ciò che rileverebbe, invece, sarebbe l’instaurazione della relazione con la società a seguito del conferimento dell’incarico da parte del Consiglio di Amministrazione e della conseguente accettazione da parte dei soggetti investiti. Sull’argomento, L. ANTONETTO, *Il regime del rapporto e della responsabilità dei membri dell’Organismo di Vigilanza*, cit., p. 77.

⁴²⁶ *Ibidem*, p. 85.

c.c.; tuttavia, un'azione per il riconoscimento di tale responsabilità dovrebbe considerarsi con prudenza, per non mettere a rischio i requisiti di indipendenza dell'OdV e l'insindacabilità della sua attività⁴²⁷.

In conclusione, alla luce delle considerazioni relative ai profili di responsabilità civile dell'Organismo di Vigilanza, si ritiene che il solo inadempimento – totale o parziale – per cui i suoi membri possano essere chiamati a rispondere sia quello nei confronti della società.

Nel silenzio della legge circa i rapporti tra l'OdV e l'ente non possono tuttavia che farsi valere le regole generali, in applicazione delle quali, ove la persona giuridica dovesse essere ritenuta responsabile ai sensi del D.lgs. 231/2001 e dovesse considerare l'OdV causalmente coinvolto nel danno che la stessa aveva inteso evitare adottando il Modello, potrà agire nei confronti dell'OdV per il risarcimento di tale danno. Nel fare ciò, si dovrà però provare la colpevole inadempienza dell'Organismo nell'esercizio delle sue funzioni

⁴²⁷ Secondo L. ANTONETTO, op. cit., p. 86, “*Un criterio di compatibilità potrebbe essere dato dalla limitazione dell'azione disciplinare, sancita a priori nel Modello Organizzativo, ai casi di omissione o ritardo di attività dovute, evitando invece qualsiasi sindacato di merito nel caso di prestazione delle stesse attività*”.

CAPITOLO V

LA COLPEVOLEZZA DI IMPRESA: TRA RESPONSABILITA' INDIVIDUALE E RESPONSABILITA' DELL'ENTE

SOMMARIO: 1. Organismo di Vigilanza e valutazione giudiziale dei Modelli. – 2. L'elusione fraudolenta dei Modelli di Gestione, Organizzazione e Controllo. – 2.1. La fraudolenza come parametro di riferimento per il Modello adeguato. - 3. La colpevolezza dell'ente: la combinazione dell'agire organizzato e dell'agire del singolo. - 4. Gli strumenti e gli attori della prevenzione quali indici di valutazione nel giudizio di responsabilità dell'ente – 4.1. Segue: Il giudizio di responsabilità dell'ente nella piccola-media impresa. – 5. La separazione tra l'atteggiamento dell'ente e quello del suo esponente. – 6. Parametri di valutazione della colpevolezza dell'ente.

1. ORGANISMO DI VIGILANZA E VALUTAZIONE GIUDIZIALE DEI MODELLI

La tematica dell'Organismo di Vigilanza si intreccia con uno – per la verità tra i molteplici⁴²⁸ – nervi scoperti del D.lgs. 231/2001, costituito dall'efficacia dei Modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo.

⁴²⁸ Sul tema C. SANTORIELLO, *Vent'anni di giurisprudenza in tema di responsabilità degli enti collettivi. Le pronunce più importanti, i dubbi risolti e le questioni ancora aperte*, in Resp. amm. delle soc. e degli enti, n. 4, 2018, individua diverse questioni problematiche del D.lgs. 231/2001 sia di diritto sostanziale che processuale; T. GUERINI, *Diciassette anni di responsabilità degli enti: una retrospettiva*, in Resp. amm. delle società e degli enti, n. 1, 2018.

Infatti, l'effettività del Modello, l'esigenza che non resti solo *window dressing*⁴²⁹ per l'ente che lo adotta e quindi la sua reale capacità di esonerare dalla responsabilità la società nel caso di commissione di un reato-presupposto, dipende, essenzialmente, dall'adeguatezza e dall'efficienza operativa della struttura di controllo rappresentata dall'OdV.

Purtroppo, l'esperienza giurisprudenziale collegata all'accertamento dell'effettiva sussistenza delle caratteristiche richieste per il Modello - perché lo stesso possa esplicare la sua forza liberatoria rispetto alla responsabilità della persona giuridica - si è rivelata estremamente mutevole e indeterminata⁴³⁰.

La giurisprudenza è consapevole che il contenuto del dovere di auto-organizzazione sia precisato da un ampio compendio di fonti primarie, sub-primarie, da codici di

⁴²⁹ Secondo M. VIZZARDI, L. SANTA MARIA, *Il progetto di riforma alla "231": che cosa cambia, che cosa manca. Note a margine del recente progetto di riforma del d.lgs. 231/2001, presentato dal Ministro della Giustizia Alfano, www.dirittopenalecontemporaneo.it, 16 novembre 2010* "il rischio che si intravede nel meccanismo attualmente vigente nelle quali le imprese stesse ad auto-attribuirsi il certificato - per così dire - di "società dotata di un modello organizzativo" è infatti quello che si creino distorsioni della concorrenza, a fronte di modelli che in concreto potrebbero essere di qualità ben diversa: anzi, si potrebbe affermare che, paradossalmente, in questo sistema auto-referenziale finiscano per risultare svantaggiate proprio quelle imprese che investono maggiori risorse aziendali per garantire il corretto aggiornamento e funzionamento del modello, rispetto a quelle che - per mutuare un'efficace espressione statunitense, normalmente riservata agli "abbellimenti" contabili- confezionano cattivi modelli organizzativi con mere finalità di *window dressing*".

⁴³⁰ "tutto ciò rimanda a un problema più generale di garanzia della certezza del diritto e della prevedibilità delle decisioni. E qui uno snodo fondamentale è rappresentato per l'appunto dall'assenza di indicazioni legislative in merito alle componenti di un modello organizzativo realmente adeguato ed efficace nonché di un Organismo di Vigilanza in grado di risolvere ai suoi compiti. Su questo fronte il legislatore ha di fatto devoluto questo delicato compito anzitutto alle Associazioni di categoria, le cui indicazioni però, per quanto sempre più meditate e accurate, non sono in grado di vincolare il giudice e, per l'appunto, idonee ad assicurare la necessaria uniformità per l'applicazione giurisprudenziale. (...)". Il tutto con evidenti ricadute sulla "tenuta in questo ambito del principio di legalità che anche rispetto agli enti, stante la matrice oramai innegabilmente penalistica della responsabilità ex d.lgs. n. 231, ha copertura normativa non solo del decreto in questione ma anche nella Costituzione. P. SEVERINO, *Il sistema di responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001: alcuni problemi aperti*, in *La responsabilità <<penale>> degli enti*, op. cit., p. 74

autodisciplina e da *Guidelines* emesse dalle associazioni di categoria⁴³¹ ma è proprio tale contenuto a generare perplessità al momento delle valutazioni sul Modello⁴³².

Il problema non a caso è stato definito il “tallone d’Achille” della disciplina in materia di responsabilità da reato degli enti e l’incertezza dei parametri adottati dai Giudici è stata paragonata ad una sorta di “deserto cognitivo” che non permette di prevedere in anticipo quali siano, rispetto alla vicenda processuale, gli esiti del giudizio, né di comprendere quale sia il sentiero virtuoso⁴³³.

È proprio la valutazione giurisdizionale dei Modelli ad incrociarsi con quella dei controlli dell’Organismo di Vigilanza, la cui insufficienza o inadeguatezza è stata sovente qualificata come spia dell’inefficacia preventiva del Modello.

Solo per fornire alcuni esempi, possono annoverarsi pronunce giurisprudenziali con cui sono state riscontrate “disfunzioni organizzative, grave inefficacia del sistema dei controlli interni⁴³⁴ e situazione dei presidi interni connotata da diffusi elementi di opacità, dalla assoluta inadeguatezza dei controlli e dalla mancanza di una basilare dialettica interna”; l’assenza di procedure specifiche di vigilanza stante la circostanza per la quale non fosse “previsto e disciplinato un obbligo per i dipendenti, i direttori, gli amministratori della società di riferire all’organismo di vigilanza notizie rilevanti e relative alla vita dell’ente, a violazioni del modello o alla consumazione di reati, essendosi unicamente illustrata nel modello – senza ulteriori specificazioni - la previsione di “predisporre canali di informazione tramite i quali tutti coloro che vengano a conoscenza di eventuali comportamenti illeciti posti in essere all’interno

⁴³¹ G.U.P. D’Arcangelo, Tribunale di Milano, 3 gennaio 2011.

⁴³² “*Il requisito dell’adeguatezza offre da sempre numerosi spunti problematici: da un lato rimanda ad un giudizio prognostico, dall’altro, non essendo previsto alcun vaglio preventivo del modello, il giudizio sulla sua efficacia è eventuale e successivo alla commissione di uno dei reati che la sua adozione avrebbero dovuto evitare che venissero commessi*”. Così T. GUERINI, *Diritto penale ed enti collettivi. L’estensione della soggettività penale tra repressione, prevenzione e governo dell’economia*, Giappichelli Editore, Torino, 2018, p. 74.

⁴³³ C. PIERGALLINI, *Il Modello organizzativo alla verifica della prassi: dieci anni di esperienze nella legislazione e nella prassi*, in *Le società*, p. 47.

⁴³⁴ “*pur a fronte di plurimi ed evidenti segnali di anomalia*”, G.I.P., Tribunale di Milano, 2011.

della società (...) possano riferire all'organismo di vigilanza"⁴³⁵; sovrapposizioni tra soggetti controllati e controllanti⁴³⁶; controlli meramente cartolari⁴³⁷.

I ragionamenti operati dai Giudici non hanno tuttavia quasi mai incontrato il favore degli interpreti⁴³⁸, i quali hanno più volte evidenziato, da un lato, la pressoché totale assenza di pronunce assolutorie⁴³⁹ fondate sul meccanismo di esenzione di cui agli artt. 6 e 7 del Decreto; dall'altro, come sia stata dedotta l'inadeguatezza del Modello dalla sola circostanza della commissione di un reato, secondo la logica del *post hoc, ergo propter hoc*.

Il vaglio sull'adeguatezza è interamente affidato alla sensibilità del giudice e sconta i limiti di un giudizio prognostico realizzato *ex post*, in assenza di una verifica preventiva sulle caratteristiche del Modello e in presenza di un reato della specie di quelli che lo stesso Modello avrebbe dovuto evitare.

A partire da giudizi sbrigativi, tuttavia, il rischio è che trovi applicazione una distorta qualificazione normativa della colpa dell'ente attraverso una valutazione della stessa astratta e per nulla propensa a vagliare attraverso un'indagine concretamente causale il difetto di organizzazione.

⁴³⁵ G.I.P., Tribunale di Milano, 2004.

⁴³⁶ Il riferimento è alla sentenza *Thyssenkrupp*.

⁴³⁷ Caso *Impregilo*.

⁴³⁸ Commentando la sentenza relativa alla vicenda *Thyssenkrupp*, A. SERENI, L'ente guardiano, cit., p. 44, osserva come "sembra davvero riduttivo risolversi per l'inefficacia del modello << per via dell'inidoneità >> (derivante da potenziale conflitto di interessi) della persona incaricata della vigilanza << a svolgere il ruolo critico previsto dalla legge >>. Così come sembra, per altro verso, davvero troppo pretendere, come s'è fatto da parte della Corte d'appello, la libertà da << ogni interferenza >> o condizionamento dell'OdV; per poi far discendere dal relativo rischio di interferenze la prova della propensione a configurare l'organo di controllo come ordito << burocratico e di facciata >>".

⁴³⁹ Conformandosi a quanto la letteratura in materia è solita riferire, deve precisarsi che se è vero che non risultano pronunce assolutorie in parola, non è d'altro canto possibile conoscere la *chiffre noire* delle archiviazioni disposte dai Pubblici Ministeri in ragione di un giudizio negativo sulla possibilità di sostenere in giudizio l'accusa contro un ente dotato di un Modello valutato come efficace.

Si esula, in altri termini, da qualsiasi apprezzamento sull'atteggiamento dell'ente – secondo un profilo soggettivo – e si perviene ad una valutazione della responsabilità non effettivamente rispettosa della dissociazione tra ente e individuo⁴⁴⁰.

Così facendo, tuttavia, la colpa di organizzazione non solo diviene un meccanico ed oggettivo criterio formale di legittimazione ma apre la strada ad una colpevolezza *in re ipsa* idonea a giustificare l'imputazione del fatto illecito individuale.

2. L'ELUSIONE FRAUDOLENTA DEI MODELLI DI ORGANIZZAZIONE, GESTIONE E CONTROLLO

Affinché la persona giuridica non sia comunque considerata responsabile il Legislatore del 2001 ha previsto un correttivo qualora l'ente provi che “le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e gestione”.

Tale espressione, contenuta nella lettera c) dell'art. 6 del Decreto, indica infatti una delle circostanze⁴⁴¹ che l'ente deve provare onde non essere ritenuto responsabile nel caso del reato commesso da uno dei suoi dirigenti.

È nota la *ratio* della previsione in parola, secondo la quale quando l'illecito di cui la società trae vantaggio sia stato realizzato da un esponente aziendale di vertice, la violazione della legge rappresenti espressione di una consapevole politica d'impresa orientata al raggiungimento del profitto anche tramite condotte illecite.

Siffatta presunzione, in base alla quale l'ente non può ritenersi estraneo al reato da cui ha tratto un beneficio e deve perciò essere sanzionato insieme alla persona fisica che ha materialmente commesso il delitto, può allora essere vinta dalla persona giuridica che riesca a dimostrare di aver adottato un Modello organizzativo conformemente alle

⁴⁴⁰ Lo schema previsto dal D.lgs. 231/2001 prevede che la condotta realizzata dall'ente venga formalizzata autonomamente rispetto all'azione della persona fisica. L'ente risponde per un fatto proprio per cui si rende necessaria la sua colpevolezza rispetto al reato commesso dalla persona fisica, esprimendo la sua condotta un finalismo collettivo integrato dall'interesse o dal vantaggio.

⁴⁴¹ Unitamente alle altre tre condizioni previste alle lett. a), b) e d) del citato art. 6. Per i “cinque livelli” di appartenenza del reato all'ente delineati da A. FIORELLA, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., si rinvia a quanto riferito al Cap. II, par. 1.

regole di cui al D.lgs. 231/2001 ma la cui efficacia è stata vanificata da un comportamento fraudolento dell'individuo capace di eludere le cautele adottate dall'azienda per evitare la commissione di reati.

In un regime probatorio così costruito si è reso fondamentale comprendere l'esatto significato da attribuire all'espressione "elusione fraudolenta", oltre che individuare i comportamenti idonei ad essere inseriti nell'alveo di una tale categoria. Il profilo ora in esame si inserisce infatti tra i temi – cui sopra si è fatto cenno - maggiormente problematici che l'interprete incontra nello studio della responsabilità da reato degli enti.

La fraudolenza, che come noto tradizionalmente connota la condotta del reato di truffa di cui all'art. 640 c.p., è interpretata in termini oggettivi e sembra assumere tale significato anche rispetto al D.lgs. 231/2001, richiedendosi la sussistenza degli elementi fattuali dell'induzione in errore tramite la perpetrazione di artifici e raggiri. Le stesse Linee-Guida di Confindustria fanno riferimento alla fraudolenza in termini di "aggiramento delle misure di sicurezza"⁴⁴² da parte del soggetto. Ciò significa che non può mancare il destinatario di tale particolare atteggiamento criminoso, da indurre in errore.

Se si ammette che il profilo caratterizzante il comportamento fraudolento è la sua valenza ingannatoria, nel trasporre tale assunto nell'ambito della dinamica elusiva del Modello, deve considerarsi indefettibile – per l'integrazione del requisito dell'art. 6, lett. c) – la presenza della relazione "soggetto agente con frode – soggetto passivo" e concludere che "per l'elusione della regola non può prescindere dalla sussistenza di un presidio di controllo sulla regola da trarre in inganno attraverso il comportamento fraudolento"⁴⁴³.

⁴⁴² "(...) La frode cui allude il decreto 231 non necessariamente richiede veri e propri artifici e raggiri, che renderebbero di fatto quasi impossibile predicare l'efficacia esimente del modello. Al tempo stesso, però, la frode neppure può consistere nella vera violazione delle prescrizioni contenute nel modello. Essa presuppone, dunque, che la violazione di quest'ultimo sia determinata comunque da un aggiramento delle "misure di sicurezza", idoneo a forzarne l'efficacia", Linee Guida Confindustria, cit., p. 29.

⁴⁴³ A.F. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, Milano, 2013, p. 58.

Anche la giurisprudenza, nel soffermarsi sul requisito della fraudolenza, ha posto l'attenzione sulla destinazione di quest'ultima, che deve essere – si è osservato – diretta a falsare l'intervento delle funzioni e degli organi preposti al controllo⁴⁴⁴.

L'elusione del Modello organizzativo si configura quindi in presenza di una contrapposizione tra funzioni controllanti e soggetto controllato e della frode caratterizzante l'azione che non deve necessariamente sostanziarsi in artifici e raggiri, potendo essere ingannevole, falsificatrice, obliqua, subdola⁴⁴⁵. Deve trattarsi, peraltro, di una condotta di aggiramento di una norma imperativa e non si una semplice violazione frontale della stessa.

Si stabilisce una differenza tra l'aggiramento tramite inganno e la semplice violazione di un presidio/protocollo predisposto: il primo richiama un'azione per superare un ostacolo costituito dai protocolli implementati dall'ente laddove la seconda si riferisce alla mera condotta di inosservanza delle regole, sprovvista di qualsivoglia ulteriore qualificazione.

Così costruito il concetto di fraudolenza esso si baserà perciò, da un lato, sulla natura ingannatoria dell'agire del soggetto controllato rispetto alle misure scelte dalla persona giuridica rispetto ai controlli effettuati dalle funzioni a ciò preposte; dall'altro, sulla oggettivazione dell'atteggiamento di colui che agisce, ossia del suo *modus operandi*.

Il mancato rispetto delle prescrizioni indicate nel Modello può, in altri termini, ritenersi avvenuto attraverso modalità fraudolente se il soggetto agente ha posto in essere comportamenti con cui ha simulato circostanze inesistenti o dissimulato circostanze esistenti camuffando la realtà esterna o che, in quanto subdoli e ingegnosi hanno fuorviato l'altrui rappresentazione. E l'induzione in inganno prevista nell'architettura del D.lgs. 231/2001 all'art. 6, lett. c) deve essere diretta ad impedire che la persona giuridica, per il tramite dei responsabili delle relative funzioni di controllo, si avveda della circostanza che soggetti ricoprenti alte cariche aziendali non siano o non siano stati rispettosi della *compliance*⁴⁴⁶.

⁴⁴⁴ Cass. Pen., Sez. V, sentenza n. 4677/2014.

⁴⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁴⁶ Secondo C. SANTORIELLO, *Qualche precisazione (controcorrente) sulla nozione di elusione fraudolenta*, in Resp. amm. resp. della società e degli enti, p. 218, vol. 3/2018, “In

2.1. LA FRAUDOLENZA COME PARAMETRO DI RIFERIMENTO PER IL MODELLO ADEGUATO

Il requisito dell'elusione fraudolenta – come sopra ricordato – rappresenta il parametro indiziale per l'organo giudicante che vaglia l'adeguatezza e l'efficacia del Modello. Sebbene sia stata dogmaticamente classificata in diversi modi⁴⁴⁷, la circostanza dell'elusione in esame è stata qualificata come elemento negativo, la cui presenza rende non configurabile – e non punibile – la persona giuridica.

È già stato chiarito come l'esimente di cui all'art. 6 del Decreto ricorra ogni qualvolta l'azione realizzata con modalità fraudolente riesca a disorientare il controllo, dissimulando il rispetto delle regole.

Ma se è vero che il livello di standard qualitativo necessario perché l'ente sia esonerato dalla responsabilità è quello della frode, il livello richiesto al Modello deve essere allora quello tale per cui l'unica modalità per eluderlo consiste nel porre in essere una condotta fraudolenta⁴⁴⁸.

Emerge così la funzionalità dell'elusione rispetto alla verifica dell'efficienza del sistema di controllo: a fronte di un reato commesso da un esponente dell'ente che riveste un ruolo apicale, non basta - perché si escluda la responsabilità della società - la predisposizione del Modello, ma deve trovare riscontro la circostanza per cui quest'ultimo abbia dimostrato una certa capacità di dominio del comportamento

termini generali, dunque, può sostenersi che perché si possa ritenere di essere, in presenza di un'ipotesi di <<elusione fraudolenta>> del Modello organizzativo – o meglio delle prescrizioni in esso contenute – non è sufficiente una mera violazione delle procedure e dei protocolli aziendali ma occorre che il mancato ossequio a tali prescrizioni avvenga in maniera subdola, nascosta e che tale inosservanza sia accompagnata dal ricorso a sotterfugi (sostanzialmente analoghi agli artifici e raggiri di cui fa menzione l'art. 640 c.p.) grazie ai quali viene installata negli esponenti della compliance aziendale l'erronea convinzione che le prescrizioni del Modello organizzativo sono rispettate e seguite anche da quanti governano la società stessa e rivestono in essa ruoli apicali”.

⁴⁴⁷ Si è parlato a riguardo dell'elusione fraudolenta quale fatto impeditivo della responsabilità dell'ente, quale scusante o, ancora, è stata qualificata come una causa di esclusione della punibilità.

⁴⁴⁸ “se non è eluso con la fraudolenza o se non è eluso tout court, la società sarà tenuta a rispondere ex delicto, e dunque imputet sibi”. Così A.F. TRIPODI, V. MANES, *L'idoneità del Modello organizzativo*, cit., p. 157.

illecito; se la persona fisica/soggetto controllato non ha avuto bisogno di superare “le barriere” del Modello, si potrà dubitare della sua efficacia.

D’altro canto, il nesso intercorrente tra la commissione dell’illecito, l’idoneità del Modello a contenere il rischio-reato e l’elusione fraudolenta, comporta che il giudizio di adeguatezza è *condicio sine qua non* per verificare l’inganno perpetratosi nei confronti del presidio o della funzione di controllo, fungendo “da controprova per l’avvenuto giudizio di adeguatezza preventiva della regola violata”⁴⁴⁹. In effetti, l’efficienza del Modello è in un certo senso sancita dalla necessità della frode nella dinamica elusiva.

Tuttavia, così come per il concetto adeguatezza, anche quello di elusione fraudolenta non è assoluto e ciò, in quanto si tratta di nozione da interpretare in termini di relazione, considerandone gli aspetti oggettivi e soggettivi. Deve sostanzialmente tenersi in considerazione come nel caso concreto si presenta strutturata l’organizzazione societaria in materia di *compliance* e prevenzione del rischio-reato e quali sono i soggetti destinatari del comportamento fraudolento.

Specie alla luce delle già sopra evidenziate similitudini con il delitto di truffa, sembra importante verificare, oltre alla sussistenza degli artifici e dei raggiri, la loro idoneità a trarre in inganno la vittima; deve cioè valutarsi – come la giurisprudenza in materia di art. 640 c.p. insegna - l’affidamento di quest’ultima nei confronti del soggetto agente e se tale affidamento sia stato legittimo.

L’attenzione prestata agli obblighi – primo fra tutti quello di diligenza - del destinatario della condotta fraudolenta, ben può essere adattata anche in tema di elusione fraudolenta del Modello organizzativo la cui ricostruzione non può prescindere dall’individuazione dei doveri di prevenzione gravanti sulla società e della valutazione della loro capacità di contrastare surrettizi aggiramenti delle regole⁴⁵⁰.

⁴⁴⁹ *Ibidem*, p. 158.

⁴⁵⁰ Osserva C. SANTORIELLO, *Qualche precisazione (controcorrente)*, cit., p. 220, come “alla domanda <<la condotta dell’amministratore X della società Y S.p.A può rientrare nell’ipotesi considerata dalla lett. c) dell’art. 6, d.lgs. 231/2001? >> non si può rispondere se prima non ci precisa quali sono gli obblighi di diligenza che gravano in capo alla società Y, quali sono i protocolli organizzativi minimali che la stessa deve approntare e quali sono i

L'impostazione, espressa dalla giurisprudenza e in particolare da quella del caso *Impregilo*, secondo la quale la natura fraudolenta della condotta dell'apicale costituisce un indice rivelatore della validità del Modello, dovrebbe mutare nel senso della previa verifica dell'idoneità dell'assetto organizzativo e dei presidi implementati dall'ente e, solo successivamente, della condotta con cui si è consumato l'illecito.

Procedendo in tal senso, sarebbe oggetto di valutazione lo *standard* in punto di cautele adottato dalla persona giuridica. Nell'ipotesi diversa da quella in cui l'apparato dovesse rivelarsi totalmente inadeguato (in quanto assente o solo formalmente presente), dovrebbe in ogni caso trovare spazio, nell'ambito del giudizio ora in esame, l'analisi di ulteriori parametri di riferimento.

La valutazione sulla fraudolenza del comportamento non può non rapportarsi anzitutto alle misure organizzative adottate dall'ente per prevenire reati della specie a cui è fisiologicamente esposto secondo la sua struttura, le sue caratteristiche. La società, per fronteggiare rischi di diversa natura ed entità, deve impegnarsi nella costruzione di un apparato di cautele e nella dislocazione di queste nei diversi processi e nelle diverse aree aziendali.

In secondo luogo, sebbene la formula legislativa si esprima nel senso della fraudolenta elusione "del Modello", il riscontro pratico – e che deve rinvenirsi al momento del giudizio – si caratterizza per l'aggiramento delle singole procedure e degli specifici protocolli.

Ciò significa che la condotta elusiva dovrà essere messa in relazione con il tipo di controllo vinto dalla persona fisica. L'elusione fraudolenta, infatti, costituisce – per come prima riferito - un passaggio causale rispetto alla commissione dell'illecito, avendo ad oggetto il Modello non nella sua genericità ma con specifico riguardo alle regole che rivelano una diretta connessione di rischio col reato commesso e risultano pertanto esposte all'effetto ingannatorio⁴⁵¹.

controlli che deve adottare per verificare il rispetto del Modello organizzativo e quale deve essere il suo sforzo per evitare l'elusione del compliance model".

⁴⁵¹ D. PIVA, *Presunzioni di colpa e onere della prova dell'ente: ragioni e spunti per una riforma dell'art. 6 D.lgs. 231/2001*, in *La resp. amm. delle società e degli enti*, n. 4, 2018, p. 172. Sul criterio di collegamento tra il singolo reato commesso dall'apicale attraverso un'azione elusiva e la lacuna organizzativa dell'ente su cui parametrare il giudizio sull'illecito

Del resto (si è avuto in più occasioni modo di sottolinearlo), non si richiede al Modello organizzativo una capacità assoluta di prevenire il rischio-reato bensì quella che all'abbassamento e al contenimento di tale rischio sia più ragionevolmente adeguata.

Pertanto, una volta che l'ente avrà assolto l'onere di implementare procedure al fine di ostacolare il verificarsi di determinati illeciti, è rispetto a queste procedure che deve valutarsi, ove un reato si sia poi effettivamente consumato, la possibilità che ciò sia stato possibile tramite una fraudolenta elusione delle regole previste in quella specifica area riconosciuta quale sottoposta a rischio.

Il valore di un siffatto accertamento non è di poco conto, in particolare in vista della possibile separazione – punto d'arrivo del presente lavoro - tra l'atteggiamento della persona giuridica e quello della persona fisica responsabile della violazione, specialmente se quest'ultima riveste un ruolo apicale⁴⁵².

Se il soggetto è riuscito solo *cum fraude* a consumare una condotta difforme da quella richiesta, significa (potrebbe significare) che i suoi margini di operatività non gli consentivano di porre in essere un comportamento delittuoso. L'assenza di libertà di agire illecitamente o, meglio, la consapevolezza della possibilità di essere “scoperto” potrebbero allora interpretarsi quali indici di un sistema di controllo non solo esistente ma operativo al punto che al singolo, in qualità di controllato, non resta che sfuggire a tale sistema soltanto “ingannandolo”⁴⁵³.

amministrativo anche A. FIORELLA, *Principi generali e criteri d'imputazione della responsabilità amministrativa dell'ente*, a cura di G. LANCELOTTI, Giappichelli Editore, 2003. Secondo l'Autore l'elemento dell'elusione fraudolenta attiene “a quel collegamento tra reato e lacuna organizzativa che, ove ad agire sia il sottoposto nei suoi confronti non scatta immedesimazione organica, si esprime ancor prima a livello del nesso causale stricto sensu inteso di cui all'art. 7, D.lgs. 231/2001”, p. 91.

⁴⁵² Secondo C. SANTORIELLO, *Qualche precisazione (controcorrente)*, cit., p. 222, “Chi ritiene che un Modello organizzativo possa essere qualificato come idoneo solo se in grado di arginare sempre e comunque le condotte delittuose degli amministratori, salvo il ricorso, da parte di costoro, a comportamenti ingannatori, nascosti, fraudolenti, persegue in realtà un obiettivo illusorio ed irraggiungibile posto che i soggetti di vertice dell'impresa potranno sempre e comunque, proprio in ragione della loro posizione di supremazia, agevolmente superare ogni procedura e violare senza soverchie difficoltà le prescrizioni criminose”.

⁴⁵³ “Il quadro cambia, invece, se si ritiene che l'introduzione in azienda di determinate procedure risponda ai dettami d.lgs. 231/2001 nella misura in cui tali misure organizzative sono comunque atte ad ostacolare in qualche modo la commissione di illeciti da parte dei dirigenti, i quali – pur potendo, in considerazione della loro preminenza gerarchica, bypassare

Non è mancata da parte della dottrina la prospettazione di un'ulteriore lettura del fenomeno.

È stata altresì ipotizzata, infatti, una simulazione “concordata” dell’elusione tra l’ente e il suo apicale che garantirebbe al primo l’esonero dalla responsabilità ai sensi del D.lgs. 231/2001 e al secondo – successivamente all’irrogazione della sanzione penale – vantaggi garantitigli dalla società stessa quali, per esempio, contratti di consulenza⁴⁵⁴. In pratica, si programmerebbe la consumazione del reato pur in presenza di un adeguato sistema preventivo e l’elusione fraudolenta servirebbe a dimostrare una strutturazione dell’ente corretta ma solo in apparenza⁴⁵⁵.

A partire da tale situazione, è stato quindi suggerito di attribuire all’elusione fraudolenta il significato di “elusione non concordata”⁴⁵⁶, affinché la società dimostri

la procedura usuale ed ordinaria – vedono comunque limitata la sua discrezionalità e la sua libertà di azione dai protocolli organizzativi: l’amministratore che voglia comportarsi in maniera difforme rispetto a quanto previsto dal Modello organizzativo, infatti, deve dare disposizioni perché l’ordinaria modalità di svolgimento di quel compito non sia rispettata, deve richiedere l’ausilio di qualche dipendente, deve fornire spiegazioni ai suoi più stretti collaboratori, è consapevole che dalla sua attività delittuosa – non foss’altro per l’anomalia della vicenda – sta lasciando continue tracce e quindi è assai probabile che verrà scoperto”, Ibidem.

⁴⁵⁴ “Breve. Il vertice realizzerebbe il reato nell’interesse dell’ente, senza che l’ente lo abbia apparentemente richiesto, dal momento che adotta un modello idoneo e ben attuato, all’apparenza eluso cum fraude dal vertice medesimo”. Così, A.F. TRIPODI, V. MANES, *L’idoneità del modello organizzativo*, cit., p. 162.

⁴⁵⁵ Sull’elusione “non-fraudolenta”, A. FIORELLA, *Responsabilità da reato degli enti collettivi* (Voce), cit., p. 5106. L’Autore osserva come “Resta il problema del reato commesso in sintonia con l’ente, che emerge da una qualche accertabile (e magari accertata) sua volontà complessiva (ad es. per una sua << politica >> d’azione che risulti ex post e aliunde), per quanto fossero stati attuati modelli preventivi astrattamente e normalmente idonei” e prosegue spiegando che “l’ente potrebbe essere astrattamente non organizzato; nondimeno l’autore potrebbe aver commesso in concreto il reato, con il consenso esplicito di suoi organismi essenziali, in ogni caso nell’interesse dell’ente e a seguito di una sua specifica politica d’azione. Ecco perché il decreto n. 231/2001 richiede, quale presupposto della complessiva fattispecie che, ai fini dell’esclusione della responsabilità dell’ente (per il reato commesso nel suo interesse), debba accertarsi che i modelli preventivi siano stati << fraudolentemente elusi >> dalle persone che abbiano commesso il reato”.

⁴⁵⁶ Secondo A.F. TRIPODI, V. MANES, cit., “tale lettura della voce avverbiale unisce alla conservazione di un contenuto selettivo, che appunto attribuisce rilevanza in chiave d’esonero alle sole violazioni autentiche del modello, la garanzia della funzionalità del sistema su un doppio livello: quello attinente alla praticabilità della prova liberatoria da parte dell’ente, atteso che dal thema probandum sono esclusi i profili tipici della frode (in chiave oggettiva, e

l'effettività e l'autenticità della condotta elusiva e quindi il rapporto di antitesi tra essa e il suo esponente infedele autore dell'illecito⁴⁵⁷.

3. LA COLPEVOLEZZA DELL'ENTE: LA COMBINAZIONE DELL'AGIRE ORGANIZZATO E DELL'AGIRE DEL SINGOLO

Per garantire che il giudizio di colpevolezza dell'ente si fondi sull'appartenenza effettiva a quest'ultimo del fatto illecito deve anzitutto ribadirsi che la misura della colpa dell'ente risiede nel non aver predisposto un'organizzazione idonea alla minimizzazione del pericolo della commissione di reati.

Nell'ibrido creato dal Legislatore del 2001, in cui il collegamento sostanziale dell'illecito alla condotta individuale convive con la responsabilità dell'agire collettivo, l'ente risponde quindi per il *deficit* organizzativo, ovvero per la mancata o inefficiente predisposizione di misure atte a fronteggiare l'accadimento di eventi pregiudizievoli e la loro gestione.

Il rischio che l'ente è chiamato a gestire non deve, in altri termini, farsi coincidere con l'evento tipico dell'illecito, in quanto il dovere di organizzazione mira alla prevenzione del reato in sé, e non invece alla specifica lesione del bene giuridico che ne consegue.

Riecheggia sul tema la teoria di *Heine*, svolgendo un ruolo importante in tale costruzione teorica il concetto di dominio funzionale-sistemico dell'organizzazione⁴⁵⁸, concepito quale difettoso quando l'impresa non sfrutta la possibilità di rimedi tempestivi e adeguati al pericolo; quando essa, nella pianificazione (e negli investimenti) non anticipa sufficientemente le situazioni di crisi e trascura di adottare i

anche, pur se in quest'ottica meno significativa, soggettiva), e quello attinente all'efficienza del sistema, che sarebbe compromessa ove si desse credito a una dinamica d'esonero simulata.

⁴⁵⁷ Una ricostruzione del tipo di quella esposta, sarebbe adattabile anche per i reati-presupposto di natura colposa in quanto compatibile sia con la violazione della regola cautelare di cui l'ente è consapevole sia con quella di cui è inconsapevole.

⁴⁵⁸ Il *funktional-systemische organisationsherrschaft* è l'equivalente funzionale dell'individualistico dominio del fatto (*Tatherrschaft*).

necessari programmi precauzionali⁴⁵⁹. Mentre la responsabilità individuale è orientata retrospettivamente, quella collettiva – secondo l'autore tedesco - deve essere orientata prospettivamente, dando rilievo all'atteggiamento con cui l'ente si attiva di fronte al pericolo⁴⁶⁰.

Così ragionando, il rimprovero movibile all'ente e il fatto ad esso ascrivibile troverebbero il loro fondamento nella impedibilità del fatto, ossia nell'esigibilità delle misure organizzative di prevenzione della commissione di reati.

In effetti, il fatto di cui è chiamato a rispondere il soggetto collettivo è soltanto quello che costituisce il risultato del colpevole mancato dominio del comportamento di chi ha realizzato l'illecito penale⁴⁶¹.

Deve sul punto precisarsi che il semplice accadimento di un reato all'interno della compagine aziendale non rappresenta di per sé l'evidenza della riferibilità all'ente dell'illecito, sembrando invece dover servire – nel pieno rispetto dei principi che governano la materia – un riscontro dell'atteggiamento della persona giuridica da cui comprendere la sua posizione rispetto al reato o, quantomeno, di elementi con cui l'agire collettivo si manifesta.

Sembra utile a questo punto ricordare che il concetto stesso di organizzazione, secondo un approccio organico, è un insieme ordinato e collegato di parti di un tutto che si snoda in un insieme capace di svolgere determinate funzioni. Ma se dal punto di vista strutturale è costituita da una dotazione di competenze e di vie di comunicazione

⁴⁵⁹ Richiamato da G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, in Jura, Studi. Discipline Penalistiche, Criminalia, Edizioni ETS, 2012, p. 196.

⁴⁶⁰ “*un Kollektivstrafrecht dev'essere orientato prospettivamente: per le Verbandssanktionen si tratta soprattutto dell'attivazione, per il futuro di energie aziendali volte alla regolazione di pericoli [gefährregulierende betriebliche Kräfte]*”, *Ibidem*.

⁴⁶¹ “*per la ragione di non aver fatto tutto quanto possibile per orientare, in conformità del precetto, la situazione concreta che costituisce la <<culla>> del reato medesimo, si da impedirlo o comunque fronteggiarlo seriamente*”. Così A. FIORELLA, N. SELVAGGI, *Dall'“utile” al “giusto”*, cit., p. 181. Sul rilievo da attribuire all'esigibilità soggettiva anche A.F. TRIPODI, V. MANES, *L'idoneità del modello organizzativo*, cit., p. 153, secondo i quali andrebbe valorizzata pienamente la prospettiva del “*comportamento alternativo lecito, che impone di verificare se l'osservanza della condotta conforme al dovere di diligenza sarebbe valsa a impedire/evitare l'evento e, in caso negativo, di escludere il legame causale tra colpa e evento*”.

orientate all'assunzione di decisioni in reciproca progressione⁴⁶², dal punto di vista funzionale la decisione serve ad assorbire o sedare l'incertezza. In quanto aggregato di ruoli e competenze, l'organizzazione deve perciò sempre confrontarsi con una pluralità di alternative decisionali e dei conseguenti rischi che si proiettano sul sistema complessivamente inteso. La peculiarità dell'organizzazione risiede però nel suo carattere multipersonale, tale per cui anche quando si prende una decisione, permane comunque un livello di incertezza dovuto proprio al fatto che a governare i meccanismi decisori siano più soggetti.

Come è stato osservato, l'organizzazione, intesa come sistema "artificiale" – a differenza di quello naturale, che semplicemente esiste – deve, a sua volta, organizzarsi. È proprio in tale "organizzazione dell'organizzazione"⁴⁶³ che è possibile individuare una meta-competenza quale somma delle competenze dei singoli ma soprattutto mettere a sistema una logica di imputazione plurale.

Non si tratta – è bene puntualizzarlo – di isolare la condotta del singolo esponente dell'ente con quella "collettiva" di quest'ultimo, bensì di considerare entrambe e di analizzarle – per valutarne il collegamento - nel loro combinarsi⁴⁶⁴.

⁴⁶² *"Ciascuna decisione provoca un effetto "irritativo" nei confronti dell'organizzazione, costringendola a confrontarsi con nuovi effetti, nuove strategie che, a loro volta, richiedono ulteriori decisioni"*, C.E. PALIERO, C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in Resp. amm. delle società e degli enti, p. 170.

⁴⁶³ *Ibidem.*

⁴⁶⁴ Sui rapporti tra responsabilità dell'individuo e dell'ente collettivo, A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Giappichelli Editore, 2018, nel riferire dei risultati cui è pervenuto un Gruppo di Ricerca Internazionale - nell'ambito di un progetto avente ad oggetto le prospettive di armonizzazione della disciplina della responsabilità dell'ente da reato nei Paesi membri dell'Unione Europea – sottolinea come il progetto sia pervenuto alla conclusione *"dell'opportunità in via generale del << cumulo >> delle responsabilità dell'uno e dell'altro, fatte salve le ipotesi eccezionali in cui la colpa del singolo si <<disperda>> per così dire in quella aggregata dell'ente. Sia cioè talmente <<sfumata>> la colpa del singolo da venire meno; e pur tuttavia dalla <<aggregazione>> delle condotte di chi operi risulti una <<grave lacuna organizzativa>> che comporti la responsabilità solo dell'ente.*

4. GLI STRUMENTI E GLI ATTORI DELLA PREVENZIONE QUALI INDICI DI VALUTAZIONE NEL GIUDIZIO DI RESPONSABILITÀ DELL'ENTE

Nell'ottica di costruire un'autentica colpevolezza dell'ente che non sia *ex automatico* derivata dalla commissione dell'illecito da parte della persona fisica che agisce in seno alla società, sembra allora potersi suggerire – all'esito della presente indagine - di intraprendere un sentiero che valorizzi, nell'accertamento della responsabilità, elementi “soggettivizzanti” e caratterizzanti l'agire collettivo nella predisposizione delle cautele per ridurre il rischio-reato ma soprattutto nella gestione (quindi nell'operatività) di queste.

Nell'ambito del giudizio di accertamento della responsabilità dell'ente, oltre al legame tra quella che è stata definita “l'organizzazione dell'organizzazione” ed il fatto di reato, pare dover assumere un rilievo determinante il funzionamento del sistema di prevenzione del rischio-reato, in tutte le sue interazioni fra i soggetti attori del controllo e in tutti i suoi momenti.

Immaginando di suddividere l'atteggiamento dell'ente di fronte all'illecito in tre momenti, antecedente, concomitante e successivo al reato, si ritiene anzi di dover concentrare l'attenzione specialmente sul secondo e sul terzo, in quanto probabilmente più emblematici della “risposta” dell'ente al verificarsi del fatto di reato.

Appare riduttivo, in effetti, fondare il rimprovero sulla mera violazione della regola cautelare adottata dal soggetto collettivo; così facendo si imputerebbe all'ente una responsabilità per una condotta di parecchio anteriore al sorgere dell'anomalia perché relativa al momento della predisposizione della cautela.

Il giudizio sul *deficit* organizzativo dovrebbe invece più opportunamente focalizzarsi sulla reazione dell'ente che intenda ripristinare la legalità. Ciò non significa ammettere una colpevolezza c.d. di reazione – quale mancata adozione di misure preventive e correttive in risposta alla commissione del fatto illecito e che, forse, allora sarebbe più appropriato definire colpevolezza “per mancata reazione” – in quanto si aggancerebbe il rimprovero su un *post-factum* e non sul fatto.

Adottando tale prospettiva, ben potrebbe – per esempio – essere oggetto di approfondita valutazione l’attività dell’Organismo di Vigilanza e rappresentare una sorta di indice della colpevolezza dell’ente. In base a quanto riferito in precedenza, il controllo dell’OdV rappresenta uno snodo cruciale nell’ambito del sistema della responsabilità “entificata”. Non v’è dubbio che l’Organismo si ponga quale diaframma tra i flussi informativi e le procedure aziendali, ricevendo molteplici *input* rispetto all’attività aziendale.

Come è stato illustrato, eventuali segnali di debolezza possono emergere a partire da verifiche esterne (da controlli svolti da enti di certificazione o Autorità, da indagini), da segnalazioni (anche anonime), dalla necessità di irrogare sanzioni, dal verificarsi di infortuni, ecc.

Si può pensare all’Organismo di Vigilanza che, nello svolgimento delle proprie funzioni in una società, si dovesse imbattere in violazioni del Modello adottato dalla stessa – già verificatesi o in corso – e al quale spetterebbe riferire quanto riscontrato; da tale attivazione potrebbe conseguire l’avvio procedimenti disciplinari. Ebbene, il Giudice che dovesse trovarsi in un momento successivo ad esprimere un giudizio sul Modello della società di cui all’esempio, potrebbe prendere in considerazione il numero di segnalazioni di deferimenti dei procedimenti disciplinari; laddove invece, non deporrebbe a favore della società la mancanza di segnalazioni dopo diversi anni di implementazione del Modello.

L’attività dell’OdV, attuata attraverso l’elaborazione di note informative – quanto al funzionamento – e attraverso le denunce – rispetto all’osservanza delle regole contenute del Modello – consentirebbe di giudicare l’adeguatezza e l’operatività di quest’ultimo.

Allo stesso modo, si potrebbe guardare all’effettività del *Whistleblowing scheme* e alla gestione della segnalazione da parte dell’ente, nonché allo svolgimento delle indagini e degli opportuni approfondimenti interni per comprendere cosa si è verificato.

Nell’indagine sul fatto colpevole dell’ente non ci si può allora limitare a constatare la violazione della regola preventiva, rappresentando essa solo una fase iniziale e statica della *compliance* che potrebbe definirsi “pianificatoria in quanto collegata al momento

della progettazione dell'organizzazione. Come è stato sottolineato, la mappatura e la gestione di sfere di rischio determinate costituisce lo sbocco di un processo organizzativo che richiede, prima, la configurazione di una valida intelaiatura organizzativa⁴⁶⁵.

È invece il momento dinamico in cui si verifica il reato o – ancor prima – quello in cui emergono segnali in tal senso quello a cui deve guardarsi per valutare l'adeguatezza dell'organizzazione.

Ciò comporta una ricerca su come – all'interno della compagine societaria – si sia sviluppata la conoscenza o, meglio, la conoscibilità dell'anomalia. Va da sé che il bagaglio informativo dell'ente è costituito (perché alimentato) dai dati e dalle informazioni dei singoli individui e dipende dalle relazioni e interazioni intrattenute da questi ultimi nel contesto della struttura organizzata.

Pertanto rileva la combinazione – cui si è fatto riferimento nel paragrafo precedente - dei comportamenti assunti dalle persone fisiche che compongono l'ente e, in particolare, dagli organi cui spettano poteri decisionali e di controllo, dalle funzioni e dagli organismi appositamente incardinati nel sistema di controllo e in quello specifico della prevenzione del rischio-reato. Deve, in sostanza, volgersi lo sguardo ai comportamenti assunti da coloro che sono topograficamente posizionati nei diversi punti della rete di gestione del rischio, cui spettano poteri di controllo, di vigilanza, di decisione⁴⁶⁶.

⁴⁶⁵ Secondo C.E. PALIERO, C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit., p. 176, “*il dovere di organizzazione possiede (...) natura <<progettuale>> e funge da condizione di (pre)esistenza delle (autentiche)regole cautelari: difatti, la presenza di un'organizzazione costituisce il presupposto per la successiva concretizzazione di modelli di comportamento rivolti a sradicare o ridurre uno specifico rischio-reato*”.

⁴⁶⁶ Per un elenco delle situazioni rispetto alle quali potrebbe valutarsi l'atteggiamento assunto dai diversi attori della prevenzione, A. FIORELLA, N. SELVAGGI, *Dall' "utile" al "giusto"*, cit., p. 212. Secondo gli Autori è possibile considerare “*il caso in cui attraverso i flussi informativi o le ordinarie attività ispettive e di controllo emergano segnali di allarme in ordine all'esposizione di un'area al rischio della commissione di un reato; al caso di accentuazione del rischio connesso all'area medesima, oltre dunque i risultati delle ricognizioni effettuate al momento della progettazione della compliance o del suo aggiornamento, nell'ipotesi ad esempio in cui si prospetti l'esigenza di svolgere l'attività, ancorché si tratti di quella rientrante nell'oggetto sociale o comunque <<ordinaria >>, con modalità o in condizioni di tempo e di luogo particolari; ovvero nell'ipotesi di emersione di rischi di responsabilità in rapporto a sviluppi della legislazione (come può succedere nel caso d'introduzione di nuovi*

4.1. SEGUE: IL GIUDIZIO DI RESPONSABILITA' DELL'ENTE NELLA PICCOLA-MEDIO IMPRESA

Non possono tacersi le osservazioni relative alla costruzione della responsabilità dell'ente anche avendo riguardo delle sue dimensioni.

Ci si è interrogati, in effetti, sul rilievo che possa (o debba) assumere lo sviluppo dimensionale della persona giuridica nell'ambito del giudizio di colpevolezza. L'applicazione della disciplina del D.lgs. n. 231/2001 alle piccole e medio imprese⁴⁶⁷ - che come noto caratterizzano la maggioranza del sistema produttivo italiano - ha suscitato perplessità in quanto le caratteristiche di tali realtà organizzate, se rapportate alle peculiarità del sistema della responsabilità da reato delle persone giuridiche, rischiano di produrre un'imputazione automatica per l'impresa⁴⁶⁸, oltre che una sostanziale sterilizzazione degli sforzi preventivi da essa realizzati in tema di *compliance*.

In effetti, se nelle società di rilevanti dimensioni è proprio la complessa articolazione organizzativa a rendere possibile una dissociazione tra il singolo e la persona giuridica, nei contesti produttivi più ridotti sembra alquanto difficile replicare tale separazione. Si tratta, vale la pena sottolinearlo, di compagini in cui la compenetrazione tra la persona

reati o di nuovi reati nel catalogo degli illeciti-presupposto, se la disciplina della responsabilità medesima, come ad esempio in Italia, non abbia carattere generale) ovvero della giurisprudenza circa la maggiore o minore ampiezza di una fattispecie di reato quale presupposto della responsabilità”.

⁴⁶⁷ Il Legislatore italiano, recependo la Raccomandazione della Commissione 2003/361/CE del 6 maggio 2003, ha ancorato la nozione di PMI a requisiti di natura dimensionale-produttiva, secondo la seguente tripartizione: si ha media impresa quando il numero dei dipendenti è inferiore a 250, quando il fatturato annuo non supera i 50 milioni di euro o il totale dell'attivo dello stato patrimoniale non supera i 43 milioni di euro; si ha piccola impresa, quando il numero dei dipendenti è inferiore a 50, quando il fatturato annuo o il totale dell'attivo dello stato patrimoniale annuo non superano i 10 milioni di euro; infine, si è di fronte ad una microimpresa quando il numero dei dipendenti è inferiore a 10, quando il fatturato annuo o il totale dell'attivo dello stato patrimoniale annuo non superano i 2 milioni di euro.

⁴⁶⁸ Si segnala, sul tema, il d.d.l. 2700 di iniziativa del senatore D'Ascola, presentato lo scorso 14 febbraio 2017, recante “Modifiche al d.lgs. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa dell'ente e dei poteri dell'organismo di Vigilanza”). Il d.d.l. prevedeva – recependo i risultati cui era pervenuta AODV231 con un *Paper* avente ad oggetto proprio la riforma del D.lgs. 231/2001, la re-inversione dell'onere della prova in capo al Pubblico Ministero nelle ipotesi di cui all'art. 6 del Decreto.

fisica e l'ente è forte al punto da esservi spesso un'identificazione tra proprietà e gestione che, evidentemente, non consente la segregazione delle funzioni.

Ciò comporta che l'illecito eventualmente commesso dalla persona appartenente all'ente in cui diverse funzioni si concentrano (si sovrappongono) si traduca *ex automatico* nel rimprovero alla società. Destando un simile paradigma imputativo perplessità rispetto al canone di colpevolezza, sono state avanzate diverse istanze di riforma orientate – sinteticamente - nel senso dell'esenzione della responsabilità ai sensi del D.lgs. 231/2001, della semplificazione degli adempimenti preventivi, della mitigazione del carico sanzionatorio.

Non sembra doversi ritenere opportuna l'esclusione degli enti di minori dimensioni dalla disciplina della responsabilità da reato⁴⁶⁹, sia perché dai dati giudiziari risulta una certa propensione a delinquere, sia perché – conseguentemente – se lo scopo del D.lgs. 231/2001 è contrastare il crimine d'impresa – deve allora potersi rendere effettiva la normativa anche rispetto alla tipologia di imprese destinatarie ora in esame.

Senz'altro potrebbe invece adottarsi un approccio diversificato rispetto alla *compliance* di tali imprese, fondandosi il giudizio sulla disorganizzazione dell'ente su profili diversi e declinandosi proprio alla luce delle dimensioni dell'apparato organizzativo-produttivo della persona giuridica.

Rispetto alla modulazione dell'apparato prevenzionistico, deve ricordarsi che essa non è totalmente estranea al nostro ordinamento: in materia di sicurezza sul lavoro, l'art. 30 del D.lgs. 81/2008 richiede espressamente alla Commissione consultiva permanente per la salute e la sicurezza sul lavoro l'elaborazione di procedure semplificate per l'adozione e l'efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione della sicurezza nelle piccole e medie imprese⁴⁷⁰.

⁴⁶⁹ Nel senso dell'esclusione la proposta di legge contenuta nell'Atto della Camera n. 4138 nel 2016 (presentata dal deputato Grimoldi) recante "*Modifiche al D.lgs. 231/2001, al D.lgs. 231/2007, e altre disposizioni, in materia di Organismi di Vigilanza degli enti e di responsabilità per illecito amministrativo dipendente da reato degli enti, delle banche, delle società di intermediazione finanziaria e delle imprese di assicurazione*". Tale proposta prevedeva di modificare l'art. 1 nel senso di riconoscere l'applicabilità del D.lgs. 231/2001 soltanto "*agli enti con un numero di dipendenti superiore a quindici*".

⁴⁷⁰ Con successivo provvedimento (d.m. del 13 febbraio 2014) sono poi state indicate le caratteristiche che le PMI devono avere per accedere alle c.d. procedure semplificate.

Altro profilo attiene invece alla modulazione del *quantum* di pena irrogabile all'ente all'esito del processo. Nel rispetto del principio di proporzione, dovrebbe infatti tenersi conto della circostanza per cui il trattamento punitivo è sostanzialmente “scontato” dalle persone fisiche e pensare di ricorrere a strumenti sanzionatori differenti magari incentrati su una pena di natura pecuniaria.

5. LA SEPARAZIONE TRA L'ATTEGGIAMENTO DELL'ENTE E QUELLO DEL SUO ESPONENTE

Ritornando all'aspetto della conoscibilità da parte dell'ente di una situazione difforme dalle regole stabilite intesa quale risultante della combinazione delle “conoscenze e conoscibilità individuali - che nelle realtà di dimensioni più ridotte è comunque riscontrabile ma con le differenti peculiarità che si è ritenuto opportuno puntualizzare – deve adesso giungersi al punto di rilievo del percorso svolto nel corso della trattazione. Nella ricerca di un elemento di congiunzione e al contempo soggettivizzante tra la commissione del reato dell'individuo e il rimprovero mosso all'ente, è emerso come l'ordinamento possa vagliare l'atteggiamento della persona giuridica o, meglio, cogliere il suo manifestarsi, analizzando i meccanismi di attivazione per ostacolare condotte illecite o per renderne comunque difficoltosa la commissione; restando naturalmente possibile riscontrare altresì la mancata attivazione nelle medesime direzioni finalistiche.

Si ritiene allora che tale attivazione non sia altro che il risultato delle iniziative (o delle inerzie) dei singoli tenute in rapporto all'anomalia emersa e a seconda di come ciascuno ne sia – per funzione e posizione assunta lungo la linea dei controlli – venuto a conoscenza.

Come già sopra precisato, non ci si può infatti soffermare ad uno stadio statico dell'organizzazione preventiva quale è quello della progettazione della regola, ma deve guardarsi – e valorizzarsi – la sequenza di azioni e reazioni in cui si esternalizza la volontà dell'ente. Deve, in altri termini, potersi ripercorrere la catena della prevenzione – idealmente intesa – i cui anelli sono costituiti da tutti i soggetti chiamati a vario titolo

ad intervenire di fronte ad un'attività criminosa già consumatasi o in corso di consumazione.

All'ente reattivo – comunque non inerte, né “complice”, né tantomeno “in sintonia” con il suo esponente – che dimostri la propria contrapposizione alla persona fisica che voglia commettere o che ha commesso il reato, non dovrebbe pertanto potersi muovere un rimprovero.

È imprescindibile, per una corretta ricostruzione della colpevolezza dell'ente, riscontrare una contrapposizione tra il soggetto agente e uno o più presidi approntati e attivati dall'ente “vigile”. Anche del controllo “per contrapposizione” dovrà peraltro vagliarsi l'effettività, stante la circostanza per cui non esiste per ogni processo aziendale una sola procedura, né un solo presidio o una sola contro-misura.⁴⁷¹

La considerazione per cui la resistenza dell'ente al singolo autore dell'illecito è elemento fondamentale per valutare l'atteggiamento del soggetto collettivo e l'adeguatezza del sistema di prevenzione ma deve fare i conti con una moltitudine di controlli, capaci di vanificare l'attenzione della società rispetto a comportamenti che invece richiederebbero una verifica, conduce ad un ulteriore profilo di rilievo per l'elemento soggettivo del reato d'impresa: quello dell'esigibilità.

Dovrebbe infatti esonerarsi l'ente dalla responsabilità ogni qualvolta un'azione organizzativa (sempre nell'accezione adottata di prodotto tra le iniziative dei singoli) richiesta allo stesso per contrastare o contenere una specifica dinamica criminosa risulti oggettivamente inesigibile.

⁴⁷¹ “L'anatomia di un protocollo (...) può rivelarsi complessa, contemplando diverse specie di presidi e contromisure. Ed è proprio in relazione a questa moltitudine di procedure concorrenti che l'idoneità del paradigma controllato-controllore, quale parametro per validare l'adeguatezza del protocollo, vacilla. Più puntualmente, l'obiettività e la validità di un controllo (...) dipende da tre variabili distinte: a) la perizia del controllore; b) l'affidabilità e veridicità delle evidenze oggetto del controllo; c) l'uso di un'adeguata metodologia di controllo. Ciò inteso, l'ente ha l'onere di eliminare qualsiasi ostacolo alla corretta determinazione delle succitate variabili proprio attraverso la predisposizione di protocolli e procedure ad hoc. Ne deriva che l'assenza delle cautele necessarie al conseguimento dei punti a), b), c) non consentirà al controllo per contrapposizione di dispiegare la propria utilità relegando lo stesso al ruolo di mero simulacro”. Così A. AITA, *L'elusione fraudolenta consumata: indice di validità del Modello o mera clausola esimente?*, in *La resp. amm. delle soc. e degli enti*, n. 4, 2018, p. 261.

A riguardo, deve ricordarsi la regola cautelare si caratterizzi per la correlazione con un rischio “a misura d’uomo”, essendo costruita cioè su una figura-modello che non coincide con un individuo dotato di eccezionali qualità.

Così come per la responsabilità penale individuale, allora, anche all’ente dovrà richiedersi un livello di diligenza dovuta. Non pare tuttavia opportuno – nella ricerca delle capacità di previsione della persona giuridica - ritenere aprioristicamente che le capacità del soggetto collettivo siano superiori a quelle dei singoli.

Può infatti esigersi uno sforzo maggiore alla mente collettiva sempre a patto che si riscontri l’effettiva operatività del sistema di prevenzione grazie alla quale la società può avere contezza di quanto avviene o è avvenuto al suo interno e perciò essere messa in condizione di attivarsi in buona fede per superare la problematicità⁴⁷².

Del resto, il canone della esigibilità impone che il raffronto tra il dover essere delle cautele organizzative e il concreto assetto dell’ente debba operarsi con riferimento alle conoscenze disponibili al verificarsi di episodi di sicuro rilievo come, per esempio, la commissione di un reato, ma anche in momenti rappresentativi di diverse esigenze (si pensi all’aggiornamento del Modello e/o all’implementazione di talune procedure ivi contenute, nonché in generale alla sua manutenzione).

6. PARAMETRI DI VALUTAZIONE DELLA COLPEVOLEZZA DELL’ENTE

Alla luce di quanto sin qui riferito, sembra evidente come siano diversi gli aspetti su cui è possibile orientare il giudizio di responsabilità della persona giuridica, soprattutto ai fini dell’accertamento della dimensione soggettiva della colpevolezza.

È ormai noto come l’esperienza giudiziale abbia sostanzialmente fatto a meno di indagare su tale componente, così però intaccando il canone della personalità che contraddistingue il rimprovero penalistico.

⁴⁷² “Detto altrimenti, una disciplina che voglia compiutamente valorizzare il principio di personalità dovrebbe ritenere non-esigibile un comportamento diverso da quello dell’ente che in buona fede cerchi di superare le proprie lacune organizzative, facendo tutto quello che può fare in una fase di strutturazione o ristrutturazione per prevenire fatti di reato”. Così A. FIORELLA, N. SELVAGGI, *Dall’ “utile” al “giusto”*, cit., p. 216.

Parte del fenomeno deriva dal fatto che il Legislatore del 2001 ha tipizzato regole di condotta dal contenuto neutro e peraltro di un genere totalmente nuovo per l'ordinamento giuridico italiano complessivamente inteso e, nello specifico, per le Autorità giudiziarie. Alla già comprensibile difficoltà delle società di costruire autonomamente le regole dell'agire organizzato in direzione della legalità senza parametri di riferimento – salvo le *best practices* individuate dalle Associazioni di categoria – si è aggiunta l'assenza di criteri normativi per il giudice.

L'unico riferimento legislativo da collegare all'organizzazione inidonea è la consumazione dell'illecito in seno all'ente. In presenza di un reato e in assenza di un parametro grazie a cui il soggetto collettivo possa difendersi opponendo la propria organizzazione virtuosa, il ragionamento del giudice penale per accertare la responsabilità si svilupperà a ritroso. Il percorso deduttivo si muoverà dalla violazione della regola cautelare (da ciò desumendo l'inidoneità del Modello) senza verificare che l'evento-reato sia a tale violazione eziologicamente ricollegabile e arriverà a ritenere l'ente negligente, quindi responsabile, per il solo fatto della consumazione dell'illecito⁴⁷³.

Un tale scenario non fa altro che generare insicurezza e incertezza sull'effettivo contenuto della buona e virtuosa organizzazione e gestione societaria e, proprio dal punto di vista dell'ente, sfiducia – e conseguente disinteressamento – per il sistema concepito nell'architettura del D.lgs. 231/2001 e per la predisposizione di un apparato di prevenzione del rischio-reato.

Al fine di evitare che la *ratio* e la disciplina della responsabilità amministrativa da reato degli enti siano vanificate dal suo insoddisfacente collaudo applicativo è sembrato allora opportuno individuare possibili parametri di valutazione della colpevolezza della persona giuridica che si rivelano utili, al momento dell'accertamento processuale, come criteri per orientare il sindacato giurisdizionale sui sistemi di prevenzione e come argomenti difensivi per l'ente.

⁴⁷³ Segnala il problema legato alla logica del “senno di poi” nell'accertamento giudiziale L. CAVALLINI, *Il giudizio di idoneità dei modelli organizzativi: barlumi di colpa nell'eterno meriggio della responsabilità in re ipsa dell'ente?*”, in Resp. amm. delle società e degli enti, n. 4/2018, p. 165. L'Autore, qualifica il tipo di giudizio svolto *ex post* sulla responsabilità della persona giuridica come “*profezia che si auto-avvera*”.

Sicuramente resta in primo luogo fondamentale l'adozione del Modello organizzativo; la regola che impone di auto-organizzarsi in vista del contenimento del rischio-reato e che, come si è già detto, ha natura pianificatoria e progettuale, è strumentale all'assorbimento dell'incertezza legata all'esistenza dello specifico rischio rappresentato dall'illecito penale. La mappatura e la gestione delle aree di rischio accompagnata dalla predisposizione di una valida intelaiatura organizzativa consentono di valutare l'impegno dell'ente in una fase iniziale.

In secondo luogo, oggetto di valutazione deve essere il Modello organizzativo *in action*. È nella fase dinamica, ossia di fronte ad una violazione, alla consumazione di un illecito e, in generale, al verificarsi di un'anomalia, che può cogliersi l'effettività e l'attualità della regola preventiva. Si inserisce in questo passaggio dell'accertamento l'esame dei comportamenti individuali dei soggetti chiamati a vario titolo ad interfacciarsi con l'emersione di criticità e a "raccogliere" un segnale d'allarme. Come sopra esposto, è dalle iniziative assunte da coloro che risultano in possesso di poteri di controllo e di decisione che può ricavarsi l'atteggiamento dell'ente complessivamente inteso rispetto all'evento-reato.

A questo punto del giudizio – ove si dovesse effettivamente riscontrare un *deficit* organizzativo – dovrebbero inserirsi due ulteriori parametri di valutazione.

Il primo, risiede nel tenere in considerazione la concreta operatività richiesta all'ente – nei termini di esigibilità prima illustrati - nel caso specifico, verificando se il soggetto collettivo effettivamente avrebbe potuto o dovuto attivare determinate misure di contrasto.

Il secondo, conseguente alla ritenuta sussistenza di una disfunzione organizzativa di cui l'ente avveduto avrebbe potuto prevedere il verificarsi, consiste nel valutare l'atteggiamento della persona giuridica nell'ambito di un intervallo di tempo più ampio, non più (o meglio, non solo) prossimo al reato ma ad esso antecedente e successivo. Considerando che il dominio dell'organizzazione è difettoso quando l'impresa non sfrutta la possibilità di rimedi tempestivi e adeguati al pericolo, rileverà a questo punto la contrapposizione dell'ente che – prescindendo dalla specificità del processo oggetto di monitoraggio – cercherà di sopperire alla propria inerzia. Una conferma del

passaggio dell'ente da "inerte" a "vigile" – che comunque vuole prendere le distanze dagli autori dell'illecito - potrà per esempio rintracciarsi nella collaborazione con le Autorità e nell'attivazione di meccanismi di indagine interna per comprendere le dinamiche con cui si sia realizzata la dinamica criminosa (la sua origine, la sua natura ed il rimedio per fronteggiare future violazioni).

Non è escluso, infine, che all'esito di un accertamento articolato su diversi profili ma comunque orientato alla ricerca dell'atteggiamento complessivo dell'ente rispetto al reato, si raccolgano elementi tali da poter ipotizzare una (vera) elusione fraudolenta dei presidi di controllo. D'altro canto, di fronte ad un sistema di controlli adeguatamente costruito ed efficacemente operativo, grazie a cui la società è in grado di raccogliere un segnale e adoperarsi reattivamente per contrastare ogni deviazione dalle regole preventive stabilite, diventa complesso per la persona fisica sfuggire alla rete dei controlli in cui l'individuo si trova anzi – in termini di impedimento rispetto all'azione illecita - intrappolato, non restando quale unica strada percorribile quella di porre in essere una condotta elusiva nei confronti dell'organizzazione.

Un accertamento sviluppato secondo i parametri individuati, sembra allora poter garantire concretamente all'ente – senza tradire i principi tipici della materia penale - l'esonero dalla responsabilità, perché in grado di valorizzare i momenti fondamentali del suo agire verso una direzione virtuosa: quello dell'organizzazione e quello dell'azione.

Conclusioni

Nel concludere il percorso affrontato con la presente trattazione, deve ribadirsi l'esigenza – ormai particolarmente avvertita nell'ambito del dibattito avente ad oggetto la disciplina del D.lgs. 231/2001 – di attribuire rilievo agli sforzi degli enti in tema di prevenzione del reato.

Posto che nel diritto penale d'impresa i concetti tradizionali di fatto, colpevolezza e nesso causale⁴⁷⁴ assumono contorni particolari, nella disciplina della responsabilità degli enti la colpevolezza è stata concepita come addebito diretto alla persona giuridica e non come “derivata” da quella del soggetto attivo autore dell'illecito. Perciò, pur risultando complesso un addebito dal punto di vista soggettivo “spersonalizzato”, l'ente non rappresenta una finzione ma esprime, rispetto alla commissione del reato, sintonia o dissociazione⁴⁷⁵.

I Modelli di organizzazione – considerati alla stregua di regole di diligenza – possiedono un connotato cautelare rispetto alla prevenzione del reato il cui rischio di commissione, come noto, deve minimizzarsi. Tuttavia proprio il rischio *de quo* – elemento per sua stessa natura indefinito – comporta una difficoltà nella ricostruzione della causalità della colpa che, si è visto, si traduce in una eccessiva discrezionalità giudiziaria. Nell'agire organizzato, infatti, la dimensione fenomenologica della colpa si espande, perché deve fare i conti con molteplici soggetti, funzioni, istanze di controllo, le cui relazioni e interazioni – orizzontali e verticali - devono valutarsi attentamente evitando che si riflettano automaticamente sull'imputazione dell'ente. Come è stato osservato con riguardo alla criminalità d'impresa, nel passaggio dal criterio della riprovevolezza a quello del rischio (nella specie, rischio d'impresa), attività d'impresa e

⁴⁷⁴ C. PEDRAZZI, A. ALESSANDRI, L. FOFFANI, S. SEMINARA, G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2000.

⁴⁷⁵ “*La volontà sociale non è né un mito, né una finzione, ma una consistente realtà che si manifesta nella vita dell'ente: nelle sue riunioni, nelle sue deliberazioni*”. G. PECORELLA, *Societas delinquere non potest*, in Riv. Giur. Lav., 1977, IV, p. 367.

responsabilità fondata sul rischio fondano un nuovo binomio spesso deficitario sotto il profilo dell'elemento subiettivo⁴⁷⁶.

Anche a causa delle scarse indicazioni normative, la prassi giurisprudenziale in materia si è purtroppo dimostrata imprevedibile e aleatoria, oltre che mutevole per il susseguirsi di diversi interventi legislativi.

Il circolo virtuoso che il Legislatore ha inteso delineare con il D.lgs. 231/2001 rischia quindi di implodere, da un lato, a causa di quella che viene avvertita come un'ingerenza da parte del controllo giudiziario nell'economia; dall'altro, in quanto la persona giuridica non vede apprezzare il proprio impegno nell'allestimento dei controlli, così perdendo fiducia nell'intera disciplina. Ciò significa che l'ente investe poco in tema di prevenzione o non investe affatto, spinto dalla considerazione che la predisposizione di un apparato di gestione e controllo del rischio-reato difficilmente supererà il vaglio del sindacato giurisdizionale⁴⁷⁷.

Sempre la mancanza di riferimenti normativi specifici ha infatti inciso sulla valutazione di adeguatezza del Modello.

Pur ammettendosi che lo stesso significato di adeguatezza ha dei contorni incerti, in quanto indicativo di una relazione rispetto a qualcosa, nel contesto della responsabilità degli enti, la concretizzazione del canone di adeguata organizzazione aziendale si è caratterizzato per il rinvio a fonti di riferimento diverse (norme interne, norme europee, standard internazionali, *soft law*, regolamenti, raccomandazioni, linee-guida, codici di autodisciplina) creando ulteriori incertezze.

⁴⁷⁶ C.E. PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in Riv. Trim. dir. pen. ec., 1993, p. 1043.

⁴⁷⁷ Come evidenziato da V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del Modello organizzativo ex d.lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in Resp. amm. delle società e degli enti, vol. 3, 2011, p. 71, “quando le pronunce sfavorevoli alle società coinvolte in procedimenti penali hanno cominciato ad infittirsi, si è diffuso il sospetto della sostanziale inutilità degli sforzi di prevenzione del rischio di realizzazione di reati: l'impressione, cioè, che a prevalere sarebbe sempre la sbrigativa logica secondo cui la stessa commissione di un reato nell'ente riveli, ex post, l'inidoneità del Modello”.

Tuttavia, non sembra potersi prescindere dalla considerazione dello strumento che il Legislatore ha previsto quale strumento e misura della diligenza organizzativa dell'ente⁴⁷⁸.

È anzi a partire dal Modello e dalla sua dinamicità che si può investigare sull'atteggiamento del soggetto pluripersonale e sul suo modo di reagire prontamente al verificarsi di determinati episodi in seno all'ente.

In tale indagine, il controllo dell'Organismo di Vigilanza riveste un'importanza cruciale.

Sicuramente rispetto a tale Organismo, alla luce dell'analisi svolta, deve auspicarsi l'introduzione di una disciplina che puntualizzi le regole in materia di nomina, composizione, regole di azione, rapporti con l'organo gestorio e con gli altri protagonisti del sistema di controllo interno e regime di responsabilità.

In ogni caso, in funzione dell'accertamento della responsabilità dell'ente, possono leggersi come indici di un controllo periodico ed effettivo svolto dall'Organismo – e dunque di operatività del Modello - la programmazione e l'effettuazione di verifiche e riunioni di ispezioni, la corretta predisposizione dei *reports* e l'archiviazione di questi (che garantisca la tracciabilità).

Allo stesso modo il buon funzionamento dei flussi informativi è una delle fonti principali a cui attingere per dimostrare l'efficace attuazione del Modello. Il passaggio di informazioni che sia fluido e trasparente tra i diversi organi sociali, tra questi e l'Organismo di Vigilanza e viceversa, rappresenta infatti un fondamentale presidio di prevenzione.

Tuttavia, per verificare la colpevolezza della persona giuridica si sono ritenuti essenziali ulteriori passaggi aventi ad oggetto momenti della vita societaria in cui può cogliersi l'atteggiamento dell'ente rispetto alle dinamiche criminose.

L'imputazione della responsabilità all'ente definisce i limiti del rischio-reato circoscrivendone l'area e, perciò, non si configura nel caso di un'organizzazione

⁴⁷⁸ D. PULITANO', *La responsabilità << da reato >> degli enti: i criteri di imputazione*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2002, p. 434, sottolinea il ruolo "incipite dei Modelli organizzativi, che sono, per un verso, fonti di regole cautelari, e per altro verso adempimenti dell'obbligo cautelare rivolto all'ente, che esige per l'appunto l'adozione ed efficace attuazione di Modelli organizzativi idonei a fronteggiare il rischio reato.

diligente: il rischio diventa lecito quando l'ente ha oggettivamente adottato cautele idonee a prevenire reati della specie di quello verificatisi⁴⁷⁹. Ma il rischio dovuto alla violazione della regola cautelare non può coincidere con l'elemento soggettivo dell'illecito dell'ente, perdendo altrimenti l'indagine sulla colpevolezza ogni significato.

La colpevolezza di organizzazione, infatti, oltre all'accezione normativa e oggettivizzante, attribuisce una connotazione soggettiva alla responsabilità della persona giuridica.

Non dovendosi mai perdere di vista il "faro" della logica sottostante al sistema previsto dal D.lgs. 231/2001, ispirata all'idea che la responsabilità rifletta una reale appartenenza del reato all'ente, si può comprendere la percepita necessità di ricercare (e dimostrarne l'esistenza ai fini dell'affermazione di questa responsabilità) un nesso di derivazione del reato dal comportamento disorganizzato del soggetto collettivo, ossia un raccordo causale⁴⁸⁰.

Non può ignorarsi la circostanza per la quale elementi come la commissione del reato, il mal funzionamento del sistema disciplinare o dell'Organismo di Vigilanza incidano sulla valutazione del Modello; ritenerli tuttavia presupposti essenziali - o elevarli ad indici - dell'inidoneità assoluta di quest'ultimo, significa creare un sistema per il quale - come si è illustrato - ogni disfunzionamento si ripercuote sull'effettiva tenuta del Modello, così generando ipotesi di responsabilità fondate sul criterio dell'*in re illicita versatur*.

⁴⁷⁹ Entro questi limiti secondo A. FIORELLA, l'attività potrà rivelare un rischio penale, tanto contenuto da ritenersi permesso. Sul punto, *La colpa dell'ente per la difettosa organizzazione generale*, AA.VV., *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, Napoli, 2012, p. 266 e ss.

⁴⁸⁰ "Ora, se si voglia escludere, come deve escludersi, che l'apparato della modellistica costituisca, nella logica della legge, solo un indice della formale adesione alle istanze di legalità, ma si ammetta, come sembra debba ammettersi, che esso indichi la necessità di accertare una reale connessione tra il reato e la politica generale dell'ente - magari per verificare se i modelli fossero in sé idonei (e solo un comportamento fraudolento abbia potuto aggirarli) - dovrebbe concludersi nel senso che la connessione "reato-inadeguatezza della struttura" sia alla base dell'imputazione (reato come risultato della <<difettosa organizzazione >> o comunque della politica dell'ente)" A. FIORELLA, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 5104.

Dovrebbe, al contrario – come si è cercato di sostenere - accertarsi che la disfunzione (il vizio, la scorretta attuazione, la difettosa strutturazione) abbia concretamente inciso nella vicenda criminosa, pervenendo alla configurazione di una colpa organizzativa propria dell'ente.

Del resto, deve ricordarsi, che proprio la Relazione ministeriale al D.lgs. 231/2001 è esplicita nell'affermare che poiché le massime di garanzia del diritto penale devono essere estese – nel rispetto degli insegnamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo e della migliore dottrina - anche al più generale diritto punitivo, occorre un “sistema che, per la sua evidente affinità penale, di cui condivide la stessa caratterizzazione afflittiva, si dimostri rispettoso dei principi che informano il secondo: primo tra tutti, appunto, la colpevolezza”⁴⁸¹.

In tal senso gli articoli 6 e 7 del Decreto prevedono in effetti una manifestazione di colpevolezza incentrata sull'evitabilità in concreto, che consente di individuare un rapporto di causalità tra il comportamento della società e quello delle persone fisiche che operano al suo interno.

Il riferimento al criterio dell'esigibilità valorizzato dal coefficiente soggettivo della colpa richiede però di dover considerare - di fronte ad un comportamento che violi regole cautelari atte a minimizzare un rischio - tutte quelle circostanze che rendano inesigibile soggettivamente un comportamento conforme alla regola cautelare e che, nel caso dell'ente, possono rintracciarsi solo all'esito di un accertamento della sua rappresentazione o rappresentabilità di fronte alla lacuna organizzativa.

Nel modello ascrittivo della responsabilità dell'ente non si può limitare il giudizio ai soli dati oggettivi, dovendosi invece non solo identificare la volontà dell'ente ma anche distinguerla da quella della persona fisica che ha agito al suo interno. In tale prospettiva assume rilievo la capacità in concreto dell'organizzazione pluripersonale di dominare il fatto e non il suo modo di essere.

⁴⁸¹ “*Ai fini della responsabilità dell'ente occorrerà, dunque, 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*”, Relazione ministeriale al D.lgs. 231/2001, par. 3.3.

Anche se alla criminalità d'impresa i canoni tradizionali della materia penale non si adattano perfettamente, resta di fondamentale importanza il riferimento alle istanze di garanzia e ai principi tipici della materia e precipuamente – nel rispetto dell'art. 27 Cost. – al principio di colpevolezza, in ossequio del quale deve ritenersi l'ente responsabile “non per ciò che è ma per ciò che fa”.

BIBLIOGRAFIA

A.N.A.C., Piano Nazionale Anticorruzione e Linee di indirizzo, www.anticorruzione.it.

A.N.A.C., *Rapporto sul primo anno di attuazione della Legge n. 190/2012*, in particolare: *Appendice 1 – La nomina del responsabile della prevenzione della corruzione*, dicembre 2013, www.anticorruzione.it.

ABRIANI N., *L'organo di controllo (collegio sindacale, consiglio di sorveglianza, comitato per il controllo della gestione)*, in “Corporate governance” e “sistema dei controlli” nella s.p.a, a cura di TOMBARI U., Giappichelli, 2013, p. 100 e ss.

ABRIANI N., *L'organo di controllo (collegio sindacale, consiglio di sorveglianza, comitato per il controllo della gestione)*, in “Corporate governance” e “sistema dei controlli” nella s.p.a., a cura di TOMBARI U., Giappichelli, 2013, p. 100.

AITA A., *L'elusione fraudolenta consumata: indice di validità del Modello o mera clausola esimente?*, in *La resp. amm. delle società e degli enti*, n. 4, 2018, p. 261.

ALBERICI A., BARUFFI P., IPPOLITO M., RITTATORE VONWILLER A., VACIAGO G., *Il modello di organizzazione, gestione e controllo di cui al d.lgs. 231/2001. Profili metodologici e soluzioni operative. Aggiornato al D.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 T.U. in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, 2008, p. 368.

ALDOVRANDI P., *I modelli di organizzazione e di gestione nel D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: aspetti problematici dell'“ingerenza penalistica” nel “governo” delle società*, in Riv. trim. dir. pen. economia, p. 463.

ALESSANDRI A., *Diritto penale ed attività economiche*, 2010, p. 130 e ss.

ALESSANDRI A., *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in AA.VV., in *La responsabilità amministrativa degli enti*, IPSOA, 2002, pp. 45 e ss.

ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in Riv. trim. dir. pen. ec., 2002.

ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, p. 43.

AMATO G., *Profili penalistici del whistleblowing. Una lettura comparatistica dei possibili strumenti di prevenzione della corruzione*, Riv. trim dir. pen. ec., 2014, vol. 3-4.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Quattordicesima Edizione, Giuffrè, 201, p. 743.

ANTONETTO L., *Il regime del rapporto e della responsabilità dei membri dell'Organismo di Vigilanza*, in Resp. amm. Soc. e enti, n. 1, 2008.

ARENA M., *La cooperazione dell'Organismo di vigilanza nel reato colposo*, www.aodv231.it.

ARNAUDO L., *Whistleblowing: le parole e le cose*, Mercato, concorrenza e regole, 2015, vol. 2.

ASSOCIAZIONE BANCARIA ITALIANA (ABI), *Linee-guida per l'adozione dei modelli organizzativi sulla responsabilità amministrativa delle banche (d.lgs. n. 231/2001), 2004 e successivi aggiornamenti*.

ASSOCIAZIONE DEI COMPONENTI DEGLI ORGANISMI DI VIGILANZA – AODV231, *La modifica dell'art. 6 del D.lgs. 231/2001: critica ragionata all'attribuzione al collegio sindacale della funzione di organismo di vigilanza*, Edizione 1.0, 23 marzo 2012, p. 3, www.aodv231.it.

ASSOCIAZIONE DEI COMPONENTI DEGLI ORGANISMI DI VIGILANZA, AODV231, *Regolamento dell'Organismo di Vigilanza*, Edizione 1.0 – 5 maggio 2016, www.aodv231.it.

ASSOCIAZIONE DEI COMPONENTI DEGLI ORGANISMI DI VIGILANZA, AODV231, *Le verifiche dell'OdV: programmazione e svolgimento*, Edizione 1.0 – 6 dicembre 2016, www.aodv231.it.

ASSOCIAZIONE DEI COMPONENTI DEGLI ORGANISMI DI VIGILANZA, AODV231, *I flussi informativi*, Edizione 1.0, 19 marzo 2012.

ASSONIME, *Adeguatezza di Modelli organizzativi ed esclusione della responsabilità della società: la prima pronuncia giudiziale*, Il caso, vol. 1/2010.

BANCA D'ITALIA E CONSOB, *Regolamento in materia di organizzazione e procedure degli intermediari che prestano servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio*, 29 ottobre 2007.

BANCA D'ITALIA, *Circolare n. 263 recante Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche*, 27 dicembre 2006, www.bancaditalia.it.

BANCA D'ITALIA, *Circolare n. 285 recante disposizioni di vigilanza per le banche*, 17 dicembre 2013, www.bancaditalia.it.

BANCA D'ITALIA, *Regolamento in materia di capitale minimo e operatività all'estero delle SIM le attività connesse e strumentali; la separazione organizzativa e contabile; i coefficienti minimi di patrimonio, di liquidità e di concentrazione ed il patrimonio utile a fini di vigilanza; le forme tecniche dei bilanci e delle situazioni periodiche, le segnalazioni per la redazione delle statistiche finanziarie*, 2 luglio 1991, www.bancaditalia.it.

BARTOLOMUCCI S., *Gestione antinfortunistica e organizzazione special-preventiva: riflessioni propedeutiche alla delimitazione dei confini alla luce del novellato t.u. sicurezza*, in *Rivista* 231, 2010, p. 49.

BASTIA P., *Implicazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle aziende*, in AA.VV., *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, p. 37.

BASTIA P., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di G. LATTANZI, 2005.

BECKER, S. J., *Discovery from Current and Former Employees*, *Section of Litigation, American Bar Association*, p. 250.

BERNASCONI A., FLORIO C., PRESUTTI A., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008, pp. 138 e ss.

BERNASCONI A., *I processi di riforma del D.lgs. 231/2001 in Parlamento, tra aspettative e anticipati traguardi*, in *Processo penale e giustizia*, n. 5, 2017, p. 770.

BGH, *Bundesgerichtshof*, sentenza del 7 luglio 2009.

BOURTIN N., HOULE A., *Investigazioni interne: uno sguardo all'esperienza americana*, in *La responsabilità <<penale>> degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di CENTONZE F. e MANTOVANI M., Il Mulino, 2016.

BRAITHWAIT J. B. E., *The New Regulatory State and the Transformation of Criminology*, in *BJC*, 2000.

BRICOLA F., *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Pen.*, 1950, pp. 950 e ss.

CARMONA A., *Premesse ad un corso di diritto penale dell'economia. Mercato regole e controllo penale nella postmodernità*, CEDAM, 2002, pp. 202 e ss.

CARROLL A.B., *A Three-dimensional conceptual model of corporate performance*, in *Academic of Management Review*, 4, 1979.

Cass. Pen. Sez. IV, sentenza n. 27420/2008.

Cass. Pen., Sez. II, sentenza n. 52316/2016.

Cass. Pen., Sez. I, sentenza n. 18168/2016.

Cass. Pen., Sez. II, sentenza n. 28699/2010.

Cass. Pen., Sez. III, sentenza n. 20904/2001.

Cass. Pen., Sez. III, sentenza n. 53318/2018.

Cass. Pen., Sez. IV, sentenza n. 11351/2006.

Cass. Pen., Sez. IV, sentenza n. 15226/2007.

Cass. Pen., Sez. IV, sentenza n. 1834/2010.

Cass. Pen., Sez. IV, sentenza n. 22614/2008.

Cass. Pen., Sez. IV, sentenza n. 2406/2017.

Cass. Pen., Sez. IV, sentenza n. 25288/2008.

Cass. Pen., Sez. IV, sentenza n. 25527/2007.

Cass. Pen., Sez. IV, sentenza n. 2814/2011.

Cass. Pen., Sez. IV, sentenza n. 36083/2009.

Cass. Pen., Sez. IV, sentenza n. 36280/2012.

Cass. Pen., Sez. IV, sentenza n. 38643/2013.

Cass. Pen., Sez. IV, sentenza n. 44777/2007.

Cass. Pen., Sez. IV, sentenza n. 6277/2007.

Cass. Pen., Sez. V, sentenza n. 4677/2014.

Cass. Pen., Sez. VI, sentenza n. 37119/2012.

Cass. Pen., SS. UU., sentenza n. 38343/2014.

CATALANO G., *Organismo di vigilanza e dinamica dei controlli interni: le novità del codice di autodisciplina alla luce della recente normativa e dell'esperienza statunitense*, in Resp. amm. delle società e degli enti, p. 23.

CAVALLINI L., *Il giudizio di idoneità dei modelli organizzativi: barlumi di colpa nell'eterno meriggio della responsabilità in re ipsa dell'ente?*", in Resp. amm. delle società e degli enti, n. 4, 2018, p. 165.

CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, in Collana della Rivista delle società (a cura di G. ROSSI), Giuffrè Editore, 2009.

CENTONZE F., *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari: una lettura critica della recente giurisprudenza*, Consiglio Superiore della Magistratura – Ufficio per gli incontri di Studio, Roma, 4-6 aprile 2011, p. 5.

CENTONZE F., *La co-regolamentazione della criminalità d'impresa nel d.lgs. n. 231/2001. Il problema dell'importazione dei "compliance programs" nell'ordinamento italiano*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, Vol. 2/2009, p. 220.

CENTONZE F., *La responsabilità degli enti e la piccola e media impresa*, in *La responsabilità <<penale>> degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di CENTONZE F., MANTOVANI M., Il Mulino, 2016, pp. 87 e ss.

CENTONZE F., *Public-Private Partnerships and Agency Problems: The Use of Incentives in Strategies to Combat Corruption*, in *Preventing Corporate Corruption. The Anti-Bribery compliance Model*,

a cura di MANACORDA S., CENTONZE F., FORTI G., Springer, 2014, pp. 43 e ss.;

CENTONZE M., *D.lgs. n. 231 e diritto societario. In particolare: l'OdV è ancora una funzione senza disciplina?* in *La responsabilità <<penale>> degli enti. Dieci proposte di riforme*, a cura di F. CENTONZE e M. MANTOVANI, Il Mulino, 2016, p. 265.

COLONNA F., BONESCHI T., *L'organismo di vigilanza nella recente normativa di BI*, in *Resp. amm. delle società e degli enti*, vol. 1, 2013, pp. 119 e ss.

COLONNA F., *I rapporti tra compliance officer ed organismo di vigilanza*, in *Resp. amm. delle società e degli enti*, p. 117, 2008.

COMITATO DEI MINISTRI DEL CONSIGLIO D'EUROPA, Raccomandazione n. 18 del 20 ottobre 1998 sulla *promozione dell'adozione di misure (anche di natura penale) finalizzate a rendere le imprese responsabili per i reati commessi nell'esercizio della loro attività, indipendentemente dai regimi di responsabilità in vigore.*

COMITATO PER LA CORPORATE GOVERNANCE, *Codice di Autodisciplina*, luglio 2015, www.borsaitaliana.it.

COMMISSIONE EUROPEA, Regolamento (CE) n. 1287 del 10 agosto 2006 recante *modalità di esecuzione della direttiva 2004/39/CE del*

Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda gli obblighi in materia di registrazioni per le imprese di investimento, la comunicazione delle operazioni, la trasparenza del mercato, l'ammissione degli strumenti finanziari alla negoziazione e le definizioni di taluni termini ai fini di tale direttiva.

COMMISSIONE MINISTERIALE, *Progetto preliminare di riforma del codice penale, Parte generale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2001.

COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF THE TREADWAY COMMISSION (Co.S.O.), *Report – Internal Control – Integrated Framework*, 2013, www.coso.org.

CONFINDUSTRIA, *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 e aggiornate al marzo 2014.

CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Convenzione per la tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee (Convenzione P.I.F.)*, Bruxelles, 26 maggio 1995.

CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI, *Guida operativa sulla vigilanza del sistema di controllo interno (Osservanza dell'art. 149, primo comma, punto C, D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58)*, ottobre 2000, www.cndec.it.

CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti ex d.lgs. 231/2001. Gli ambiti di intervento del commercialista*, a cura della Commissione di studio “Compliance aziendale”, settembre 2012, www.cndcec.it.

CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI, *Norme di comportamento del collegio sindacale di società quotate*, 26 aprile 2018, www.cndcec.it.

CONSOB, *Delibera n. 11522 del 1 luglio 1998* contenente il Regolamento di attuazione del Decreto legislativo del 24 febbraio 1998, n. 58, concernente la disciplina degli intermediari.

CONSOB, *Deliberazione n. 5387* con cui è stato approvato il “*Regolamento disciplinante l’esercizio delle attività di intermediazione mobiliare*”, del 2 luglio 1991, www.consob.it.

CONSOB, *Regolamento recante disposizioni in materia di operazioni con parti correlate* adottato con *Delibera n. 17221 del 12 marzo 2010* e successive modifiche, a cura della Divisione Tutela del Consumatore, Ufficio Relazioni con il Pubblico, maggio 2017, www.consob.it.

CONSULICH F., *Vigilantes puniri possunt: i destini dei componenti dell'Organismo di Vigilanza tra doveri impeditivi e cautele relazionali*, Riv. trim. dir. pen. econ., vol. 3, 2015.

CORNACCHIA L., *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2004, pp. 518 e ss.

Corte Cost., sentenza n. 189/1987.

Corte d'Appello di Milano, sentenza n. 18244/2012.

Corte d'Assise D'Appello di Torino, 28 febbraio 2013.

D'ARCANGELO F., *Il ruolo e la responsabilità dell'Organismo di Vigilanza nella disciplina antiriciclaggio*, in Resp. amm. delle società e degli enti, vol. 1, 2009, p. 65.

D'AVIRRO A., DI AMATO A., *I modelli organizzativi. L'organo di vigilanza*, in La responsabilità da reato degli enti, Padova, 2009, p. 210.

DE MAGLIE C., *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002.

DE NICOLA A. e ROTUNNO I., *Whistleblowing e Organismo di Vigilanza ex D.lgs. 231/2001: quali prospettive?*, www.orrick.com.

DE NICOLA A., *Il diritto dei controlli societari*, Giappichelli Editore, 2017, p. 219.

DE SIMONE G., *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, in Jura, Studi. Discipline Penalistiche, Criminalia, Edizioni ETS, 2012, p. 196.

DE VERO G, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2008

DEMURO I., *I modelli organizzativi tra obbligatorietà e moral suasion*, in Assetti adeguati e modelli organizzativi, a cura di M. IRRERA, Zanichelli, Bologna, 2016, p. 928.

DI GERONIMO P., *I modelli di organizzazione e gestione per gli enti di piccole dimensioni*, in Resp. amm. delle società e degli enti., 2008, 1, pp. 63 e ss.

ERNST & YOUNG, *Incontro di lavoro del gruppo ODV*, Roma, 5 maggio 2009.

FERRARINI G., *Funzione del consiglio di amministrazione, ruolo degli indipendenti e doveri fiduciari*, in I controlli societari. Molte regole, nessun sistema, BIANCHINI C. e DI NOIA C, Milano, 2010, p. 51.

FIORELLA A. *La colpa dell'ente per la difettosa organizzazione generale*, AA.VV., *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, Napoli, 2012, p. 266 e ss.

FIORELLA A., *Corporate criminal liability and compliance programs*, vol. I: *Liability ex crimine of legal entities in Member States*, Napoli, 2012;

FIORELLA A., e VALENZANO A.S., *Colpa dell'ente e accertamento. Sviluppi attuali in una prospettiva di diritto comparato*, Collana Studi e Ricerche, Sapienza Università Editrice, 2016.

FIORELLA A., *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985.

FIORELLA A., *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Giappichelli Editore, 2018.

FIORELLA A., *Principi generali e criteri d'imputazione della responsabilità amministrativa dell'ente*, a cura di G. LANCELOTTI, Giappichelli Editore, 2003.

FIORELLA A., *Responsabilità da reato degli enti collettivi (Voce)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, pp. 511 e ss.

IORELLA A., SELVAGGI N., *Compliance programs e dominabilità “aggregata” del fatto. Verso una responsabilità da reato dell’ente compiutamente personale, Relazione al Congresso italo-spagnolo tenutosi presso l’Università degli Studi di Milano il 29 e il 30 maggio 2014*, in Riv. Trim. Diritto penale contemporaneo, Vol. 3-4/2014, pp. 105-119.

FORTI G., *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da “mani pulite”*, Vita e Pensiero, 2003.

FORTI G., *La “chiara luce della verità” e “l’ignoranza del pericolo”*. *Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione*, in Scritti per Federico Stella, p. 639.

FORTI G., *La “chiara luce della verità” e “l’ignoranza del pericolo”*. *Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione*, in Scritti per Federico Stella, vol. I, Napoli, 2007, p. 573 e ss.

FORTI G., *Uno sguardo ai “piani nobili” del D.lgs. 231/2001*, in Riv. it. Dir. proc. pen., 2012, p. 1252.

FORTUNATO G., *Ancora sui rapporti tra il principio di affidamento ed équipe medica, Osservazioni su Cass., sez. IV, sent. 30 marzo 2016 (dep. 5 maggio 2016), n. 18780, www.dirittopenaleecontemporaneo.it, vol. 5/2017.*

FORTUNATO S., *Fallimento del mercato e revisione contabile*, in Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum G.F. Campobasso, (a cura di) P. Abbadessa, G.B. Portale, Torino, 2007, pp. 91 e ss.

FRUSCIONE L., *Audit: specifici protocolli e flussi informativi: le criticità sfuggenti*, in La responsabilità amministrativa delle società e degli enti, n. 3, 2017, p. 343.

GALLETTI D., *I Modelli organizzativi nel D.lgs. 231/2001, le implicazioni per la corporate governance*, in Giur. Comm., 2006.

GAREGNANI G.M., *La rilevanza dei flussi informativi*, Diritto e pratica delle società, Il Sole 24 Ore, n. 1, maggio 2011.

GARGANI A., *Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irrelati?*, in Dir. pen. proc., 2002.

GARGANI A., *Ubi culpa, ibi omissio*, Indice Penale, 2000, p. 599.

GASPARRI G., *I controlli interni nelle società quotate. Gli assetti della disciplina italiane e i problemi aperti*, Quaderni giuridici CONSOB, settembre 2013.

GIANNINI M.S., *Controllo: nozioni e problemi*, in Riv. Trim. dir. pubbl., 1974, pp. 1263.

GRASSI M., *L'Organismo di vigilanza nel sistema integrato dei controlli interni*, in Circolare Tributaria, n. 12, 27 marzo 2015.

GROSSO C.F., PADOVANI T., PAGLIARO A., *Trattato di diritto penale*, Milano, 2008, p. 25.

GUERINI T., *Diciassette anni di responsabilità degli enti: una retrospettiva*, in Resp. amm. delle società e degli enti, n. 1, 2018.

GUERINI T., *Diritto penale ed enti collettivi. L'estensione della soggettività penale tra repressione, prevenzione e governo dell'economia*, Giappichelli Editore, Torino, 2018, p. 74.

HOLME L., WATTS R., *Corporate social responsibility: making good business sense*, in *World business Council for Sustainable Development*, 2000.

IANNINI A., ARMONE G. M., *Responsabilità amministrativa degli enti e modelli di organizzazione aziendale*, Salerno Editrice, Roma, 2005.

IRRERA M., *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, Giuffrè, 2005. pp. 8 e ss.

KPMG, *Understanding and articulating risk appetite*, 2008, www.kpmg.com.au.

LAGHI E., *Il modello organizzativo e di gestione ex d.lgs. 231/2001: un approccio integrato ai sistemi di controllo interno in una logica di risk management*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, a cura di M. IRRERA, Zanichelli, Bologna, p. 833.

LATTANZI G., BASTIA P., *Reati e responsabilità degli enti: guida al D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2005, p. 162.

LECIS U., *L'Organismo di vigilanza nei gruppi di società*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, 2, p. 45.

MALAVASI M., *La regolamentazione dei flussi informativi nel modello organizzativo ex D.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. delle società e degli enti*, n. 1, 2010.

MANCINI C., *Riflessioni in tema di composizione dell'Organismo di Vigilanza*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2009, Vol. 2.

MANCUSO E.M., *L'acquisizione di contenuti e-mail*, in SCALFATI A., *Le indagini atipiche*, Giappichelli Editore, Torino, 2014, pp. 53 e ss.

MANCUSO E.M., *Le investigazioni interne nel sistema processuale italiano: tra vuoto normativo e prassi applicative incerte*, in *La responsabilità <<penale>> degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di CENTONZE F., MANTOVANI M., Il Mulino, 2016.

MANES V., TRIPODI A. F., *L'idoneità del modello organizzativo*, in *La responsabilità <<penale>> degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di CENTONZE F. e MANTOVANI M., Il Mulino, 2016, pp. 137-174.

MANTOVANI F., *Diritto Penale. Parte generale*, V edizione, Padova, 2007, p. 158 e ss.

MARCHETTI P.G., *Quale indipendenza per gli amministratori?*, in *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, a cura di BIANCHINI M. e DI NOIA C., 2010, p. 38.

MARINUCCI G., *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Giuffrè, 1971, pp. 175 e ss.

MARTIN A.N., *Use and Lack Precision in Compliance Programs: Any Solution?*, in *EUCRIM, The European Criminal Law Associations' Forum*, 2012/2, pp. 124-127.

MASULLO M. N., *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, Napoli, 2012, pp. 14 e ss.

MEREU A., *La responsabilità “da reato” degli enti collettivi e i criteri di attribuzione della responsabilità tra teoria e prassi*, in *Indice Penale*, 2006, p. 35.

MERUZZI G., *L'adeguatezza degli assetti*, in *L'adeguatezza degli assetti in Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, a cura di IRRERA M., Zanichelli, Bologna, 2016.

MONGILLO V., *Il “sacchetto d'oro” e la “spada inguainata”:
l'interazione pubblico-privato e il peso degli “incentivi” in un recente
modello di compliance anticorruzione*,
www.dirittopenalecontemporaneo.it,

MONGILLO V., *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza tra responsabilità penale individuale e responsabilità da reato dell'ente: alla ricerca di una plausibile differenziazione*, a cura di STILE A. M., FIORELLA A., MONGILLO V., Pubblicazioni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Roma “La Sapienza”, Jovene editore, Napoli 2014.

MONGILLO V., *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. delle società e degli enti, n. 3/2011, p. 74.

MONGILLO V., *Il giudizio di idoneità del Modello organizzativo ex d.lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in Resp. amm. delle società e degli enti, n. 3, 2011.

MONGILLO V., *L'organismo di vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell'ente*, in Rivista231, Sezione interventi, www.rivista231.it.

MONGILLO V., *La delega di funzioni in materia di sicurezza del lavoro alla luce del d.lgs. n. 81/2008 e del decreto correttivo*, www.dirittopenalecontemporaneo.it, vol. 2, 2012.

MONTALENTI P., *“Corporate governance”, sistema dei controlli interni e ruolo della Consob: da garante della trasparenza a presidio della correttezza della gestione?*, in Riv. soc. n. 1, 2015, p. 124.

MONTALENTI P., *“Modello <<231>> e Organismo di Vigilanza nel sistema dei controlli societari: un quadro d'insieme*, in Il nuovo diritto delle società, vol. 2, 2014, pp. 7-27.

MONTALENTI P., *Collegio sindacale, flussi informativi e governo societario: novità e prospettive*, in *Il nuovo diritto delle società*, n. 15/2015.

MONTALENTI P., *Controlli societari: recenti riforme, antichi problemi*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2011, Vol. 64, fasc. 5, p. 539.

MONTALENTI P., *Il sistema dei controlli: profili generali, Le società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale (a cura di) N. ABRIANI, S. AMBROSINI, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI*, Padova, 2010.

MONTALENTI P., *Modello “231” e Organismo di Vigilanza nel sistema dei controlli societari: un quadro d’insieme*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2014, p. 21.

MONTALENTI P., *Organismo di vigilanza e sistema dei controlli*, in *Giur. Comm.*, 4, I, 2009, p. 644.

MONTALENTI P., *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 211.

NICOLICCHIA F., *Corporate internal investigations e diritti dell’imputato del reato presupposto nell’ambito della responsabilità “penale” degli enti: alcuni rilievi sulla base della “lezione americana”*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, vol. 3-4, 2014.

NIETO A., *Internal investigations, Whistleblowing, and Cooperation: The Struggle for Information in the Criminal Process, Chapter 5, Preventing Corporate Corruption. The Anti-Bribery Compliance Model*, a cura di MANACORDA S., CENTONZE F., FORTI G., Springer, 2014, pp. 69 e ss.

O.C.S.E., “*Recommendation of the Council on Guidelines for managing conflict of interest in the public service*”, 28 maggio 2003, www.oecd.org.

O.C.S.E., *Convenzione sulla lotta corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali*, Parigi, 17 dicembre 1997.

PALIERO C. E., *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in Riv. Trim. dir. pen. ec., 1993, p. 1043.

PALIERO E., *Art. 7 - Soggetti sottoposti all'altrui direzione e modelli di organizzazione dell'ente*, in *La Responsabilità amministrativa delle società e degli enti: d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di LEVIS M. e PERINI A., Zanichelli, Bologna, 2014, p. 95.

PALIERO E., PIERGALLINI C., *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. delle società e degli enti*, vol. 3/2006, pp. 171 e ss.

PALIERO E., *Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente nell'ordinamento italiano*, in Riv. Trim. dir. Pen., 1996, pp. 1173 e ss.

PANSARELLA M., *Problematiche giuridiche e organizzative del whistleblowing nei modelli 231*, in Resp. amm. delle società e degli enti, vol. 1, 2018.

PECORELLA G., *Societas delinquere non potest*, in Riv. Giur. Lav., 1977, IV, p. 367.

PEDRAZZI C., ALESSANDRI A., FOFFANI L., SEMINARA S., SPAGNOLO G., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2000.

PEDRAZZI C., *Corporate governance e posizioni di garanzia: nuove prospettive*, in AA.VV., *Governo delle imprese e mercato delle regole*, Milano, 2002, p. 1374.

PEDRAZZI C., *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955, ora pubblicato in *Diritto Penale*, vol. II, 2002.

PEDRAZZI C., *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in Riv. Trim. dir. Pen. Econ., 1988, pp. e ss.

PEDRAZZI C., *Società commerciali (nuova disciplina penale)*, Voce in Dig. Disc. Pen., Aggiornamento, Torino, 2000, pp. 597 e ss.

PIERGALLINI C., *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in Riv. trim. dir. pen. ec., 2002, p. 593.

PIERGALLINI C., *I modelli organizzativi*, in *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di G. LATTANZI, Giuffrè editore, 2010, p. 195.

PIERGALLINI C., *La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni. Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in Dir. Proc. pen., 2001, pp. 1355 e ss.

PIERGALLINI C., *Paradigma dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "Modello Organizzativo" ex D.lgs. n. 231/2001)*, Parte I, in Cass. Pen., 2013, p. 394.

PIERGALLINI C., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex D. lgs. n. 231/2001)*, in Cass. Pen., 2003, fasc.1, pp. 8 e ss.

PIERGALLINI C., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex D. lgs. n. 231/2001)*, in Cass. Pen., 2003, fasc. 2.

PIERGALLINI C., *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in Riv. Trim. dir. Pen. Econ., 2002, pp. 585 e ss.

PIERGALLINI, *Il Modello organizzativo alla verifica della prassi: dieci anni di esperienze nella legislazione e nella prassi*, in Le società, 2011, p. 47.

PISANI N., *Posizione di garanzia e colpa di organizzazione nel diritto penale del lavoro*, in Dir. pen. dell'econ., vol. 1-2, 2009.

PISANI V., *I requisiti di autonomia e indipendenza dell'Organismo di Vigilanza istituito ai sensi del d.lgs. 231/2001*, in La responsabilità amministrativa delle società e degli enti, 2008, vol. 1. p.159.

PIVA D., *Presunzioni di colpa e onere della prova dell'ente: ragioni e spunti per una riforma dell'art. 6 D.lgs. 231/2001*, in La resp. amm. delle società e degli enti, n. 4, 2018.

PRESENATO A., BARBACOVİ S., *OdV, Revisore Legale, Collegio Sindacale: attori di un sistema integrato di controlli*, in Amministrazione e finanza, 2012.

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, *Rapporto finale*, 1 ottobre 2012, www.funzionepubblica.gov.it.

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, Dipartimento della Funzione Pubblica, *Circolare n. 1 del 25 gennaio 2013* avente ad oggetto la legge n. 190 del 2012.

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, Dipartimento della Funzione Pubblica, *Circolare n. 1 del 14 febbraio 2014* avente ad oggetto l'ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione delle regole di trasparenza di cui alla legge 6 novembre 2012, n. 190 e al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33: in particolare, gli enti economici e le società controllate e partecipate.

PRICEWATERHOUSECOOPERS – PwC, *D.lgs. 231/01. Indagine nell'ambito delle società quotate*, 9° edizione, 2016, p. 26, www.pwc.com/it.

PULITANO' D., *La responsabilità "da reato" degli enti nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., in *Responsabilità degli enti*, pp. 7 e ss.

PULITANO' D., *La responsabilità << da reato >> degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 434.

RAZZANTE R. e ARENA M., *Normativa antiriciclaggio e responsabilità da reato delle società*, Edizioni Giuridiche Simone, 2012, p. 128.

RELAZIONE MINISTERIALE AL D. LGS. N. 231/2001.

RIVA M. L., *D.lgs. 231/2001. Guida pratica all'attuazione dei Modelli*, Milano, 2008, p. 83.

RORDORF R., *I criteri di attribuzione della responsabilità. I modelli Organizzativi e Gestionali idonei a prevenire i reati*, in *Le società*, 2001, p. 1297.

SACCHI R., *L'Organismo di Vigilanza ex d.lgs. 231/2001*, in *Giur. Comm.*, 2012, p. 851.

SALAFIA V., *Responsabilità dell'organismo di vigilanza delle società*, in *Le Società*, 5, 2017.

SANTANGELO L., *Prevenzione del rischio di commissione di agiotaggio ed "elusione fraudolenta" del Modello organizzativo*, 3 marzo 2014, www.dirittopenalecontemporaneo.it.

SANTORIELLO C., *Organismo di vigilanza e antiriciclaggio: novità normative*, *Rivista231, Interventi*, 2017.

SANTORIELLO C., *Qualche precisazione (controcorrente) sulla nozione di elusione fraudolenta*, in *Resp. amm. resp. della società e degli enti*, n. 3, 2018.

SANTORIELLO C., *Vent'anni di giurisprudenza in tema di responsabilità degli enti collettivi. Le pronunce più importanti, i dubbi risolti e le questioni ancora aperte*, in Resp. amm. delle società e degli enti, n. 4, 2018.

SCHERMI A., *Soggettività e società di persone*, nota a Cass., 19 novembre 1999, n. 12833, in Giustizia Civile, 2000, p. 1043.

SCHIUMA L., *Controllo, governo e partecipazione al capitale*, CEDAM, Padova, 1997, p. 18.

SELVAGGI N., *Compliance Programmes and "Organisational Faults" in Italian Legislation. An overview of ten years of experience with Legislative Decree 231/2001 - Focus: Liability of Legal Persons in EUCRIM, The European Criminal Law Associations' Forum*, 2012/2, pp. 127- 130.

SELVAGGI N., *La tolleranza del vertice tra "inerzia" e "induzione al reato". La responsabilità penale ai confini tra commissione e omissione*, Napoli, 2012.

SENATO DELLA REPUBBLICA, *Disegno di legge n. AS 726 sulla modifica al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, in materia di responsabilità amministrativa delle società di capitali, cooperative e consortili*, XVIII Legislatura, Atti parlamentari, www.senato.it.

SERENI A., *L'ente guardiano. L'autorganizzazione del controllo penale*, Giappichelli Editore, 2016.

SEVERINO P. e CANTONE R., *Il whistleblowing e la prevenzione della corruzione. L'esperienza americana e le novità normative italiane*, Convegno, Roma il 6 maggio 2015.

SEVERINO P., *Il sistema di responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001: alcuni problemi aperti*, in *La responsabilità <<penale>> degli enti. Dieci proposte di riforma*, il Mulino, Bologna, 2016, pp. 73-85.

SFAMENI P., *La responsabilità delle persone giuridiche: fattispecie e disciplina dei modelli di organizzazione, gestione e controllo*, in *Il nuovo diritto penale delle società – D. Lgs. 11 aprile 2002 n. 6*, a cura di A. ALESSANDRI, Milano, 2002, p. 95.

SFAMENI P., *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori ed Organismo di Vigilanza*, in *Riv. soc.*, vol. 1, 2007, pp. 154 e ss.

SGUBBI F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, CEDAM, 1975.

SIMONINI G., *L'Organismo di Vigilanza: difficile convivenza nel sistema dei controlli interni*, in Resp. amm. delle società e degli enti, vol. 1, 2016, pp. 91-92.

SIMONINI G.F., *L'Organismo di Vigilanza: difficile convivenza nel sistema dei controlli interni*, n. 1, 2016.

SUTHERLAND E.H., *White Collar Crime*, New York, 1949.

THE INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS, *Corporate Governance Paper 2, "Approccio integrato al sistema di controllo interno"*, Associazione Italiana *Internal Auditors*, 2008, www.aitiaweb.it.

THE INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS, *Standard Internazionali*, Associazione Italiana *Internal Auditors*, www.aitiaweb.it.

Tribunale di Milano, G.I.P., sentenza del 17 novembre 2009.

Tribunale di Milano, G.U.P., sentenza del 3 gennaio 2011.

Tribunale di Milano, sentenza n. 9258/2012.

Tribunale di Milano, ordinanza, 2004, in Guida al Diritto, 2004, p. 69 e ss.

Tribunale di Napoli, ordinanza, 26 giugno 2007.

Tribunale di Roma, ordinanza G.I.P., 2004.

Tribunale di Roma, ordinanza, 4 aprile 2003, Caso *Finspa*, Foro It., 2004, p. 317.

Tribunale di Torino, Seconda Corte d'Assise, sentenza del 14 novembre 2001.

TRIPODI A.F., *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, Milano, 2013.

TROYER L., INGRASSIA A., *Vi è una posizione di garanzia in capo ai membri dell'Organismo di Vigilanza?*, in Riv. dott. comm., 2008, VI, pp. 1265 e ss..

VALENSISE P., *L'Organismo di Vigilanza ex D.lgs. 231/01: considerazioni sui poteri, composizione e responsabilità*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2009, pp. 385-382.

VIGNOLI F., *Profili critici della responsabilità penale dell'organismo di vigilanza*, in *Resp. amm. delle società e degli enti*, vol. 2, 2009.

VILLANI E., *Alle radici del concetto di “colpa di organizzazione” nell’illecito dell’ente da reato*, Jovene Editore, Napoli, 2016.

VIZZARDI M., *Osservazioni sulla composizione dell’Organismo di Vigilanza ex D. lgs. 231/2001*, www.dirittopenalecontemporaneo.it,

VIZZARDI M., SANTA MARIA L., *Il progetto di riforma alla “231”:* *che cosa cambia, che cosa manca. Note a margine del recente progetto di riforma del d.lgs. 231/2001, presentato dal Ministro della Giustizia Alfano*, www.dirittopenalecontemporaneo.it, 16 novembre 2010.