

Prevenzione e governo del rischio di reato:

La disciplina 231/2001 e le politiche di contrasto dell'illegalità nell'attività d'impresa

Gruppo di lavoro della Giunta Assonime

coordinato da Pietro Guindani

INDICE

<i>Executive Summary</i>	p. 3
Introduzione	p. 8
PARTE I	
La centralità della funzione di prevenzione nel decreto legislativo 231/2001	p.10
1. Il rischio d'impresa nell' "era della compliance"	p.11
2. La rilevanza della dimensione dell'impresa nella disciplina 231/2001	p.14
3. La prospettiva internazionale	p.19
4. Il sistema degli incentivi: criticità della disciplina	p.21
5. L'evoluzione del diritto penale dell'economia verso nuove forme di premialità	p.23
6. La repressione: apparato sanzionatorio e cautelare	p.27
PARTE II	
Gli interventi necessari	p.30
1. I criteri per l'imputazione della responsabilità all'impresa: la colpa da organizzazione	p.31
2. Gli strumenti per la prevenzione: modelli organizzativi generali vs. cautele specifiche	p.34
3. La valutazione del giudice: la rilevanza della cautela specifica nel sistema di gestione dei rischi integrato	p.38
4. Sistema dei controlli 231 e sistema dei controlli societari: esigenze di coordinamento	p.40
5. Apparato sanzionatorio e cautelare: proporzionalità e tutela della continuità aziendale	p.42

Executive Summary

Organizzazione, gestione del rischio e *compliance* sono oggi parte integrante delle strategie e della *governance* dell'impresa di medio-grandi dimensioni. La disciplina della responsabilità amministrativa delle imprese 231/2001 ha dato impulso alla moderna concezione della prevenzione, coniugando cultura del controllo interno e cultura della legalità, mediante l'aspettativa di un esonero da responsabilità per efficienza organizzativa. La disciplina 231 ha dispiegato buona parte dei suoi effetti, stimolando le imprese all'adozione di modelli organizzativi sempre più integrati con il più ampio assetto organizzativo e di gestione dei rischi dell'impresa; sui piani della premialità e dell'equilibrio tra tutela della legalità e garanzia di proporzionalità e ragionevolezza della pena, la disciplina ha invece mostrato alcuni limiti.

Obiettivo del documento è quello di fornire un contributo di proposte finalizzato a: (i) promuovere il valore della funzione di prevenzione e dell'auto-organizzazione, tenendo conto dell'evoluzione della *compliance* e dei sistemi di controllo all'interno delle imprese; (ii) recuperare l'efficienza della funzione premiale prevista dalla disciplina 231, attraverso una più specifica individuazione delle cautele organizzative su cui si fonda la ricostruzione della colpa dell'ente. La prospettiva è quella dell'impresa di medie e grandi dimensioni.

Il Rapporto è stato predisposto da un Gruppo di lavoro della Giunta di Assonime, che riunisce imprese di tutti i settori, con l'apporto d'idee di studiosi, magistrati ed esperti della materia.

Il Rapporto è diviso in due parti:

- nella prima parte viene esaminata la funzione di prevenzione della disciplina 231/2001 nel contesto attuale dei controlli interni all'impresa e vengono richiamate le principali criticità della disciplina;
- nella seconda parte sono proposti alcuni interventi necessari per migliorare l'efficienza della disciplina e volti a rafforzare l'impegno delle imprese nella prevenzione, tenendo altresì conto della prospettiva internazionale e delle recenti evoluzioni del diritto penale dell'economia.

La consapevolezza della centralità della funzione di *compliance* oggi è patrimonio comune delle società di medie e grandi dimensioni e lo si deve principalmente all'ingresso nel nostro ordinamento della disciplina sulla responsabilità amministrativa degli enti che, nel 2001, ha assegnato alle imprese il compito di prevenire i reati commessi all'interno dell'organizzazione e ha introdotto una cooperazione tra Stato e privati per il contrasto dell'illegalità. I presidi di buona *governance* assumono, nel loro insieme, un valore aggiunto, di portata sistemica, a beneficio della legalità e, in ultima analisi, dell'efficienza del sistema giuridico.

Se sul piano dell'organizzazione la disciplina 231/2001 ha cambiato radicalmente l'approccio al governo dell'impresa, la misura premiale dell'esonero da responsabilità per efficienza organizzativa, promossa dalla legge, è rimasto sostanzialmente inapplicato, mentre il regime sanzionatorio è stato applicato con molto rigore anche in via cautelare. Lo squilibrio in sede applicativa tra misure premiali e misure di repressione ha depotenziato la funzione preventiva della disciplina. La legge presenta alcuni difetti originari d'impianto e criticità applicative.

Le cause principali per cui il meccanismo premiale connesso al modello organizzativo non ha funzionato sono molteplici:

- i) i modelli hanno acquisito via via un approccio sempre più generico e formalistico, anche a causa della progressiva estensione del catalogo dei reati, tale da rendere difficile la definizione concreta delle finalità e degli elementi essenziali di un'attività preventiva, idonea a superare il vaglio dell'autorità giudiziaria;
- ii) la scelta di porre a carico dell'impresa l'onere di dimostrare la sua adeguata organizzazione, nonché il requisito dell'elusione fraudolenta del modello da parte della persona fisica che commette il reato hanno reso difficile per l'impresa esercitare il proprio diritto di difesa;
- iii) la mancata considerazione della dimensione dell'impresa nell'applicazione della disciplina;
- iv) la valutazione del giudice raramente si è soffermata sullo specifico vizio nell'organizzazione, piuttosto ha reso una valutazione generale del modello che ha condotto ad affermare la responsabilità dell'impresa per il solo fatto che il reato è stato commesso;
- v) la mancata valorizzazione dei presidi di gestione e controllo del rischio esistenti nelle imprese di grandi dimensioni (*Enterprise Risk Management*, procedure e controlli societari, sistemi di *compliance* integrata).

Sul piano sanzionatorio pesano le incertezze applicative nell'uso delle sanzioni interdittive e delle misure cautelari, che dovrebbero essere ricondotti nell'alveo del principio di proporzionalità.

Nel documento sono individuati cinque profili in cui è auspicabile il miglioramento della disciplina:

1. Prevedere la colpa di organizzazione come elemento costitutivo dell'illecito dell'ente

L'imputazione della responsabilità dell'impresa si fonda sulla colpa per deficit dell'organizzazione e dei controlli nella prevenzione dei reati: per assicurare all'impresa l'esercizio del proprio diritto di difesa, in linea con i principi costituzionali che regolano il processo penale (tassatività, determinatezza, presunzione d'innocenza), occorre prevedere la colpa di organizzazione come elemento costitutivo dell'illecito. Questa modifica consente di chiarire qual è il fatto per cui l'impresa è chiamata a rispondere e sposta in capo al pubblico ministero l'onere di dimostrare il deficit di organizzazione dell'ente, anche quando il reato è commesso da un apicale, eliminando il presupposto dell'elusione fraudolenta del modello, che ha reso di fatto impossibile la difesa dell'ente.

2. Passare da un modello generalista a regole cautelari puntuali per specifiche aree di rischio, sulla base delle prassi migliori in uso nelle imprese

Per restituire efficacia al meccanismo premiale occorre un ripensamento significativo dei modelli organizzativi attuali in chiave, da un lato, di semplificazione e, dall'altro, di puntualizzazione. Occorre muovere su tre fronti:

- i) integrare il contenuto minimo del modello organizzativo previsto dalla legge con la indicazione *ex ante* dei comportamenti cui la società dovrà attenersi in caso di commissione del reato, al fine di tenere separati i piani della responsabilità dell'ente e dell'autore del reato, nonché con un principio che sottolinei la rilevanza della dimensione dell'impresa;
- ii) semplificare radicalmente le linee guida e i modelli organizzativi con l'individuazione di principi/obiettivi, da declinare poi all'interno di ciascuna impresa in cautele specifiche, individuate sulla base del processo di analisi dei rischi e di protocolli-tipo che raccolgono le migliori prassi allo stato dell'arte;

- iii) affidare a un organismo privato autorevole – sull'esempio dell'Organismo Italiano di Contabilità (OIC) in materia contabile – la raccolta delle migliori prassi, nazionali e internazionali, e la definizione dei protocolli-tipo che coadiuvino le imprese nella costruzione dei modelli e supportino il giudice nella valutazione.

3. Equiparare al modello organizzativo 231 i presidi organizzativi, i sistemi di controllo interno e gestione dei rischi d'impresa.

La disciplina della responsabilità penale-amministrativa delle società va resa coerente con le più recenti evoluzioni degli strumenti di compliance e di controllo nell'impresa di grandi dimensioni, che prevedono articolati sistemi di prevenzione e gestione dei rischi. In questa prospettiva, la valutazione giudiziale ha ad oggetto la specifica regola cautelare preventiva, ovunque essa sia rinvenibile nel complessivo assetto organizzativo dell'impresa. A tal fine occorre prevedere nella legge l'equiparazione del modello organizzativo ex 231/01 ad un efficace sistema di controllo interno e gestione integrata del rischio, ai fini del riconoscimento dell'esonero da responsabilità dell'ente: in sede di valutazione ciò che conta è l'effettiva adozione della specifica cautela in funzione di prevenzione del rischio reato, ovunque sia collocata nell'ambito dell'organizzazione.

4. Coordinamento disciplina 231 e sistema dei controlli: rafforzare indipendenza e professionalità dell'organismo di vigilanza

La disciplina della responsabilità amministrativa dell'ente va raccordata con le regole in tema di controlli societari, come si sono evolute e rafforzate negli ultimi due decenni. Va in questa direzione l'opzione già prevista dalla legge 231/2001 di affidare le funzioni di organismo di vigilanza all'organo di controllo, che ha adeguati requisiti di autonomia, indipendenza e professionalità. Per l'organismo di vigilanza che non coincida con l'organo di controllo della società occorre invece prevedere nella legge requisiti di indipendenza e professionalità dei suoi componenti, adeguati allo svolgimento dell'incarico.

5. Ristabilire il principio di proporzionalità delle sanzioni e valorizzare le buone condotte nel corso del processo

L'apparato sanzionatorio e cautelare previsto dal decreto 231 necessita di un ripensamento al fine di assicurare il rispetto dei principi di proporzionalità e adeguatezza della pena, nonché di garantire sempre la prosecuzione dell'attività d'impresa. L'intervento dovrebbe muoversi in due direzioni: i) intervenire sui profili più critici della disciplina rendendola meno afflittiva, tenendo anche conto delle

caratteristiche dell'impresa; ii) valorizzare le buone condotte all'interno del processo, al fine di mitigare gli effetti della sanzione e impedire l'applicazione delle misure cautelari, a fronte di una collaborazione trasparente con l'autorità giudiziaria e di riorganizzazioni virtuose.

Introduzione

Organizzazione, gestione del rischio e *compliance* sono oggi parte integrante delle strategie e della *governance* dell'impresa di medio-grandi dimensioni. La disciplina della responsabilità amministrativa delle imprese ha dato impulso alla moderna concezione della prevenzione, coniugando cultura del controllo interno e cultura della legalità, mediante l'aspettativa di un esonero di responsabilità per efficienza organizzativa.

La disciplina 231 ha dispiegato buona parte dei suoi effetti stimolando le imprese ad adottare modelli organizzativi sempre più integrati nel più ampio assetto organizzativo e di gestione dei rischi dell'impresa; mentre sul piano degli incentivi la disciplina ha evidenziato dei limiti. Il modello organizzativo costituisce l'anello debole della catena che lega prevenzione ed esonero della responsabilità, su cui è costruito il sistema delineato dal d. lgs. 231/01. Se l'esperienza della giurisprudenza mostra che non vi è, in sostanza, esonero di responsabilità nonostante gli sforzi di *compliance* alle norme, l'effetto è una sfiducia crescente da parte delle imprese verso l'impianto della legge.

Il presente Rapporto vuole essere una risposta positiva alla domanda se si possa ancora ritenere efficace la funzione di prevenzione delineata dal decreto 231. La prevenzione è entrata a far parte del DNA delle imprese, al punto che in recenti normative settoriali (si pensi al GDPR in materia di tutela della privacy) si è affermato espressamente, anche su spinta dell'Unione europea, il principio dell'*Accountability* che impegna l'impresa a individuare da sé la strada più idonea a raggiungere la finalità di prevenzione del rischio, rafforzandone al contempo la responsabilità per le scelte operate.

Nella materia della 231 però è necessario ristabilire l'equilibrio tra prevenzione e premialità: esse devono operare congiuntamente per l'efficienza del modello di regolazione. Appare chiaro che, in questo senso, il primo passaggio necessario è quello di intervenire sui modelli organizzativi e sul giudizio di idoneità degli stessi, per superare le criticità che in questi anni hanno spinto la giurisprudenza ad affermarne l'inadeguatezza. Ma questo passaggio deve essere completato da un'ulteriore attività volta a vedere se, nelle singole realtà di impresa, la gestione integrata dei rischi abbia già in sé elementi che, se debitamente valorizzati, possano condurre i giudici a dare una valutazione positiva dell'organizzazione ritenendola complessivamente adeguata ad assicurare la finalità di prevenzione anche rispetto ai rischi di reato.

Ulteriore questione è se sussistano anche altre vie per recuperare la premialità e per ridare una spinta alla funzione di prevenzione. Occorre considerare che il d. lgs. 231/01 vive fuori dal processo (nell'organizzazione di impresa), ma anche nel processo. Il Rapporto perciò si pone l'obiettivo di vagliare se tra gli strumenti processuali che la legge già offre ve ne siano alcuni (si pensi ad esempio al ravvedimento operoso o all'adozione del modello organizzativo post factum) che possano concorrere a rivitalizzare l'aspetto premiale. Inoltre, ci si prefigge di valutare se in altri ambiti del diritto penale operino ulteriori strumenti processuali che si prestino in modo efficace a concorrere al contrasto all'illegalità di impresa senza sacrificare l'impresa stessa e che possano, eventualmente, in sede di future modifiche al testo del d. lgs. 231, essere presi in considerazione. Su questi aspetti ci si limita a un esame del dibattito in corso, al fine di rivolgere l'attenzione principale all'approfondimento e alla formulazione di proposte sui temi organizzativi, per rendere i modelli adeguati e per valorizzare gli sforzi di *compliance* effettuati dalle medie e grandi imprese in questi anni. Alcune proposte sono formulate anche su temi processuali, ma con particolare riguardo alle questioni attinenti al regime legale dell'onere della prova.

Molte criticità derivano da limiti congeniti della disciplina dovuti a originarie scelte di compromesso, che oggi appaiono da superare; d'altro lato, dal pregiudizio culturale verso una materia rimessa prevalentemente all'autoregolamentazione delle imprese piuttosto che a specifici criteri normativi che guidano la valutazione giudiziaria. È necessario aprire una nuova stagione di confronto tra i giudici e l'impresa, al fine di migliorare il raccordo tra la funzione organizzativo-preventiva del modello e l'imputazione della responsabilità. Su questa strada alcuni passi si possono ancora fare, continuando ad affidare la materia all'autoregolamentazione dell'impresa, nel binario di standard autorevoli di riferimento cui il giudice e l'impresa stessa potranno riferirsi.

Lo scopo del Rapporto – che si pone principalmente nella prospettiva delle imprese di medie e grandi dimensioni – è quello di: (i) promuovere il valore della funzione di prevenzione e dell'auto-organizzazione, dando conto di quanto sino ad oggi è stato fatto per prevenire e gestire i rischi di reato nell'attività di impresa, sia attraverso la *compliance* specifica al d. lgs. 231/01, sia mediante la più ampia e complessa attività di gestione integrata dei rischi di impresa; e (ii) recuperare l'efficienza della funzione premiale, che è essenziale per l'efficienza della legge e che, invece, fino ad oggi è stata sostanzialmente disattesa, attraverso una più specifica individuazione delle cautele organizzative su cui si fonda la ricostruzione della colpa dell'ente.

Parte I

La centralità della funzione di prevenzione nel decreto 231/2001

Il decreto legislativo 231/2001 rappresenta una delle innovazioni più significative del diritto penale moderno. Questa disciplina – introdotta nell’ordinamento italiano per adempiere ad obblighi internazionali – nasce per interrompere i fenomeni collusivi tra l’impresa e la pubblica amministrazione, e avvia una collaborazione dei privati con lo Stato in funzione di contrasto all’illegalità. La legge prevede un’onerosa responsabilità a carico dell’ente che abbia tratto vantaggio dalla commissione di un reato da parte dei propri vertici; d’altro lato, l’impresa si impegna a rafforzare i meccanismi di prevenzione dei reati all’interno della propria organizzazione, a fronte dell’aspettativa, stabilita per legge, di una valutazione positiva di tale impegno organizzativo in sede di giudizio penale, finalizzata all’esonero dalla responsabilità della società. Si afferma per questa via un diritto penale premiale, che mira a scoraggiare i comportamenti illeciti nell’esercizio dell’attività d’impresa incentivando il ricorso ad efficaci sistemi di prevenzione endosocietaria.

La responsabilità dell’ente si fonda sulla ‘*colpa di organizzazione*’¹, intesa come violazione del dovere di adottare cautele organizzative e strumenti di controllo interno idonei a prevenire la commissione di reati. Questo dovere di organizzazione permea tutta la strategia dell’impresa, che deve adeguare i propri comportamenti al rispetto della legalità. Si tratta di un aspetto centrale e fondamentale della normativa, che ha aperto la via ad un nuovo approccio alla *compliance* e alla prevenzione e gestione dei rischi nell’attività d’impresa, e che va preservato e valorizzato. Il presupposto per l’esonero della responsabilità è che la società abbia adottato efficacemente, prima della commissione dell’illecito, un modello di organizzazione e gestione idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi e nomini un organismo di vigilanza, dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo, cui affidare il compito di vigilare sul funzionamento e l’osservanza del modello, nonché di curarne l’aggiornamento. I modelli organizzativi che l’impresa è chiamata ad adottare² sostanziano il dovere di

¹ In tal senso v. Cass. Pen. 25 settembre 2018, n. 54640; Cass. Sez. Un. 24 aprile 2014, n. 38342. Sulla colpa da organizzazione, per tutti, v. C. PALIERO - C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *La responsabilità amministrativa degli enti*, 2006, n. 3, 169 e ss.

² Sebbene l’adozione del modello organizzativo sia qualificata dalla legge come un onere per beneficiare dall’esonero da responsabilità, la dottrina prevalente ritiene che si tratti di un vero e proprio obbligo per l’impresa, trattandosi di cautela specifica che rientra nel principio generale di ‘adeguatezza degli assetti

organizzazione e rappresentano lo strumento per dimostrare in sede processuale l'estraneità dell'impresa alla volontà e all'agire della persona fisica che ha commesso il reato. Le regole dei modelli devono essere volte a (i) mappare le aree in cui è più radicato il rischio di reato; (ii) riconoscere le modalità operative attraverso le quali vengono commessi gli illeciti; (iii) individuare le specifiche regole cautelari che minimizzano il rischio di reato; (iv) predisporre adeguati meccanismi di controllo interno sulla funzionalità del modello e sulla necessità di adeguamenti; (v) prevedere un sistema disciplinare per sanzionare i comportamenti devianti; (vi) assicurare il funzionamento di meccanismi di *whistleblowing*³.

Qualora un reato venga commesso, il giudice dovrà valutare se la società abbia adottato ed attuato efficacemente quei presidi di organizzazione e controllo che potevano impedire la commissione dell'illecito, nonché se essi siano stati elusi fraudolentemente dall'autore del reato. In tal caso il modello organizzativo dovrebbe garantire alla società l'esonero da responsabilità per colpa da organizzazione⁴. La disciplina prevede altresì la possibilità di adottare un modello organizzativo in una delle fasi del procedimento, al fine di consentire all'impresa di beneficiare di una riduzione delle sanzioni e/o dell'inapplicabilità delle misure cautelari⁵.

1. Il rischio d'impresa nell' "era della compliance"

Il collegamento dell'efficacia esimente o riparatoria a un assetto organizzativo adeguato ha segnato un vero e proprio passaggio culturale nell'operare delle imprese. Il decreto 231/2001 ha anticipato e ispirato un approccio al governo dell'impresa basato sull'identificazione dei rischi, orientando la gestione aziendale verso scelte compatibili con i profili di rischio individuati. Tale approccio viene affermato in quegli stessi anni, prima, dall'autodisciplina e poi dalla legge, con la riforma del diritto societario del 2003. La valutazione e la gestione del rischio si elevano a presidi delle scelte strategiche dell'impresa. Le funzioni di controllo interno svolgono una fondamentale azione preventiva – prima che il rischio venga assunto – che supporta le scelte strategiche e una gestione adeguata. Il modo di concepire i controlli nell'attività

organizzativi', che devono essere predisposti dall'organo di amministrazione e su cui l'organo di controllo deve vigilare. Per tutti, v. NICCOLÒ ABRIANI, *Il modello di prevenzione dei reati nel sistema dei controlli societari*, in AA.VV., *Diritto penale dell'economia*, I, diretto da A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, Milano, 2017, 2302 e ss.

³ Art. 6, comma 2 d.lgs. 231/2001.

⁴ Art. 6, comma 1 d.lgs. 231/2001.

⁵ Art. 17 d.lgs. 231/2001.

d'impresa ne esce profondamente modificato: al centro viene messo il monitoraggio costante dell'attività e dei rischi d'impresa e i migliori presidi della buona gestione sono rappresentati dai requisiti organizzativi dell'azienda. L'aspetto centrale dell'agire dell'impresa diviene la sua "controllabilità", ovvero l'organizzazione del controllo in concreto, curare che esso venga effettivamente svolto. I controlli riferiti all'impresa divengono sempre più importanti e sono oggetto di doveri anche degli amministratori⁶.

Alcuni eventi dell'inizio del nuovo millennio hanno mostrato le gravi conseguenze sistemiche – che coinvolgono una platea molto ampia di soggetti – causate da frodi economiche e da inadeguatezza dei controlli nell'esercizio dell'attività d'impresa: gli scandali di grandi società statunitensi (Enron, Worldcom, Global Crossing e Adelphia) e in Italia il caso Parmalat, all'inizio degli anni 2000; la crisi degli anni 2007- 2009, con le crisi finanziarie legate al fallimento Lehman Brothers, Bear Sterns e Merrill Lynch hanno condotto a nuove misure legislative⁷, volte a rendere più severi i controlli societari e rafforzare l'azione delle autorità di vigilanza. Si avvia un modello di regolamentazione e sanzionatorio di tipo amministrativo, in cui le regole che governano organizzazioni complesse sono stabilite e attuate dalle Autorità amministrative più che dai giudici⁸.

La risposta delle società a queste misure normative è quella di incrementare e rafforzare i controlli interni per fronteggiare le gravi responsabilità che derivano dalla mancata osservanza delle prescrizioni normative. L'attività di *compliance*, fino a quel

⁶ Sul tema del controllo nell'agire imprenditoriale, si veda per tutti P. FERRO- LUZZI, *Per una razionalizzazione del concetto di controllo*, in AA.VV. I controlli societari. Molte regole nessun sistema, a cura di M. Bianchini e C. Di Noia, Milano, 2010, p.115 ss; in particolare pp. 129-130.

⁷ La risposta internazionale alla crisi dei mercati generata dagli scandali finanziari si è avuta dapprima negli USA con un profondo rafforzamento dei presidi di *corporate governance* attraverso l'emanazione nel 2002 del Sarbanes-Oxley Act (SOX); poi in Europa con l'adozione di una serie di iniziative rappresentate dal Piano di azione per il diritto delle società (COM/2003/0284) e dai provvedimenti e progetti adottati per attuarlo, nonché dall'emanazione della direttiva 2006/43/CE in tema di revisione legale. Sulla scorta delle esperienze internazionali, con la legge 28 dicembre 2005, n. 262 (cd. legge risparmio) e successive modifiche apportate dal d.lgs. 29 dicembre 2006, n. 303, sono state introdotte una serie di importanti modifiche al TUF, concentrate sulla disciplina dei controlli societari, e che hanno riguardato in particolare la composizione degli organi e il rafforzamento dell'attività di monitoraggio del consiglio di amministrazione, con l'introduzione obbligatoria delle figure degli amministratori indipendenti e degli amministratori di minoranza e l'istituzione del dirigente preposto ai documenti contabili. Un'ulteriore occasione di ripensamento della materia si è avuta con l'emanazione del d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39 con il quale è stata recepita la direttiva comunitaria 2006/43/CE e con il quale sono state introdotte importanti novità in tema di revisione dei conti e dei controlli contabili in generale. Per una ricognizione del sistema dei controlli e dell'evoluzione normativa si rinvia a ASSONIME, *Alcune proposte in materia di controlli societari*, in *Rapporti dei gruppi di lavoro della giunta Assonime*, 2011, disponibile su sito www.assonime.it.

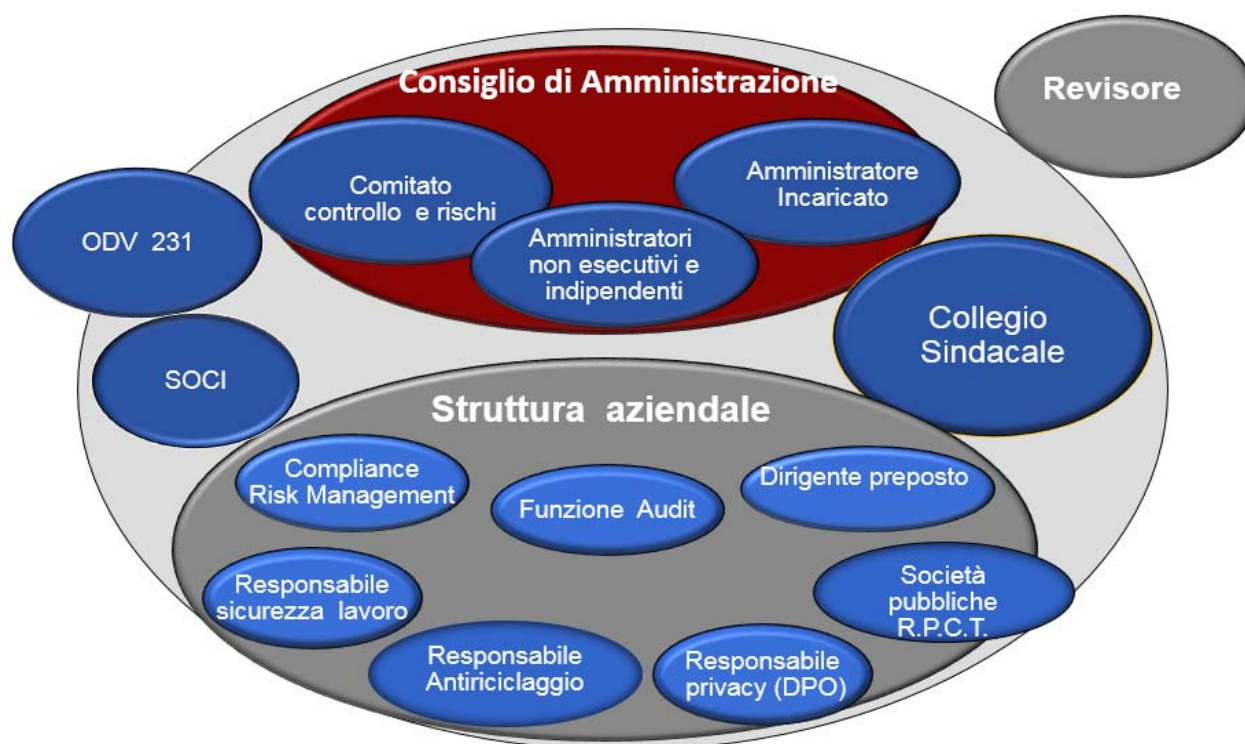
⁸ V. GEOFFREY PARSONS MILLER, *Compliance in the Twenty- First Century: Brave New World?* in AA.VV. *La corporate compliance: una nuova frontiera per il diritto?* a cura di Guido Rossi, Milano, 2017, p.132.

momento relegata ad un mero profilo dei controlli interni diviene centrale su molti fronti, non solo quelli legati al corretto adempimento della normativa di settore, ma anche come strumento di controllo dei rischi d'impresa e incentivo a favorire le migliori condotte. La compliance diviene una strada per raggiungere obiettivi strategici.

Su sollecitazione della normativa, della regolamentazione e delle *best practice*, le società di medie e grandi dimensioni si sono dotate di strumenti, strutture organizzative, norme e regole aziendali dirette a preservare il corretto perseguimento dei fini dell'impresa e la legalità della sua attività.

- Processi di identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi;
- flussi informativi volti a garantire la circolazione delle informazioni;
- processi aziendali organizzati gerarchicamente a più livelli, in cui a ciascun livello corrispondono poteri, doveri e responsabilità circa l'assunzione delle decisioni relative ai processi e alla loro attuazione;
- segregazione di compiti e funzioni, con distinzione di ruolo tra chi decide, esegue, controlla, autorizza;
- tracciabilità di tutte le attività compiute, in modo da poter ricostruire tutti i passaggi che hanno condotto a un risultato o a un evento;
- formalizzazione dei sistemi di delega e delle regole di firma;
- strumenti di monitoraggio e reporting;
- programmi di formazione;
- momenti di controllo atti a intercettare i rischi individuati in relazione a ciascuna attività sensibile;
- punti di verifica dei risultati.

La struttura dei controlli societari nella grande impresa, negli ultimi quindici anni, si è evoluta e incrementata fino a ricomprendere una molteplicità di soggetti che a vario titolo esercitano forme di controllo sull'attività d'impresa.



2. La rilevanza della dimensione dell'impresa nella disciplina 231/ 2001

Nel quadro organizzativo e di monitoraggio dell'attività d'impresa si colloca il modello organizzativo 231. La legge configura tale modello come lo strumento primario di *compliance* delle regole di prevenzione per diversi rischi di reato, che tutte le imprese – a prescindere dalle dimensioni – dovrebbero adottare per non incorrere nella responsabilità per colpa da organizzazione. Obiettivo del modello è quello d'implementare all'interno dell'impresa regole di comportamento che ne orientino l'agire verso la prevenzione ragionevole del rischio di reato. Si tratta di un'esigenza che ricorre in via di principio per ogni tipo d'impresa, tuttavia, nel corso di questi anni di vigenza del decreto 231/2001, è emersa chiaramente la difficoltà di applicare una disciplina centrata sul concetto di adeguatezza del modello organizzativo, laddove l'organizzazione dell'impresa presenti caratteristiche, funzioni diverse in relazione alle

dimensioni della stessa. È condivisa da più parti l'idea che la legge debba tener conto di questo aspetto per assicurare il corretto perseguimento dell'obiettivo di prevenzione e gestione del rischio di reato e per calibrare l'accertamento della responsabilità e la risposta sanzionatoria sulle peculiarità dell'impresa.

La grande impresa

L'organizzazione della grande impresa⁹ – per fatturato, rami di attività, addetti, a compagine societaria aperta al mercato, ovvero che opera in più mercati – si muove oggi in una direzione che va oltre i precetti della disciplina 231/2001. Il modello organizzativo si pone, infatti, in una posizione trasversale rispetto alle regole e alle funzioni del sistema aziendale nel suo complesso, incorpora e rafforza presidi già esistenti all'interno.

I pilastri del modello organizzativo ex disciplina 231 rientrano in modo sinergico nell'ambito del più ampio sistema di controllo interno, che viene adottato dalle società in conformità ai modelli di riferimento forniti dagli organismi internazionali. Al riguardo il più evoluto standard sulla gestione del rischio è rappresentato dal sistema ERM -



⁹ Per la definizione di grande, media e piccola impresa si fa riferimento ai criteri dimensionali di cui al decreto 18 aprile 2005 (G.U. Serie Generale n. 238 del 12 ottobre 2005), di adeguamento alla Raccomandazione della Commissione europea 2003/361/CE, che definisce la categoria dimensionale delle piccole e medie imprese come le imprese che hanno meno di 250 occupati e un fatturato annuo non superiore a 50 milioni di euro oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 43 milioni di euro. Con riguardo alla definizione di grande impresa si rinvia anche ai chiarimenti del Ministero dello Sviluppo economico 2006 in tema di diagnosi energetiche che individuano la categoria nelle imprese che occupano più di 250 dipendenti e hanno un fatturato annuo superiore a 250 milioni di euro oppure un totale di bilancio superiore a 43 milioni di euro.

*Enterprise Risk Management Framework*¹⁰, che si fonda su otto elementi essenziali che si integrano con gli elementi fondamentali del modello 231, dando luogo a un sistema di gestione dei rischi integrato¹¹.

Al modello organizzativo integrato nei processi aziendali si affiancano, poi, altri strumenti finalizzati a garantire il rispetto delle regole e il controllo di condotte che comportano il rischio della commissione di illeciti, quali ad esempio: codici etici; programmi anticorruzione; programmi antifrode; programmi antitrust; attività di audit e due diligence. Il corretto funzionamento di questi strumenti/procedure è affidato a specifici organismi/uffici deputati ad assicurare la loro attuazione e a monitorarne funzionamento ed efficacia. L'insieme di questi presidi, adeguatamente integrati, conduce a verifiche rafforzate, segnalazioni tempestive di criticità e debolezze, nonché a interventi correttivi idonei a adeguare le scelte di gestione all'evoluzione dei rischi aziendali, tra cui in particolare il rischio della commissione dei reati.

In questo contesto di regole, ormai maturo, una buona *corporate governance* diventa lo strumento più efficace per il contrasto alla criminalità. Il modello organizzativo 231 perde la sua specificità e viene assorbito all'interno di un sistema *multi-compliance* finalizzato a individuare all'interno dell'impresa le cautele necessarie per gestire la conformità dell'attività agli obblighi legali che interessano l'organizzazione.

Questo complessivo assetto organizzativo di prevenzione del rischio, presente nella grande impresa, deve essere valorizzato nella legge al fine di orientare il giudice nella più corretta valutazione delle misure preventive adottate dall'impresa per impedire la commissione di reati.

La media impresa

Anche nell'impresa di medie dimensioni¹² – a compagine societaria ristretta, aperta o meno al mercato, con dimensioni medie per fatturato e addetti – l'analisi e la valutazione dei rischi hanno assunto un ruolo crescente nello sviluppo dei processi aziendali e sono state incrementate procedure e meccanismi di controllo volti a rafforzare la legalità dell'agire imprenditoriale. In questo tipo di impresa, tuttavia, non sempre gli assetti organizzativi in funzione di prevenzione dei reati sono definiti

¹⁰ Elaborato dal *Committee of Sponsoring Organization of the Treadway Commission* (CoSo) nel 2004 e recentemente aggiornato nel 2017, v. <https://www.coso.org/Pages/ERM-Framework-Purchase.aspx>

¹¹ In questo senso v. C. DITTMEIER, Il modello organizzativo e gestionale di Poste italiane, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 4, 2006.

¹² V. nota n. 9.

all'interno di un modello organizzativo ad hoc¹³, pur registrandosi una tendenza crescente in questa direzione. In tale contesto rafforzare l'impegno delle imprese e incentivare l'adozione del modello organizzativo 231 appare fondamentale, non solo ai fini dell'esimente prospettata dalla disciplina 231/2001, ma anche e soprattutto per migliorare la *governance* dell'impresa e l'efficienza dei suoi sistemi di controllo interno.

Nell'impresa media, peraltro, l'innalzamento degli standard di comportamento e l'adozione del modello organizzativo per la prevenzione degli illeciti possono essere funzionali anche al perseguimento di ulteriori obiettivi, quali ad esempio il miglioramento della reputazione dell'impresa o l'acquisizione di nuove fette di mercato. Occorre ricordare, infatti, come il modello organizzativo costituisca un elemento di favore per l'assunzione del rating di legalità¹⁴ e, in alcuni casi, il presupposto per l'esercizio di alcune facoltà dell'impresa, come la partecipazione a gare pubbliche¹⁵.

La piccola impresa

Il tema della rilevanza del modello organizzativo nella piccola impresa assume connotati completamente diversi. L'intero impianto della disciplina 231 e la sua stessa filosofia ruotano attorno alla prevenzione dei reati all'interno di strutture complesse, in cui si genera una cultura autonoma rispetto a quella delle persone fisiche che ne fanno parte e in cui vengono adottati meccanismi di autoregolazione in grado di contenere le

¹³ Nonostante l'interesse e l'impegno crescente delle imprese sul tema dei modelli di prevenzione dei reati, secondo i dati reperibili sono soprattutto le società di grandi dimensioni ad adottare modelli organizzativi e specifici protocolli per prevenire la criminalità d'impresa, mentre in linea di massima – per ragioni di costi, struttura organizzativa e complessità della normativa – non si conformano a questa disciplina gli enti di piccole e medie dimensioni. Sul punto v. Assonime, *Indagine sull'attuazione del decreto legislativo 231/2001*, Roma, 2008; Assonime, *Analisi dello stato di attuazione del codice di autodisciplina delle società quotate*, febbraio 2009. Da un'indagine condotta nel 2017 da TIM e Confindustria emerge, in particolare, come soltanto il 36% delle imprese del campione esaminato è dotata di un modello organizzativo ex d.lgs 231, con significative differenze tra imprese di medie e piccole dimensioni. In particolare, l'indagine evidenzia che il modello è stato adottato da tutte le imprese con più di 250 dipendenti e/o con più di 250 milioni di euro di fatturato; dal 14 % delle imprese con un fatturato inferiore a due milioni di euro, e da nessuna impresa con meno di 10 dipendenti.

¹⁴ Il rating di legalità rappresenta uno strumento introdotto nel 2012 che consente alle imprese che rispettino determinate condizioni e che si autoimpongono standard di condotta più virtuosi di quelli richiesti dalla normativa di godere di alcuni benefici in sede di concessione di finanziamenti pubblici e agevolazioni per l'accesso al credito bancario. Sul tema v. Circ. Assonime n. 16/2014 e n. 3/2015.

¹⁵ V. ad es. v. l. Reg. Calabria 21 giugno 2008 n. 15, art. 54; l. Reg. Abruzzo 27 maggio 2011, n. 15; Decreto Regione Lombardia, 8 giugno 2010, n. 5808. Tali provvedimenti richiedono l'adozione del modello organizzativo, rispettivamente, come condizione per operare in regime di convenzione con la Regione; partecipare a procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi di valore superiore ad un milione di euro o essere affidatarie di subappalti; per accreditarsi per l'erogazione di servizi di istruzione e formazione professionale e per l'erogazione di servizi di lavoro.

spinte criminogene che si generano al proprio interno. In presenza di strutture poco o affatto articolate, con un ridotto numero di dipendenti e con una sostanziale coincidenza tra titolari dell'impresa e gestori della stessa, questo modello normativo entra in crisi e solleva dubbi sull'effettiva esigibilità e utilità di una condotta organizzativa funzionale alla prevenzione dei reati analoga a quella imposta a enti di maggiori dimensioni.

Nella piccola impresa il modello organizzativo volto a contenere il rischio della commissione di reati da parte di un soggetto in posizione apicale rappresenta una finzione giuridica, essendo impossibile distinguere l'interesse dell'ente da quello della persona fisica che lo governa. Né appare avere un valore sostanziale imporre all'amministratore unico l'obbligo di costruire e incardinare un modello per controllare sé stesso. Per contro, in una simile realtà in cui risalta la semplicità della struttura organizzativa, il modello organizzativo potrà efficacemente essere adottato nei confronti dei dipendenti e il compito di vigilare sull'osservanza dello stesso essere adeguatamente assolto dall'organo amministrativo, come previsto dall'articolo 6, comma 4¹⁶. La stessa legge si pone, infatti, il problema dell'attuabilità della disciplina negli "enti di piccole dimensioni".

Di questi aspetti tengono conto due disegni di legge pendenti in Parlamento. Il primo¹⁷ propone di escludere dall'applicazione della disciplina gli enti con meno di quindici dipendenti, salvo che si tratti di imprese soggette a direzione e coordinamento. Il secondo¹⁸, introduce nella legge l'obbligo di adozione del modello organizzativo e della nomina dell'organismo di vigilanza, ed esclude le società di capitali che non rientrino nei limiti dimensionali previsti dalla disposizione che consente di redigere il bilancio in forma abbreviata – l'articolo 2435-bis c.c.¹⁹ – da tale adempimento organizzativo.

La strada dell'esclusione totale dall'ambito di applicazione della disciplina 231 rischia di generare un'ingiustificata area d'impunità per comportamenti illeciti, suscettibile di minare i principi della leale concorrenza tra imprese. L'esonero dall'obbligo di adottare

¹⁶ In questo senso v. C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lg. n. 231/2001*, in *Cass. Pen.*, 1, 2013, 378.

¹⁷ AC-818, Disegno di legge di iniziativa parlamentare (On. Grimoldi e altri, Lega); assegnato alla II Commissione Giustizia della Camera in sede referente il 29 ottobre 2018, non ancora iniziato l'esame.

¹⁸ AS-726, Disegno di legge di iniziativa Parlamentare (On. Valente e altri, PD); assegnato alla II Commissione Giustizia in sede redigente il 27 settembre 2018, non ancora iniziato l'esame.

¹⁹ In base a tale disposizione per la redazione del bilancio in forma abbreviata che può essere redatto dalle imprese quando nel primo esercizio, o successivamente, per due esercizi consecutivi non abbiano superato due dei seguenti limiti: 1) totale dell'attivo dello stato patrimoniale: 4.400.000 euro; 2) ricavi delle vendite e delle prestazioni: 8.800.000 euro; dipendenti occupati in media durante l'esercizio: 50 unità.

un modello organizzativo richiederebbe, invece, l'individuazione di un parametro alternativo cui il giudice possa riferirsi per valutare nel caso concreto la responsabilità dell'ente di piccole dimensioni in caso di commissione del reato. L'applicazione di soglie quantitative non è agevole ai fini di questa disciplina; appare altresì difficile l'applicazione tout court del requisito organizzativo in funzione preventiva: in tali casi si potrebbe giungere ai due estremi, da un lato, di una ingiustificata irresponsabilità o, dall'altro, di una responsabilità oggettiva che opererebbe sempre per l'impossibilità di creare una cautela con l'organizzazione. Un'ipotesi praticabile, proposta da qualche studioso, appare essere quella di rimettere al giudice una valutazione caso per caso sull'esigibilità di una condotta organizzativa nell'impresa di piccole dimensioni e sulle misure più adeguate a soddisfare le esigenze di tutela preventiva sottese dalla disciplina. Nel presente rapporto non ci proponiamo di formulare una proposta su questo profilo, ma ci limitiamo a svolgere alcune osservazioni a commento delle proposte già pendenti.

3. La prospettiva internazionale

L'importanza d'investire nei sistemi di compliance e prevenzione del rischio di reato è sottolineata anche a livello internazionale, nell'ambito dei lavori per la revisione della Raccomandazione OECD 2009 sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche e internazionali²⁰.

La Raccomandazione è stata adottata nel 2009 per supportare l'implementazione della Convenzione OECD del 17 dicembre 1997 sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche e internazionali, dalla cui ratifica²¹ ha avuto origine nel nostro ordinamento l'adozione del decreto legislativo 231/2001. Com'è noto, la Raccomandazione contiene indicazioni su *facilitation payments*, protezione del *whistleblower*, miglioramento della comunicazione tra funzionari pubblici e autorità preposte all'applicazione della legge e include, altresì, le linee guida dell'OCSE sulle buone pratiche in materia di controlli interni, etica e *compliance*.

Da tempo, i Paesi che aderiscono alla Convenzione concordano sulla necessità di individuare nuovi standard per prevenire e accertare la corruzione a livello internazionale, che tengano conto dell'evoluzione sia delle forme di corruzione, sia

²⁰ Tale Raccomandazione fu adottata nel 2009 per supportare l'implementazione della Convenzione OECD.

²¹ Con la legge 29 settembre 200, n. 300.

degli strumenti di prevenzione e di controllo nel frattempo posti in essere dalle imprese e dalle istituzioni pubbliche e private²². Per tali ragioni l'OCSE ha avviato i lavori per la revisione della Raccomandazione e gli stakeholders²³ segnalano, tra le altre cose, la necessità di:

- i) sottolineare ulteriormente nella Raccomandazione il bisogno di investire in efficienti sistemi anticorruzione e di compliance – sia nel pubblico, sia nel privato – a fronte di incentivi per le buone performance. In particolare, dovrebbe essere attribuito valore alle misure organizzative di autocorrezione per consentire alle imprese un trattamento sanzionatorio mitigato anche nelle eventuali misure interdittive²⁴;
- ii) affermare una più moderna concezione dei sistemi di controllo interni alle imprese basata su un approccio integrato. In particolare, è stato segnalato come dal 2009 la lotta alla corruzione sia evoluta significativamente con il contributo delle imprese che hanno investito in sistemi di compliance e di controllo innovativi, non più coerenti con il quadro delineato nella Raccomandazione (approccio per silos e burocratico, metodi di analisi obsoleti che non tengono conto delle potenzialità delle nuove tecnologie, sovrapposizione di compiti e responsabilità, ecc.). È necessario fornire nuove indicazioni al fine di facilitare l'implementazione di controlli interni integrati e sistemi *multi-compliance*;
- iii) rivedere gli standard di riferimento per un efficiente programma di *compliance* anticorruzione, modernizzandoli in funzione di un approccio olistico e basato sul rischio che possa adattarsi anche alle esigenze delle PMI;

²² L'importanza della prevenzione e della lotta alla corruzione, nonché dell'affermazione della cultura dell'integrità sia nel settore pubblico, sia in quello privato è stata sottolineata anche all'incontro dei leaders del G20 che si è tenuto in Argentina il 30 novembre/1 dicembre 2018 dove, tra le altre cose, si è convenuto sulla necessità di assicurare l'effettiva implementazione della Convenzione OECD da parte di tutti i Paesi del G20 e l'adozione di principi comuni per prevenire la corruzione e assicurare l'integrità soprattutto all'interno delle imprese pubbliche.

Sul punto v. *G20 Leaders' declaration, Building consensus for fair and sustainable development*, disponibile sul sito https://www.consilium.europa.eu/media/37247/buenos_aires_leaders_declaration.pdf e anche *B20 Argentina 2018, Integrity and Compliance Policy Paper*, disponibile sul sito https://www.b20argentina.info/Content/Images/documents/20180918_210524-B20A%20IC%20Policy%20Paper.pdf. In quest'ultimo documento è altresì sottolineata l'importanza di supportare le PMI nella gestione del rischio di corruzione.

²³ Tra cui in particolare il BIAC, un comitato consultivo di imprese istituito in sede permanente presso l'OECD, al quale Assonime partecipa. Al riguardo v. *Initial comments on the review of the OECD Recommendation Further Combating Bribery of Foreign Public Officials*, disponibile sul sito <http://biac.org/wp-content/uploads/2018/12/FIN-2018-12-COM-Review-of-2009-Recommendation2.pdf>.

²⁴ Con particolare riguardo alla disciplina degli appalti pubblici.

- iv) incentivare la piena collaborazione nelle indagini come strumento per beneficiare di sconti di pena e incoraggiare le imprese alla *self-disclosure* in caso di indagini transfrontaliere.

Parallelamente ai lavori per la revisione della Raccomandazione del 2009, l'OECD ha predisposto una Guida per le strategie anticorruzione e per l'integrità nelle imprese pubbliche²⁵, sulla quale è in corso una consultazione pubblica. Il documento suggerisce agli Stati di incoraggiare il top management delle imprese pubbliche a favorire lo sviluppo di una cultura di integrità aziendale attraverso l'implementazione di codici di condotta, codici etici e simili, garantendo allo stesso tempo che i più elevati standard di condotta in essi previsti siano supportati da specifiche procedure per specifici rischi (procedure per risorse umane, finanziarie, contabili, ecc.). La Guida invita, altresì, le imprese a: i) adottare un approccio basato sul rischio e a considerare il sistema di gestione dei rischi come parte integrante della strategia aziendale; ii) implementare un sistema di controllo, etica e compliance che sia coerente con la valutazione del rischio; iii) rafforzare la segregazione dei ruoli, assicurare la necessaria competenza, diversità e indipendenza del board e definire chiaramente le responsabilità.

Nella prospettiva internazionale la buona governance delle imprese si afferma, dunque, come lo strumento più efficiente per la prevenzione e la gestione del rischio di corruzione. Questa chiave di lettura deve essere ulteriormente rafforzata nelle imprese italiane e deve rappresentare la guida anche per un eventuale ripensamento della disciplina 231, tenendo conto, oltretutto della strada già fatta anche nel nostro ordinamento, anche degli strumenti di incentivo alla legalità che si affacciano nel dibattito internazionale (collaborazione nelle indagini, riorganizzazioni post-factum che attenuino le sanzioni, ecc.).

4. Il sistema degli incentivi: criticità della disciplina

L'impegno organizzativo dell'impresa non è, tuttavia, da solo sufficiente a garantire la piena attuazione della funzione di prevenzione della disciplina, se ad esso non si accompagna un efficace sistema degli incentivi. Questo aspetto della legge non ha funzionato: in quasi due decenni di applicazione giurisprudenziale, i modelli organizzativi predisposti dalle imprese e i sistemi di monitoraggio attuati sugli stessi non sono stati ritenuti dal giudice, quasi mai, idonei a esimere la società dalla

²⁵ Disponibile sul sito: http://www.oecd.org/daf/ca/ACI_Guidelines_Public_Exposure_2019.pdf.

responsabilità per i reati commessi nel suo interesse o vantaggio. Ne è conseguita una crisi di fiducia verso il sistema 231/2001, dopo anni di investimento economico ed operativo da parte delle società per adeguare l'organizzazione alle regole di prevenzione e di significativi miglioramenti nella *governance* dell'impresa.

Le ragioni per cui il meccanismo premiale è rimasto inapplicato sono note agli operatori e agli esperti che si confrontano con la materia e possono essere così riassunte:

- i) *meccanismi d'imputazione della responsabilità che rendono impossibile la difesa della società*: la scelta di porre a carico dell'impresa l'onere di dimostrare la sua adeguata organizzazione, nonché l'elusione fraudolenta del modello da parte della persona fisica che commette il reato (quando il reato è commesso dall'apicale), ha impedito quasi sempre alle imprese di beneficiare dell'esonero da responsabilità, trasformando il meccanismo premiale del modello organizzativo in un vero e proprio criterio costitutivo della responsabilità;
- ii) *eccessi di formalismo nelle regole e nei principi generali che guidano l'elaborazione dei modelli*: nonostante l'importante ruolo svolto in questi anni dalle linee guida delle associazioni di categoria, i modelli si sono espansi a tal punto – in ragione dell'estensione progressiva ed eterogenea del catalogo dei reati – da rendere difficile la definizione concreta delle finalità e degli elementi essenziali di un'attività preventiva, idonea a superare il vaglio dell'autorità giudiziaria.
- iii) *non sempre chiara contestazione all'impresa del fatto per cui si procede e valutazioni complessive e generaliste del modello da parte del giudice*: il giudizio di responsabilità dell'impresa quasi mai ha avuto ad oggetto la carenza nell'organizzazione, la specifica regola cautelare violata e il nesso di causalità con il reato commesso dalla persona fisica. Ne è conseguita l'affermazione della responsabilità dell'impresa per il solo fatto della commissione del reato al suo interno;
- iv) *assenza di valorizzazione della storia virtuosa dell'impresa e del complessivo assetto organizzativo della stessa*: in sede processuale questo aspetto non è stato mai valutato, finendo per porre sullo stesso piano le imprese che hanno investito e creduto nella cultura dell'organizzazione, e quelle che hanno adottato modelli preconfezionati o che hanno rinunciato ad adottare il modello accettando il rischio della commissione del reato, predisponendolo eventualmente dopo l'accertamento del reato per beneficiare di una riduzione delle sanzioni;

v) *incerta natura dell'organismo di vigilanza e assenza di raccordo con il diritto societario*: – salva la norma che consente di attribuire la funzione di organismo di vigilanza al collegio sindacale – che non hanno consentito di inserire appieno la funzione di controllo sul modello organizzativo 231/2001 nel più ampio e robusto sistema dei controlli societari e di gestione integrata dei rischi/compliance, di cui sono dotate le medie e grandi società italiane oggi, e che non è stato a tal fine adeguatamente valorizzato in sede giudiziale.

Queste criticità derivano, da un lato, da limiti congeniti della disciplina dovuti a originarie scelte di compromesso, ragionevoli in fase di introduzione di una disciplina così innovativa, ma che oggi appaiono da superare²⁶. D'altro lato, dal pregiudizio culturale verso una materia rimessa prevalentemente all'autoregolamentazione delle imprese piuttosto che a specifici criteri normativi che guidino la valutazione giudiziaria.

Per superare queste criticità della disciplina è necessario aprire una nuova stagione di confronto tra i giudici e l'impresa, al fine di migliorare il raccordo tra la funzione organizzativo-preventiva del modello e la concreta possibilità dell'esonero da responsabilità. Su questa strada alcuni passi si possono ancora fare, continuando ad affidare la materia all'autoregolamentazione dell'impresa, nel binario di standard autorevoli di riferimento cui il giudice e l'impresa stessa potranno riferirsi.

5. L'evoluzione del diritto penale dell'economia: verso nuove forme di premialità

In una prospettiva di riforma della disciplina 231 non si può non tenere conto del dibattito in corso sulle linee evolutive del diritto penale, che guardano anche alle buone condotte nel corso del processo come strumenti per recuperare la legalità delle imprese e garantire alle stesse l'esonero da responsabilità o altri benefici (riduzione delle sanzioni, inapplicabilità delle misure cautelari, ecc.).

Anche su questo aspetto, in realtà, il decreto 231 è stata una disciplina anticipatrice: la legge già prevede, infatti, misure premiali volte a promuovere la cooperazione dell'impresa anche dopo il compimento del reato, nel corso del procedimento, al fine di adottare cautele e presidi necessari a escludere le conseguenze dannose del reato

²⁶ Si pensi all'affermazione della natura amministrativa di una responsabilità sostanzialmente penale, ormai pacificamente riconosciuta, oppure al regime dell'onere della prova previsto in caso di commissione dell'illecito da un apicale, introdotto come compromesso per superare il principio di immedesimazione organica (volontà dell'apicale uguale volontà dell'ente) e consentire all'impresa di beneficiare anche in questo caso del meccanismo di esonero da responsabilità.

commesso²⁷ e impedire che si verifichi di nuovo in futuro. L'impresa può adottare un modello organizzativo nelle diverse fasi del procedimento²⁸, al fine di ottenere una riduzione della sanzione²⁹, l'inapplicabilità³⁰ o la sospensione delle misure cautelari³¹. La crisi di fiducia verso i modelli preventivi ha determinato un aumento del ricorso a modelli organizzativi in corso di procedimento, con funzione riparatoria. Ciò anche in ragione del forte interesse dell'ente sottoposto a giudizio di responsabilità 231/2001 a uscire rapidamente dal processo penale per contenere i danni reputazionali ed evitare le gravi conseguenze delle sanzioni interdittive e delle misure cautelari sull'attività d'impresa, ove applicate.

Con riguardo a questo specifico aspetto la legge Anticorruzione³² recentemente approvata – pur avendo significativamente inasprito le sanzioni interdittive per i reati contro la pubblica amministrazione commessi nell'interesse o vantaggio dell'impresa – ha introdotto il beneficio della riduzione delle sanzioni interdittive³³ nel caso in cui l'ente: i) si sia adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, *per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione dei responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite*; ii) abbia eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi. Questa disposizione, seppur prevista esclusivamente in relazione ad alcuni specifici reati, valorizza per la prima volta all'interno del decreto 231 la buona condotta processuale, finalizzata a instaurare un rapporto di collaborazione con l'autorità inquirente per assicurare la ricostruzione veritiera e corretta dei fatti e l'individuazione dei responsabili, ferma restando la necessità di dar luogo altresì a una riorganizzazione dell'ente³⁴. Si potrebbe valutare, in sede di modifica della disciplina 231/2001, la possibilità di estendere tale previsione a tutti i reati per i quali sono applicabili le

²⁷ Al fine di beneficiare della premialità attenuata, l'impresa oltre ad adottare un modello organizzativo adeguato deve risarcire integralmente il danno, attenuare le conseguenze dannose del reato e mettere a disposizione il profitto (art. 17).

²⁸ Questa possibilità è riconosciuta in diverse fasi: nel sub-procedimento cautelare (art. 49); prima dell'apertura del dibattimento (art. 65) e anche nel corso dell'esecuzione (art. 78).

²⁹ Articolo 12 del decreto.

³⁰ Articolo 17 del decreto.

³¹ Articolo 49 del decreto.

³² Legge 9 gennaio 2019, n.3, pubblicata in G.U. 16 gennaio 2019, n. 13.

³³ Per un termine compreso tra 3 mesi e 2 anni.

³⁴ Si segnala come una simile disposizione era stata già prevista nell'ambito della disciplina sugli ecreati (prevista dalla legge 68/2015) dove si riconosce uno sconto di pena in favore di chi prima del dibattimento, accanto ad altre condizioni "aiuta concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella ricostruzione del fatto, nell'individuazione degli autori o nella sottrazione di risorse rilevanti per la commissione di delitti".

sanzioni interdittive, nonché quella di riconnettere a tale collaborazione anche una riduzione delle sanzioni pecuniarie.

La stessa legge Anticorruzione ha altresì introdotto – soltanto per la persona fisica – una causa speciale di non punibilità per alcuni delitti di corruzione e induzione indebita, destinata a operare quando l'autore del reato lo denunci volontariamente e fornisca indicazioni utili per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili³⁵. Nei paesi di *common law* incentivi simili sono previsti anche per le persone giuridiche per le quali sono previsti meccanismi di 'negoiazione' tra pubblico ministero e impresa, successivamente alla commissione del reato. Questi meccanismi processuali sono volti a premiare con l'esonero da responsabilità quelle imprese che – quando ancora non c'è notizia di reato o nel corso delle indagini preliminari – accertino attraverso i propri sistemi di controllo interno eventuali responsabilità per la commissione di illeciti nell'interesse o vantaggio dell'ente e collaborino con l'autorità giudiziaria, fornendo elementi di prova in modo ufficiale per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione delle persone fisiche responsabili. Si tratta di un approccio culturale nuovo in funzione di lotta alla criminalità d'impresa, che si basa sull'avvio di indagini interne, che riportano direttamente all'autorità giudiziaria in una fase precedente alla ricezione dell'avviso di garanzia, e che generano la spinta all'autocorrezione dei sistemi di controllo interni e dei presidi organizzativi adottati in funzione di prevenzione dei reati.

La strada di prevedere l'esclusione della responsabilità penale delle imprese a fronte della collaborazione processuale nelle indagini – avversata da autorevole dottrina e da esponenti della magistratura – presenta tuttavia alcuni rischi da tenere in considerazione. In primo luogo, vanno considerati i possibili usi strumentali cui tale collaborazione si presta, soprattutto in caso di cambio del management, nonché delle ripercussioni all'interno della vita dell'impresa, dove verrebbe a crearsi un clima di conflittualità che potrebbe pregiudicare l'ordinario svolgimento dell'attività. Occorre poi considerare che valorizzare la sola condotta processuale, a prescindere dall'adozione di concrete misure per una riorganizzazione finalizzata al recupero della legalità dell'impresa, rischierebbe di vanificare le finalità di prevenzione della disciplina 231, disincentivando l'adozione del modello organizzativo preventivo.

Nella prospettiva di promuovere la prevenzione dei reati e di rendere effettiva per le imprese la possibilità di beneficiare del meccanismo premiale, alcuni autorevoli

³⁵ Alcune associazioni di categoria nel corso delle audizioni parlamentari hanno proposto di estendere questa disciplina anche alle ipotesi di responsabilità amministrativa delle imprese.

esponenti della magistratura³⁶ propongono di introdurre una modalità alternativa di definizione del procedimento a carico delle imprese, al fine di garantire una seconda *chance* all'impresa che abbia seriamente investito nella *compliance*, pur essendosi verificato il reato. L'idea è quella di estendere al giudice 231 l'istituto della sospensione del procedimento con 'messa alla prova', previsto nel processo minorile e recentemente applicato al processo penale della persona fisica adulta, a fronte di reati di medio-bassa gravità. Adattando questo istituto alle peculiarità del processo a carico dell'ente può essere riconosciuta all'impresa la facoltà di chiedere – nel corso delle indagini preliminari, o al più tardi entro la chiusura del dibattimento – un termine per realizzare un progetto di riorganizzazione che tenga conto anche delle osservazioni del giudice in una logica cooperativa. Se alla scadenza del termine questi valori favorevolmente conclusa la riorganizzazione, l'illecito si estingue e l'ente viene dichiarato esente da responsabilità. In questo modo si attribuisce al modello organizzativo adottato in corso di procedimento anche la possibilità di esonerare l'impresa da responsabilità a condizione che: (i) l'impresa abbia preventivamente adottato un modello organizzativo o alternativi presidi organizzativi e di controllo interni ritenuti non idonei dal giudice a prevenire il reato commesso; (ii) il giudice effettui una prognosi favorevole sulla riorganizzazione dell'ente.

Questa proposta apre nuove prospettive nel dibattito per il miglioramento della disciplina e per rendere effettivo il sistema degli incentivi, e merita certamente attenzione. Occorre, tuttavia, tenere conto del rischio di spostare nel processo le aspettative del beneficio dell'esonero da responsabilità per le imprese, depotenziando la portata preventiva della disciplina. A tale istituto potrebbe essere ricondotta la possibilità di una ulteriore mitigazione del trattamento sanzionatorio, rispetto a quanto già previsto dal decreto 231/2001, offrendo all'impresa – a fronte di una riorganizzazione virtuosa concordata con il giudice – una *seconda chance* per ripartire. In quest'ottica di collaborazione con l'autorità giudiziaria l'impresa, infatti, oltre a beneficiare nell'immediato di una riduzione/inapplicabilità delle sanzioni, potrebbe contare – in caso di un diverso e successivo giudizio per un reato della stessa specie – su un modello che con ragionevole probabilità risulterà idoneo ad escludere la responsabilità.

³⁶ Proposta presentata dal giudice G. Fidelbo in occasione di convegni e dello scritto, in collaborazione con R.A. Ruggiero, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 4, 2016.

6. La repressione: apparato sanzionatorio e cautelare

Il decreto 231/2001 prevede un regime sanzionatorio e cautelare complesso, basato su principi generali che si ispirano alle garanzie stabilite per le sanzioni penali (principio di legalità, proporzionalità, adeguatezza). Il sistema di repressione si articola in un doppio binario: sanzioni pecuniarie, dotate di limiti edittali particolarmente elevati³⁷, e sanzioni interdittive³⁸, molto invasive per l'attività dell'impresa (interdizione dall'esercizio dell'attività; sospensione, revoca di autorizzazioni, licenze, o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; divieto di contrattare con la p.a.; esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi o revoca di quelli concessi, divieto di pubblicizzare beni o servizi)³⁹. Queste ultime possono essere applicate anche come misure cautelari, cui si aggiungono le misure del sequestro preventivo e conservativo. A completare il quadro dei profili sanzionatori, il decreto prevede la pubblicazione della sentenza di condanna⁴⁰ e la confisca del prezzo o del profitto del reato⁴¹.

Questo sistema si fonda sul presupposto che per conseguire risultati sul piano della prevenzione occorra una strategia sinergica dove, da un lato, alle sanzioni pecuniarie si affiancano sanzioni volte a neutralizzare la fonte dell'illecito e a incidere sulla politica dell'impresa, e dall'altro si prevedono meccanismi premiali tesi al recupero della legalità dell'ente⁴². Nella *ratio* della legge, la gravità del quadro sanzionatorio dovrebbe infatti esercitare (i) una funzione deterrente, volta a rafforzare la centralità delle misure organizzative preventive nel sistema di responsabilità delle imprese; e (ii) una funzione incentivante nell'adozione di condotte riparatorie e riorganizzative successive alla commissione del reato.

La peculiarità dell'applicazione delle misure repressive e sanzionatorie della disciplina 231/2001 risiede nel fatto che esse incidono sull'esercizio dell'attività d'impresa, talché la sanzione posta a tutela dell'interesse pubblico della legalità potrebbe porsi in contrasto con la tutela di altri interessi pubblici rilevanti, come quello alla prosecuzione

³⁷ Sempre applicabili, v. art. 10 del decreto.

³⁸ Applicabili solo per i reati per cui sia espressamente previsto dalla legge e al ricorrere di determinate condizioni, v. artt. 13 e ss.

³⁹ Le sanzioni interdittive che determinano un'interruzione dell'attività dell'ente possono essere sostituite dalla nomina di un commissario giudiziale quando l'ente svolge un pubblico servizio o un servizio di pubblica utilità dalla cui interruzione può derivare un pregiudizio alla collettività, o quando la misura può determinare rilevanti ricadute occupazionali.

⁴⁰ V. art. 18 del decreto.

⁴¹ V. art. 19 del decreto.

⁴² In tal senso v. C. PIERGALLINI, *La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni. Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in *Diritto Penale e Processo*, 11, 2001, 1342 e ss.

dell'iniziativa economica e della tutela del lavoro. Alcune applicazioni giurisprudenziali (ad esempio in tema di profitto confiscabile) hanno sollevato criticità e mostrato profili d'incoerenza con le garanzie proprie della sanzione penale. Inoltre, l'elevato grado di afflittività di queste sanzioni amministrative ha fatto ipotizzare una violazione sostanziale del principio del *ne bis in idem*⁴³, in modo più evidente per le imprese a ristretta struttura organizzativa, dove c'è coincidenza tra proprietà e *management*. Il ricorso frequente, in sede di applicazione, alle sanzioni interdittive e l'ulteriore inasprimento di queste misure introdotto dalla legge anticorruzione per alcune tipologie di delitti contro la pubblica amministrazione⁴⁴ rischiano di tradire la ratio premiale e preventiva del d.lgs. 231 e di compromettere la sopravvivenza di imprese sane che rappresentano un capitale economico e sociale rilevantisimo. Le misure interdittive dovrebbero al contrario essere applicate per una durata circoscritta nel tempo e come misura estrema per i casi di acclarata e gravissima reiterazione di reati assurti a "modello operativo" d'impresa.

Tali rischi appaiono ancor più evidenti quando le sanzioni interdittive vengono applicate in fase cautelare. I giudizi di responsabilità dell'ente raramente giungono alla fase conclusiva del giudizio, con una sentenza, nel maggior numero dei casi il processo si chiude con il patteggiamento nell'udienza in cui si applicano le misure cautelari. Il giudizio cautelare non è un giudizio a cognizione piena, si basa su indizi di colpevolezza e pericolosità del soggetto, che nella prassi giurisprudenziale sono spesso ritenuti integrati ove si configuri semplicemente sul piano astratto l'illecito contestato all'ente. Ne deriva che anche a fronte di ipotesi di reato che potrebbero concludersi con formule pienamente liberatorie, le imprese rinuncino ad esercitare il proprio diritto di difesa per evitare ulteriori danni reputazionali, che si ripercuoterebbero indirettamente sulla continuità aziendale.

⁴³ Si veda a titolo di esempio il regime sanzionatorio previsto per i reati di abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato, dove alle gravose sanzioni penali previste dagli artt. 184 e 185 TUF, si aggiungono le sanzioni pecuniarie previste dall' art. 25 sexies d.lgs. n. 231 del 2001

⁴⁴ La legge 9 gennaio 2019, n. 3, tra le altre cose ha modificato il decreto legislativo 231/2001 prevedendo l'inasprimento delle sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2 del decreto qualora sia stato commesso un reato di concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità o corruzione. Per effetto della modifica in tali casi la durata delle sanzioni interdittive (originariamente fissata in un termine non inferiore a un anno) non potrà essere inferiore a quattro anni e superiore a sette quando il reato è commesso da un soggetto apicale, e non inferiore a due anni e non superiore a quattro se il reato è commesso da un sottoposto, salva la possibilità della riduzione del tempo a determinate condizioni (condotte volte a evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori; ad assicurare le prove dei reati, l'individuazione dei responsabili, o il sequestro delle somme, nonché l'adozione e l'attuazione successiva di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi).

Questa peculiare caratteristica del processo 231/2001 porta a confondere il piano delle tutele con quello dell'applicazione della misura cautelare in funzione sanzionatoria anticipata, anziché preventiva, determinando effetti che si ripercuotono sulla posizione patrimoniale e/o professionale e/o lavorativa e/o reputazionale di una molteplicità di persone giuridiche e fisiche, estranee al reato che ha comportato la responsabilità della società: soci in buona fede, azionisti di minoranza, investitori-risparmiatori, creditori dell'ente, imprenditori dell'indotto che hanno ricevuto commesse, dipendenti.

Occorre recuperare un punto di equilibrio tra la necessità di prevenire e sanzionare i fatti di criminalità economica e l'esigenza di assicurare proporzionalità e ragionevolezza della pena – principi recentemente ribaditi dalla Corte di Cassazione⁴⁵ – tutelando altresì il valore della continuità aziendale come bene collettivo⁴⁶.

⁴⁵ La quale con la sentenza 10 ottobre 2018, n. 4589, in linea con la più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte EDU, ha individuato proprio nel principio di proporzionalità della sanzione il criterio in base al quale è ammissibile il cumulo di procedimenti penali e amministrativi e la conseguente irrogazione della doppia sanzione. Per una ricostruzione della giurisprudenza nazionale ed europea in materia v. ASSONIME, *Ne bis in idem e potestà sanzionatoria di Banca d'Italia e Consob nella giurisprudenza dell'ultimo quinquennio*, Il caso 1/2019.

⁴⁶ Questa tendenza è peraltro assecondata da diversi provvedimenti legislativi in altre materie. Si pensi ad esempio al nuovo Codice della crisi d'impresa che privilegia le procedure che garantiscano la continuità aziendale in luogo di quelle liquidatorie, oppure alla legislazione antimafia che prevede misure volte a garantire il mantenimento in vita dei complessi aziendali, anche con forme di intervento giudiziario, al fine di garantire la tutela del mercato, della competitività, della concorrenza, dei livelli occupazionali, in un'ottica di sistema che non può essere pregiudicata dal singolo comportamento illecito dell'impresa criminale.

Parte II

Gli interventi necessari

La seconda parte di questo documento individua alcune linee di miglioramento della disciplina 231, volte a superare le criticità segnalate e a rafforzare l'impegno delle imprese nella prevenzione, tenendo altresì conto della prospettiva internazionale e delle recenti evoluzioni del diritto penale dell'economia.

Le modifiche auspicabili alla disciplina, sia legislative sia applicative, dovrebbero essere indirizzate a:

- chiarire qual è il fatto di cui l'impresa è chiamata a rispondere in caso di commissione di reato al suo interno e spostare sul pubblico ministero l'onere di dimostrarlo, eliminando altresì il requisito dell'elusione fraudolenta;
- integrare il contenuto minimo del modello organizzativo previsto dalla legge: (i) con la previsione dei comportamenti cui la società dovrà attenersi in caso di commissione del reato, al fine di tenere separati i piani della responsabilità dell'ente e dell'autore del reato, nonché (ii) con un principio di rilevanza della dimensione dell'impresa;
- semplificare drasticamente le linee guida e i modelli generalisti sulla base di un approccio per principi/obiettivi da declinare poi in specifiche cautele per la prevenzione dei singoli rischi. Tali cautele dovranno essere specifiche e riferirsi alle concrete esigenze di prevenzione dell'impresa, potranno basarsi su protocolli che selezionano le migliori pratiche allo stato dell'arte;
- raccordare le regole della responsabilità amministrativa delle imprese con quelle del diritto societario e dei mercati, valorizzando l'approccio *multi-compliance*;
- adeguare il sistema sanzionatorio ai principi di proporzionalità e adeguatezza e tutelare il bene giuridico della continuità aziendale, anche attraverso la valorizzazione delle buone condotte nel processo.

1. Criteri per l'imputazione della responsabilità all'impresa: la colpa da organizzazione

L'imputazione della responsabilità dell'impresa si fonda sulla colpa per deficit dell'organizzazione e dei controlli nella prevenzione dei reati: per assicurare all'impresa l'esercizio del proprio diritto di difesa, in linea con i principi costituzionali che regolano il processo penale (tassatività, determinatezza, presunzione d'innocenza), occorre prevedere la colpa di organizzazione come elemento costitutivo dell'illecito. Questa modifica consente di chiarire qual è il fatto per cui l'impresa è chiamata a rispondere e sposta in capo al pubblico ministero l'onere di dimostrare il deficit di organizzazione dell'ente, anche quando il reato è commesso da un apicale, eliminando il requisito dell'elusione fraudolenta del modello organizzativo, che ha reso di fatto impossibile la difesa dell'ente.

Obiettivo della disciplina 231 è quello di affermare una responsabilità dell'impresa autonoma e distinta da quella della persona fisica che ha commesso il reato, al fine di reprimere quei comportamenti illeciti da cui l'impresa abbia tratto vantaggio.

Il decreto prevede due criteri per l'imputazione della responsabilità degli enti: l'uno, di carattere oggettivo, consistente nel fatto che uno dei reati compreso nel catalogo sia stato commesso nell'interesse o vantaggio dell'ente; l'altro di carattere soggettivo, rappresentato dalla colpa da organizzazione dell'impresa. Per affermare la responsabilità della società è necessario dimostrare che l'evento delittuoso derivi direttamente dalla violazione delle regole organizzative, gestionali e di controllo attuate dalla società per prevenire la commissione di illeciti.

Nella prassi applicativa, tuttavia, questo impianto non ha adeguatamente funzionato e le sorti dell'impresa hanno finito per seguire quelle dell'autore del reato. Nelle imputazioni a carico delle imprese non sempre è apparso chiaro il fatto per cui si procede e nel giudizio sono prevalse valutazioni complessive e generaliste del modello organizzativo, che hanno portato ad affermare la logica del "reato commesso uguale a modello inidoneo", rendendo vano all'impresa qualunque tentativo di difesa e svilendo la funzione di prevenzione del modello organizzativo.

Questo effetto è stato altresì acuito dal peculiare regime della prova della colpa da organizzazione, che opera quando il reato è commesso da un apicale. Come è noto, nel sistema delineato dagli articoli 6 e 7 del decreto, il giudizio di colpevolezza dell'ente e il relativo onere della prova si atteggiano in modo diverso in base alla posizione ricoperta all'interno dell'ente dall'autore del reato-presupposto. In particolare, le norme

prevedono che quando il reato è commesso da un apicale, per beneficiare dell'esonero da responsabilità è l'ente che deve dimostrare: (i) di aver adottato un modello idoneo a prevenire il reato; (ii) di aver istituito un organismo di vigilanza che ha correttamente vigilato sull'attuazione del modello; (iii) che tale organizzazione è stata elusa con frode dall'autore del reato.

Diversamente, quando il reato è commesso da un sottoposto all'apicale è il pubblico ministero che deve provare il deficit dell'organizzazione dell'ente (inadeguata attuazione del modello e omessa o insufficiente vigilanza)⁴⁷.

In questi anni di applicazione del decreto, tale regola, aggiunta alla previsione dell'obbligo di dimostrare l'elusione fraudolenta del modello, ha finito per porre a carico dell'impresa una presunzione di colpevolezza, incompatibile con la riconosciuta natura sostanzialmente penale della disciplina⁴⁸ e la conseguente presunzione d'innocenza che garantisce la parte incriminata nel processo penale⁴⁹ e impossibile da superare, impedendo alle imprese l'esercizio pieno della propria difesa.

Per realizzare l'obiettivo di affermare una responsabilità dell'ente autonoma da quella della persona fisica, occorre garantire l'applicabilità dei principi costituzionali che regolano il processo penale anche al giudizio sulla responsabilità dell'ente: legalità, tassatività e determinatezza, colpevolezza e presunzione di innocenza.

A tal fine è necessario un intervento sulla disciplina che consenta all'impresa: i) di conoscere in anticipo cosa è lecito e cosa non lo è, in modo da potersi organizzare adeguatamente e, in caso di eventuale giudizio, di avere chiara la contestazione della regola organizzativa violata; ii) di potersi difendere adeguatamente per il fatto contestato e dimostrato dal pubblico ministero, senza incorrere nella prova diabolica

⁴⁷ Questo diverso regime fu previsto in origine per superare la presunzione in base alla quale l'apicale esprime sempre la volontà e la politica dell'ente e il reato da questo commesso si configura come reato dell'ente (principio di immedesimazione organica). Quando il decreto fu introdotto, si tenne conto del fatto che questo principio mal si adattasse con l'organizzazione complessa delle grandi imprese, in cui è presente una frammentazione dei centri decisionali. In questi casi la volontà del vertice (es. consiglio di amministrazione) non sempre coincide con quella di altri soggetti in posizione apicale (es. amministratore delegato, dirigenti) e il reato commesso da uno di tali soggetti non è sempre espressione della volontà dell'ente. Per superare il contrasto tra il principio di immedesimazione organica e l'esigenza dell'ente di evitare la responsabilità, fu pertanto adottato il compromesso dell'inversione dell'onere della prova.

⁴⁸ La natura sostanzialmente penale della disciplina 231 è ormai pacificamente riconosciuta dalla dottrina unanime e dalla giurisprudenza (v. Cass. Sez. Un. 24 aprile 2014, n. 38343). Questa conclusione è, peraltro, rafforzata e avvalorata dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che individua un illecito come penale in base alla afflittività della sanzione, a prescindere dalla qualifica formalmente amministrativa dello stesso.

⁴⁹ Art. 27, comma 2 della Costituzione italiana.

dell'elusione fraudolenta; iii) di vedere circoscritto il giudizio di idoneità sull'organizzazione preventiva dell'ente all'accertamento del legame tra la regola cautelare violata e l'illecito commesso dalla persona fisica.

L'attuale formulazione dell'articolo 6⁵⁰ (...*'l'ente non risponde se prova che' ...*) sancisce una presunzione di responsabilità dell'impresa e attribuisce allo stesso l'onere di dimostrare di avere adottato un'organizzazione preventiva adeguata a impedire o non agevolare l'illecito e che tale organizzazione sia stata aggirata dal vertice fraudolentemente con una condotta ingannevole e subdola. La virtuosa organizzazione viene così a rappresentare un fatto impeditivo della responsabilità che è onere dell'impresa provare.

Per garantire i principi generali già richiamati occorrerebbe modificare la norma prevedendo che *l'ente è responsabile se: i) non ha adottato ed efficacemente attuato il modello organizzativo; ii) non ha nominato l'Organismo di vigilanza; iii) non vi sia stata omessa o insufficiente vigilanza da parte di tale organismo.*

In tal modo la colpa di organizzazione diventerebbe elemento costitutivo dell'illecito dell'ente, il quale sarebbe chiamato a rispondere non più per il reato della persona fisica nel presupposto che essa abbia espresso la volontà dell'ente, come sinora avvenuto, ma per una sua autonoma e specifica responsabilità per non aver adottato un'organizzazione preventiva idonea a evitare la commissione del reato.

Da questa impostazione discenderebbe in primo luogo, che nell'imputazione a carico dell'ente il pubblico ministero deve contestare lo specifico fatto per cui si procede (violazione della specifica regola cautelare che non ha impedito o agevolato la commissione del reato); in secondo luogo la prova dell'inadeguata organizzazione dell'ente viene posta a carico del pubblico ministero e il riferimento all'elusione fraudolenta verrebbe sostituito dalla condizione dell'omesso controllo, analogamente a quanto avviene quando il reato è commesso da un sottoposto.

⁵⁰ Tale disposizione prevede che *"Se il reato è stato commesso dalle persone indicate nell'articolo 5, comma 1, lett. a), l'ente non risponde se prova che: a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo; c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e gestione; non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b).*

2. Gli strumenti per la prevenzione: modelli organizzativi generali vs. cautele specifiche

Per restituire efficacia al meccanismo premiale occorre un ripensamento significativo dei modelli organizzativi attuali in chiave, da un lato, di semplificazione e, dall'altro, di puntualizzazione. Occorre muovere su tre fronti:

- i) integrare il contenuto minimo del modello organizzativo previsto dalla legge con la indicazione *ex ante* dei comportamenti cui la società dovrà attenersi in caso di commissione del reato, al fine di tenere separati i piani della responsabilità dell'ente e dell'autore del reato, nonché con un principio che sottolinei la rilevanza della dimensione dell'impresa;
- ii) semplificare radicalmente le linee guida e i modelli organizzativi con l'individuazione di prescrizioni per principi/obiettivi da declinare poi all'interno di ciascuna impresa in cautele specifiche, individuate sulla base del processo di analisi dei rischi e di protocolli- tipo che raccolgono le migliori prassi allo stato dell'arte;
- iii) affidare a un organismo privato autorevole – sull'esempio dell'Organismo Italiano di Contabilità in materia contabile - la raccolta di tali prassi e la definizione dei protocolli-tipo che coadiuvino le imprese nella costruzione dei modelli e il giudice nella valutazione.

In questi anni di applicazione del decreto è emersa una difficoltà nell'individuare criteri adeguati alla verifica del contenuto dei modelli e idonei ad escludere la responsabilità in sede giudiziaria. Il decreto fornisce alcuni principi generali sul modello preventivo che devono essere calati nella realtà organizzativa di ciascuna impresa (mappatura dei rischi; protocolli preventivi; corretta gestione delle risorse finanziarie; flussi informativi verso l'organismo di vigilanza; sistema disciplinare, *whistleblowing*). Questa scelta è coerente con l'obiettivo di fondo del modello, che consiste nella riduzione dello specifico rischio di reato attraverso cautele preventive che nascano dall'interno dell'organizzazione.

Gli ampi margini lasciati dalla legge sono stati riempiti dai modelli organizzativi ispirati ai codici di comportamento elaborati dalle associazioni di categoria. Tali codici hanno rappresentato un importante punto di riferimento per le imprese e gli operatori nell'individuare i principi e le prassi utili a garantire un'efficiente organizzazione in chiave di prevenzione dei reati. Tuttavia, l'allungarsi costante dell'elenco dei reati

presupposto e un approccio omnicomprensivo dei modelli organizzativi hanno messo in crisi questa impostazione.

Il compito di individuare le regole cautelari da calare nella realtà organizzativa, in attuazione dei principi della legge e delle linee guida di categoria, è stato assunto direttamente dalle imprese. In questa attività di *self-regulation* le imprese hanno tenuto conto: i) dei principi e delle regole previste dalle legislazioni straniere che hanno adottato modelli di responsabilità basati su *compliance programs* (es. Uk Bribery Act 2010); ii) delle *best practice* redatte per specifici rischi di reato da varie organizzazioni internazionali (es. Ocse, Onu); iii) degli standard e modelli accreditati sia a livello nazionale, sia internazionale (es. CoSo Report, ECIIA, IIA, ecc.), iv) delle indicazioni – sebbene scarse – della giurisprudenza; v) della certificazione di qualità da parte di organismi accreditati (es. UNI ISO 9001; UNI ISO 37001, ecc.)

L'impegno e l'investimento profuso dalle imprese in questa attività è stato molto importante, ma in sede di valutazione giudiziale del modello non è mai emersa una valorizzazione delle prassi e delle cautele utilizzate per settori imprenditoriali e aree di rischio. Dal lato della valutazione del giudice è prevalso un approccio generalista al modello e dal lato dell'impresa un approccio a tratti formalistico, aspetti che non hanno giovato alla difesa della società nel giudizio penale.

Per funzionare efficacemente il meccanismo premiale sotteso al modello organizzativo richiede, da un lato, l'individuazione di parametri di riferimento, più specifici che possano guidare l'impresa nella costruzione del modello e il giudice nel giudizio di adeguatezza del modello; dall'altro è necessario rafforzare il profilo della prevedibilità e concreta attuabilità del beneficio prospettato, nel rispetto della discrezionalità decisionale del giudice. Per realizzare tali obiettivi in una prospettiva di riforma riteniamo che si debba intervenire su tre livelli distinti: la legge, le linee guida di categoria, la prassi delle imprese.

Le modifiche normative

Sul piano normativo appare necessario integrare il contenuto minimo del modello previsto dalla legge⁵¹, introducendo in primo luogo un principio generale che attribuisca rilievo alla natura e dimensioni dell'impresa, affinché le imprese nella costruzione del modello, e il giudice nella sua valutazione, siano chiamate a tenere conto delle specificità che da questi aspetti derivano sul piano dell'organizzazione.

⁵¹ Articolo 6, comma 2.

In secondo luogo, potrebbe essere attribuito rilievo normativo alle indicazioni, già in essere in alcuni modelli organizzativi, volte a rafforzare l'autonomia dell'ente rispetto alla persona fisica apicale nella fase successiva all'accertamento del reato – qualora sia stato commesso – al fine di condurre ad una corretta imputazione delle diverse responsabilità.

L'incertezza sul riconoscimento dell'esimente in giudizio può indurre le imprese a sostenere la difesa dell'apicale imputato, nel presupposto che l'unica via per beneficiare dell'esonero da responsabilità sia quella di dimostrare che il reato non è stato commesso. Questa opzione difensiva rischia di confondere il piano delle tutele, ponendosi in contrasto con il principio di autonomia dei giudizi (persona fisica/persona giuridica) e delle responsabilità (reato/colpa di organizzazione), nonché di mettere a repentaglio la continuità della gestione dell'impresa.

In quest'ottica, può rappresentare una buona prassi quella di prevedere anticipatamente nel modello procedure che, a seguito dell'avvio di indagini nei confronti di un soggetto apicale per un reato commesso nell'interesse o vantaggio dell'ente, impongano: i) la segregazione del ruolo della persona fisica indagata e dei suoi ausiliari e l'assunzione dello stesso in capo ad altri soggetti; ii) l'avvio di indagini interne che riportino al Presidente della società, nel suo ruolo di garante del corretto funzionamento del consiglio e dei flussi informativi endoconsiliari e/o ad altro organo idoneo a garantire l'imparzialità nel giudizio; iii) la *disclosure* trasparente sui risultati delle indagini verso la magistratura.

La semplificazione delle linee guida e dei modelli

Il secondo passaggio necessario è quello di una drastica semplificazione del quadro esistente dei modelli organizzativi di prevenzione, che non hanno dato i risultati attesi e in sede giudiziale sono stati valutati alla stregua di una *compliance* formale. Nel tempo, in effetti, l'estensione dei reati e la complessità delle prassi hanno reso alcuni modelli organizzativi troppo generalisti e burocratici. Occorre un ripensamento significativo delle linee guida e degli stessi modelli, in chiave di semplificazione, per favorire l'emergere degli obiettivi della prevenzione e il funzionamento del modello in poche prescrizioni.

I principi delle linee guida e dei modelli devono essere volti a introiettare nella filosofia aziendale e presso il top management la cultura della legalità e il valore dei sistemi di controllo interno e di risk management. A tal fine essi dovrebbero considerare cinque momenti essenziali della funzione di prevenzione: i) l'analisi del funzionamento dei

processi e delle responsabilità gestionali; ii) la segregazione dei ruoli; iii) l'identificazione dei punti decisionali; iv) la definizione dei controlli; v) l'informazione e il reporting agli organi aziendali.

Successivamente, all'interno di ciascuna impresa, le finalità di prevenzione andranno concretizzate in cautele specifiche assunte per singole attività o aspetti dell'attività per rischi di reato. Tali cautele potranno basarsi su prassi raccolte e standardizzate in protocolli-tipo, sulla falsariga di quanto avviene ad esempio nei protocolli di prevenzione della colpa medica.

La raccolta delle prassi

Le prassi in uso a livello nazionale e internazionale dovrebbero essere definite in protocolli-tipo, che rappresentino il più elevato grado qualitativo di prestazioni esigibili dall'impresa e costituiscano un punto di riferimento per tutti gli operatori, qualificato anche al fine della valutazione giudiziale del modello organizzativo. I protocolli dovrebbero essere calibrati non solo in relazione allo specifico rischio di reato, ma anche alle caratteristiche e dimensioni delle imprese.

Il compito di individuazione, selezione e revisione delle prescrizioni organizzative specifiche dovrebbe essere affidato a un organismo autorevole, di natura privatistica, composto da rappresentanti delle associazioni di categoria e da esperti dotati di elevata professionalità e indipendenza (es. centri di studio e ricerca, Università e altri organismi pubblici o privati, nazionali o internazionali), analogamente all'esperienza maturata in ambito contabile con l'istituzione dell'Organismo italiano di contabilità (OIC)⁵².

Questa soluzione consentirebbe di individuare uno standard di riferimento autorevole per le imprese e per i giudici, che non esclude la possibilità di adottare prassi organizzative diverse, che possano essere ritenute più idonee per raggiungere gli scopi della legge, ovvero di discostarsene in sede di valutazione, ma che innalzino il grado di prevedibilità sull'esito del giudizio. In questo quadro, anche le certificazioni ottenute dalle imprese da parte di organismi accreditati, anche a livello internazionale,

⁵² Come è noto, tale organismo è stato costituito nel 2001 con la veste giuridica della fondazione dalle organizzazioni rappresentative delle principali categorie di soggetti privati interessati alla materia contabile, con il parere favorevole dei Ministeri della Giustizia e dell'Economia e delle Finanze, nonché delle Autorità regolamentari di settore. Il suo compito è quello di emanare i principi contabili nazionali ispirati alle migliori prassi operative per la redazione dei bilanci e di partecipare al processo di elaborazione dei principi contabili internazionali. La legge 11 agosto 2014, n. 116 di conversione del d.l. 91/2014 ha riconosciuto espressamente ruolo e funzioni dell'OIC.

potrebbero essere valorizzate come indicatore di uno standard organizzativo particolarmente qualificato e riconosciuto⁵³. Questo aspetto è importante, ad esempio, per le imprese che operano in contesti internazionali.

3. La valutazione del giudice: la rilevanza della cautela specifica nel sistema di gestione dei rischi integrato

La disciplina della responsabilità penale-amministrativa delle società va resa coerente con le più recenti evoluzioni degli strumenti di *compliance* e di controllo nell'impresa di grandi dimensioni, che prevedono articolati sistemi di prevenzione e gestione dei rischi. In questa prospettiva, la valutazione giudiziale ha ad oggetto la specifica regola cautelare preventiva, ovunque essa sia rinvenibile nel complessivo assetto organizzativo dell'impresa. A tal fine occorre prevedere nella legge l'equiparazione del modello organizzativo ex 231/01 ad un efficace sistema di controllo interno e gestione integrata del rischio, ai fini del riconoscimento dell'esonero da responsabilità dell'ente: in sede di valutazione ciò che conta dovrà essere l'effettiva adozione della specifica cautela in funzione di prevenzione del rischio di reato, ovunque sia collocata nell'ambito dell'organizzazione.

Il decreto legislativo 231/2001 rimette all'ente la scelta delle modalità organizzative da adottare in funzione penal-preventiva prevedendo la facoltà, ma non l'obbligo, di adottare un modello organizzativo al fine di beneficiare dell'esonero da responsabilità. Dalla prassi giurisprudenziale emerge, tuttavia, la tendenza ad affermare la responsabilità penale dell'impresa per il solo fatto di non aver adottato un modello organizzativo, trasformando l'onere previsto dalla legge in un obbligo sostanziale.

Una recente sentenza della Corte di Cassazione⁵⁴, in particolare, dopo aver qualificato la responsabilità dell'impresa come una responsabilità per fatto proprio e per colpa di organizzazione, ha affermato che in caso di reato commesso da apicale, la mancata adozione di un modello organizzativo è di per sé sufficiente a suffragare la

⁵³ Diversamente non è da ritenersi percorribile la strada proposta nel progetto di legge presentato dall'AREL nel 2010 di attribuire a un organismo privato il compito di certificare l'idoneità del modello, al fine di vincolare il giudice nella sua valutazione e affermare l'esonero da responsabilità dell'impresa. Questa proposta è stata fortemente criticata dalla dottrina e dalla magistratura e non ha avuto seguito a livello normativo.

⁵⁴ Cass. Pen. 25 settembre 2018, n. 54640.

responsabilità dell'ente. Tuttavia, la stessa sentenza osserva che, a prescindere dal soggetto che ha commesso il reato (apicale o sottoposto) il presupposto della responsabilità dell'impresa è sempre l'assenza di un assetto ispirato da regole cautelari destinato ad assicurare l'azione preventiva.

Dalla ricostruzione della responsabilità dell'impresa in chiave di "colpa da organizzazione" e dalla necessità di predisporre una concreta e mirata azione preventiva, dovrebbe discendere che il vaglio di adeguatezza del modello organizzativo da parte del giudice debba essere rapportato alla specifica regola cautelare violata e all'accertamento del nesso causale con il reato commesso. Si tratta di un giudizio specifico sulla cautela rimasta inosservata, piuttosto che di un giudizio sull'adozione del modello o sulla generalità complessiva dello stesso. In questa prospettiva, l'approccio è sostanziale: ciò che rileva non è tanto l'adozione formale del modello, quanto piuttosto l'individuazione della specifica cautela atta ad impedire la commissione del reato all'interno del complessivo assetto organizzativo, di cui l'impresa si è dotata in funzione di prevenzione dei rischi. Laddove, dunque, all'interno dell'impresa sia presente un sistema di controllo e gestione integrata del rischio, in grado di generare specifiche norme di comportamento idonee a raggiungere gli obiettivi della compliance penale, il giudice potrebbe riconoscere l'adeguatezza dell'organizzazione dell'impresa ed escludere la sua responsabilità a prescindere dalla presenza di un modello⁵⁵.

Per affermare un simile approccio ed evitare incertezze giurisprudenziali occorre, tuttavia, una modifica normativa che equipari espressamente il sistema dei controlli

⁵⁵ Un simile approccio è stato seguito da Trib. Milano, 24 settembre 2014 che ha ritenuto esclusa la responsabilità dell'ente, nonostante il mancato aggiornamento formale del modello organizzativo alla luce dell'entrata in vigore della legge n. 123/2007, in virtù della predisposizione di un'adeguata compliance. In particolare, il Tribunale ha valorizzato a fini esimenti: i) lo sviluppo di un adeguato sistema di gestione della sicurezza secondo lo standard OHSAS 18001 del 2007; ii) l'esecuzione di visite ispettive, con esito positivo sul luogo del cantiere; iii) l'avvio di un tempestivo progetto di aggiornamento del sistema di gestione della sicurezza, all'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 123/2007. A livello internazionale si segnala come l'importanza di una cultura aziendale che incorpori la politica di compliance penale all'interno di una struttura di compliance più ampia e della sua rilevanza ai fini dell'esonero da responsabilità si stia affermando nell'ordinamento spagnolo. Tale ordinamento ha recentemente adottato un modello di responsabilità degli enti sostanzialmente analogo a quello previsto dal decreto 231/2001. Nell'interpretazione dello stesso le procure si stanno orientando nel senso di ritenere che "un programma di compliance non ha l'obiettivo di evitare una sanzione penale nei confronti di un'impresa, ma lo scopo di promuovere una vera cultura del *cumplimiento*", fondata sulla creazione di un sistema di gestione della compliance che permetta di gestire la conformità a tutti gli obblighi legali che interessano l'organizzazione. Per un esame di questi aspetti v. J.CORTINOVIS, E.COLAROSSO, F.ESCURA, *La certificazione dei modelli organizzativi in Spagna: la UNE 19601:2017*, in *La responsabilità amministrativa degli enti*, 4, 2017, 287 e ss.

interni e di gestione del rischio integrato al modello organizzativo 231, in relazione alla medesima funzione di prevenzione. In questo modo si incentivano le condotte virtuose ai fini di una cultura aziendale della legalità e della gestione dei rischi e si conforma l'impianto della legge alle caratteristiche delle diverse tipologie delle imprese soggette alla disciplina (dimensioni, appartenenza a un gruppo societario, eventualmente anche multinazionale, quotazione in borsa, ecc.)

4. Sistema dei controlli 231 e sistema dei controlli societari: esigenze di coordinamento

La disciplina della responsabilità amministrativa dell'ente va raccordata con le regole in tema di controlli societari, come si sono evolute e rafforzate negli ultimi due decenni. Va in questa direzione l'opzione già prevista dalla legge 231/2001 di affidare le funzioni di organismo di vigilanza all'organo di controllo, che ha adeguati requisiti di autonomia, indipendenza e professionalità. Per l'organismo di vigilanza che non coincida con l'organo di controllo della società occorre invece prevedere nella legge requisiti di indipendenza e professionalità dei suoi componenti, adeguati allo svolgimento dell'incarico.

Dopo quasi vent'anni di vigenza della disciplina 231/2001 e molti cambiamenti nelle regole societarie sui controlli – già richiamati nella prima parte di questo lavoro – appare importante rafforzare il raccordo tra la funzione di vigilanza sul modello organizzativo 231 e le molte figure e funzioni di controllo presenti nella società. L'incerta natura dell'organismo di vigilanza e le difficoltà d'inquadramento giuridico all'interno del sistema di amministrazione e controllo dell'impresa sono note a chi si occupa della materia.

La norma che consente alle società di optare per l'attribuzione dei compiti di vigilanza sul modello 231/2001 al collegio sindacale o all'organo di controllo nei modelli alternativi (introdotta dal comma 4 bis all'art.6 del d.lgs. 231/2001) è stata una risposta del legislatore del 2011 a due esigenze molto avvertite nel modo delle imprese e del diritto societario: (i) l'esigenza di razionalizzare le figure di controllori che, nella grande impresa quotata, dai primi anni duemila si sono affermate in via di autodisciplina (es. le figure di amministratori indipendenti e non esecutivi ispirati al modello monistico) o in via legislativa nazionale ed europea (dirigente preposto, amministratori indipendenti, amministratori di minoranza, comitato per il controllo interno e la revisione contabile nei

cd. Enti Interesse Pubblico, banche, grandi imprese, assicurazioni); (ii) l'incertezza della figura dell'organismo di vigilanza, istituto affermatosi nella prassi e non disciplinato dalla legge, che lasciava margini di dubbio in merito ai requisiti d'indipendenza, responsabilità e coordinamento con il sistema dei controlli interni dell'impresa⁵⁶.

Questa disposizione chiarisce che la funzione di vigilanza sul funzionamento e l'osservanza del modello organizzativo può essere attribuita a chi svolge la funzione di vigilanza sui principi di corretta amministrazione e sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo complessivo dell'impresa (attribuita dalla legge all'organo di controllo). Si tratta di una scelta normativa che è giunta all'esito di un'evoluzione profonda della

⁵⁶ Questa insoddisfazione era stata registrata dagli osservatori e nel rapporto Assonime sui controlli societari del 2011 (Alcune proposte sui controlli societari, Note e Studi n. 6/2011) si riferisce di questa problematica: "Ridefinire la vigilanza sui modelli organizzativi ex l. 231/2001. In un'ottica di razionalizzazione dell'assetto dei controlli, l'organismo di vigilanza stenta a trovare una ragione di sopravvivenza. Dall'indagine condotta presso le imprese emerge con chiarezza che la previsione di questo organismo solleva numerose questioni di disciplina e responsabilità. L'Organismo di vigilanza, a differenza del Dirigente preposto, non è pienamente idoneo a configurare una funzione di garanzia, mancando di un adeguato profilo di responsabilità. La sostanza dell'attività è quella propria della revisione interna per un ambito altamente specialistico: si ritiene, quindi, che possa essere eliminato e i suoi compiti ricondotti in capo all'organo di governo (cui già compete di definire e aggiornare il modello organizzativo) e all'organo di vigilanza (cui è già affidata la vigilanza sugli assetti organizzativi dell'impresa e sul rispetto della legge). Nello svolgimento di tali compiti, gli organi societari possono utilizzare una struttura interna eventualmente dedicata a tale ambito; ciò deve essere rimesso all'autonomia organizzativa dell'impresa, eliminando la previsione normativa di un organismo ad hoc." All'indomani della legge 12 novembre 2011 n. 183 (legge stabilità per 2012), che ha introdotto l'opzione in questione, il Codice di autodisciplina delle società quotate, nel commento al principio 7 dedicato all'efficienza del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi, ha indicato "Nell'ambito di una razionalizzazione del sistema dei controlli, gli emittenti valutano l'opportunità di attribuire al collegio sindacale le funzioni di organismo di vigilanza ex dl.lgs 231/2001". Per le banche, le nuove Disposizioni di vigilanza prudenziale della Banca d'Italia, nell'aggiornamento del 2 luglio 2013 hanno introdotto il seguente principio, tutt'ora vigente (Titolo IV, Cap. 1, sez. III, n. 3, nota 6): "L'organo con funzione di controllo ha la responsabilità di vigilare sulla completezza, adeguatezza, funzionalità e affidabilità del sistema dei controlli interni e del RAF. Nell'espletamento di tale compito, l'organo con funzione di controllo vigila sul rispetto delle previsioni di cui i) alla presente Sezione, ii) alle Sezioni I e III e iii) al processo ICAAP. Per lo svolgimento delle proprie attribuzioni, tale organo dispone di adeguati flussi informativi da parte degli altri organi aziendali e delle funzioni di controllo. L'organo con funzione di controllo svolge, di norma, le funzioni dell'organismo di vigilanza – eventualmente istituito ai sensi del d.lgs. n. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti – che vigila sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di organizzazione e di gestione di cui si dota la banca per prevenire i reati rilevanti ai fini del medesimo decreto legislativo (3). Le banche possono affidare tali funzioni a un organismo appositamente istituito dandone adeguata motivazione". Il Collegio sindacale è ritenuto, in questa impostazione, organo che garantisce piena indipendenza dei suoi componenti, in quanto nominati dall'Assemblea e provvisti di specifici requisiti d'indipendenza dalla legge. Tale nomina assembleare e gli stringenti requisiti d'indipendenza, anche nei confronti degli amministratori, consentono a questo organo di svolgere il ruolo di vertice della funzione dei controlli, rafforzato da poteri adeguati e corrispondenti responsabilità.

concezione dei controlli sull'impresa, dovuta a molteplici fattori che delineano oggi uno scenario molto diverso da quello del tempo in cui la 231 fu emanata, e caratterizzato da una valorizzazione progressiva della cultura della legalità nell'agire dell'impresa su cui l'organo di controllo esercita un ruolo centrale.

Appare utile, altresì, mantenere ferma la possibilità per le imprese di attribuire le funzioni di vigilanza sul modello organizzativo ad un organismo appositamente istituito, laddove tale opportunità sia ritenuta più idonea in base alle caratteristiche delle imprese e alle esigenze specifiche di rischi di reato in cui la stessa incorre. In conformità alla filosofia del decreto 231/2001, che rimette all'ente la scelta delle modalità organizzative più idonee in funzione penal-preventiva, pare opportuno, infatti, tener presente l'esperienza e l'importanza acquisite nel tempo dagli organismi di vigilanza istituiti dalle imprese. Al fine di rafforzarne ulteriormente l'azione, tuttavia, si ritiene opportuno prevedere nella legge che i membri dell'organismo di vigilanza siano in possesso di requisiti di indipendenza e di professionalità adeguati all'incarico, al fine di garantire l'omogeneità dei requisiti dei componenti dell'organismo a prescindere dalla scelta effettuata.

5. Apparato sanzionatorio e cautelare: proporzionalità e tutela della continuità aziendale

L'apparato sanzionatorio e cautelare previsto dal decreto 231 necessita di un ripensamento al fine di assicurare il rispetto dei principi di proporzionalità e adeguatezza della pena, nonché di garantire la prosecuzione dell'attività d'impresa. L'intervento dovrebbe muoversi in due direzioni: i) intervenire sui profili più critici della disciplina rendendola meno afflittiva, tenendo anche conto delle caratteristiche dell'impresa; ii) valorizzare le buone condotte all'interno del processo, al fine di mitigare gli effetti della sanzione e impedire l'applicazione delle misure cautelari, a fronte di una collaborazione trasparente con l'autorità giudiziaria e di riorganizzazioni virtuose.

Le modifiche del quadro esistente

Ferma restando la necessità di assicurare la funzione deterrente della sanzione amministrativa per i reati commessi nell'interesse o vantaggio dell'impresa, appaiono necessari alcuni interventi per evitare che l'afflittività delle sanzioni vada oltre le finalità

della legge, fino ad incidere sulla stessa capacità di sopravvivenza dell'impresa. In questa direzione occorrerebbe, in primo luogo, rivedere i limiti edittali delle sanzioni pecuniarie per le piccole imprese, prevedendo sanzioni di minore entità. Il sistema per quote mal si adatta, infatti, a garantire un principio di proporzionalità della pena tra enti di dimensioni diverse, dando luogo a fenomeni in cui la sanzione concretamente applicata può avere effetti definitivi sulle realtà minori. Contemporaneamente, per evitare violazioni del principio del *ne bis in idem*, si potrebbe introdurre un principio di compensazione tra sanzione applicabile alla persona fisica e sanzione applicabile all'impresa quando l'impresa abbia una base organizzativa ristretta, in cui vi è coincidenza tra proprietà e *management*.

Sul piano delle sanzioni interdittive appare fondamentale rivedere i criteri che il giudice è chiamato a seguire per stabilirne tipo, durata e misura. L'applicabilità di queste sanzioni dovrebbe essere ricondotta alle ipotesi di estrema ratio – ancor più se applicate a titolo di misure cautelari – e il giudice nella scelta dovrebbe tenere conto, oltre che dei parametri oggettivi previsti dall'articolo 11, anche di parametri soggettivi quali le dimensioni, la capacità patrimoniale, la stabilità economico finanziaria dell'impresa stessa, al fine di evitare che l'applicazione della misura possa pregiudicare la prosecuzione dell'attività aziendale.

In tema di misure cautelari occorrerebbe, infine, richiedere anche per l'applicazione del sequestro preventivo (art. 53 del decreto) – analogamente a quanto previsto per le altre misure – la sussistenza di gravi indizi di responsabilità dell'ente, nonché fondati e specifici elementi che rendono concreto il pericolo di commissione di un illecito della stessa tipologia. Questa modifica è volta a contenere la prassi giurisprudenziale che dispone sequestri finalizzati alla confisca sulla base della possibilità astratta che l'illecito della persona fisica sia ascrivibile ad un'ipotesi di reato ex decreto 231.

Le nuove prospettive

Una seconda strada per mitigare gli effetti delle sanzioni interdittive e delle misure cautelari sulle imprese è quella di valorizzare le buone condotte per il recupero della legalità, attuate dopo la commissione del reato nel corso del processo, estendendo l'applicazione di istituti già conosciuti nell'ordinamento⁵⁷. Le condotte cui attribuire rilievo al fine del riconoscimento di benefici per le imprese dovrebbero riguardare sia i comportamenti volti a garantire una collaborazione trasparente con l'autorità

⁵⁷ V. par. 5.

giudiziaria; sia le attività concretizzate dall'impresa ai fini della riorganizzazione dell'ente per il recupero della legalità e della prevenzione dei reati.

A tal fine sarebbe opportuno, in primo luogo, riconoscere la riduzione delle sanzioni interdittive e l'inapplicabilità delle stesse a titolo cautelare quando l'ente: i) si sia adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione dei responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite; ii) abbia eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi⁵⁸.

In secondo luogo, si potrebbe valutare la possibilità di escludere totalmente l'applicazione delle sanzioni interdittive e prevedere una significativa riduzione della sanzione pecuniaria quando l'impresa, prima del dibattimento, chieda un termine per realizzare un progetto di riorganizzazione che tenga conto anche delle osservazioni del giudice in una logica cooperativa, ferma restando la riparazione delle conseguenze del reato secondo quanto già previsto dall'articolo 17 del decreto. Tale beneficio dovrebbe operare a condizione che: (i) l'impresa abbia preventivamente adottato un modello organizzativo o alternativi presidi organizzativi e di controllo interni ritenuti non idonei dal giudice a prevenire il reato commesso; (ii) il giudice effettui una prognosi favorevole sulla riorganizzazione dell'ente⁵⁹ che tenga conto di una serie di indici rappresentati, a titolo esemplificativo, dalla tempestività nell'adeguamento alle indicazioni della legge; dalla storia virtuosa dell'ente; dall'investimento economico e lavorativo in cultura della prevenzione effettuato; da comportamenti proattivi nell'adozione di misure che vanno oltre le indicazioni normative, ecc.

Entrambe le soluzioni prospettate si collocano nel solco del diritto penale moderno e della prospettiva internazionale che ha ispirato la stessa filosofia originaria del decreto 231. Esse si basano sull'affermazione di un nuovo rapporto di cooperazione tra giudice e impresa, successivamente alla commissione del reato, che vale la pena esplorare al fine di tutelare, nell'interesse del sistema economico generale, l'impresa sana che pur

⁵⁸ Tali condizioni sono attualmente previste per ottenere il beneficio della riduzione delle sanzioni interdittive comminate per i reati di corruzione, concussione e induzione indebita. Previsioni analoghe sono, inoltre, contenute nella disciplina sugli ecreati introdotta dalla legge 68/2015 la quale riconosce sconti di pena in favore di chi prima del dibattimento "aiuta concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella ricostruzione del fatto, nell'individuazione degli autori o nella sottrazione di risorse rilevanti per la commissione dei delitti".

⁵⁹ Un meccanismo simile è rappresentato dall'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova previsto nel processo della persona fisica. Tale istituto dà luogo tuttavia non a sconti di pena, ma all'estinzione dell'illecito, e dunque, all'esonero da responsabilità. Sul punto si rinvia al par. 5, parte I.

essendo incorsa in un reato miri a garantire piena trasparenza nell'accertamento delle responsabilità e a riorganizzarsi in chiave di recupero della legalità.