

# Cassazione penale

direttore scientifico **Domenico Carcano**

condirettore **Mario D'Andria**

LIII - febbraio 2013, n° 02

02

20  
13

| **estratto**

PARADIGMATICA  
DELL'AUTOCONTROLLO  
PENALE (DALLA FUNZIONE ALLA  
STRUTTURA DEL "MODELLO  
ORGANIZZATIVO" EX D.LG. N. 231/2001)  
(PARTE II)

*di* **Carlo Piergallini**

## | 228 PARADIGMATICA DELL'AUTOCONTROLLO PENALE (DALLA FUNZIONE ALLA STRUTTURA DEL "MODELLO ORGANIZZATIVO" EX D.LG. N. 231/2001) (\*) (PARTE II)

*A paradigm of criminal self regulation (from compliance program function, ex d.lg. n. 231/2001, to structure)*

La seconda parte del saggio illustra le caratteristiche della Parte Speciale del modello, nella quale ci si occupa della prevenzione dei singoli rischi-reato (*risk management*), previamente mappati dall'ente (*risk assessment*). In questo contesto, il saggio ha come principale obiettivo quello di evidenziare come, nell'ambito degli enti, il volto della cautele, dirette a ridurre il rischio-reato, assume una maggiore complessità rispetto a quello che contraddistingue il diritto penale individuale. In particolare, tali cautele, prevalentemente autonormate, rilasciano un triplice (convergente) contenuto (procedimentale, cautelare e di controllo), che riflette l'impronta collettiva dell'azione dell'ente. La parte finale del saggio si occupa del problema della costruzione delle cautele e della possibilità di pervenire ad una formalizzazione del processo di elaborazione delle regole cautelari, capace di fungere da criterio conformativo del giudizio di idoneità preventiva delle stesse.

*The second part of this essay illustrates the characteristic of the individual issue specifically concerned with (parte speciale) the collective entities model in which an entity's internal controls (risk management) previously established by the entity (risk assessment) are treated. In this context, the principle objective of this essay is to highlight how collective entities, with respect to precautions aimed at reducing the risk of crime, assume greater complexity in comparison to that which distinguishes criminal law as it applies to individuals. In particular, those precautions that are mainly self-imposed, creating a threefold (converging) nature (procedural, supervisory and of control), reflecting the imprint of the collective entity. The final part of this essay is concerned with the problem of the structure of supervisory measures and the possibility that formalization of the process of drafting supervisory rules able to serve as a suitable conformed criterion of judgment will be prevented.*

**Sommario Parte I:** 1. Le funzioni del modello di prevenzione del rischio-reato. — 2. Il dovere di 'auto-organizzazione' dell'ente e la sua natura giuridica. — 3. L'intelaiatura del modello: premessa. — 4. La Parte Generale del modello. — 4.1. Il modello di *governance*, i sistemi organizzativi e di controllo interno. — 4.2. Il sistema delle procure e delle deleghe. — 4.3. Il Codice etico. — 4.4. L'attività di informazione e di formazione. — 4.5. Le modalità di rilevamento delle violazioni del modello. — 4.6. Il sistema disciplinare. — 5. L'istituzione, la composizione e le funzioni dell'Organismo di Vigilanza (OdV): premessa. — 5.1. La struttura dell'Organismo di Vigilanza. — 5.2. Le funzioni dell'Organismo di Vigilanza. — 5.3. Gruppo di società e Organismo di Vigilanza. — 5.4. La responsabilità dei membri dell'Organismo di Vigilanza. — **Parte II:** 6. La Parte Speciale del modello. — 6.1. La "mappatura" delle attività a rischio-reato (*risk assessment*). — 6.2. I reati-presupposto della responsabilità del-

(\*) Il presente saggio riproduce, con alcune integrazioni, quello pubblicato negli *Scritti in onore di Mario Romano*, Jovene, 2011, vol. III, p. 2049 ss. In

questo fascicolo della rivista, ne viene pubblicata la Parte II; nel numero precedente, è stata pubblicata la Parte I.

l'ente: dal catalogo formale a quello effettivo. — **6.3.** I protocolli di gestione del rischio-reato (*risk management*). — **6.3.1.** La decisione dell'ente come "processo". — **6.3.2.** La struttura dei protocolli. — **6.3.3.** Il contenuto delle cautele. — **6.3.4.** Cautele "autonormate" e cautele "eteronormate". — **6.3.4.1.** Il banco di prova della prassi. — **6.3.5.** I protocolli di gestione nelle aree c.d. strumentali. — **7.** Il modello come strumento "cautelare" e "cautelativo". — **8.** La costruzione delle cautele 'sostanziali' e il problema della loro "positivizzazione": la scorciatoia, impraticabile, delle 'certificazioni'. — **9.** Lineamenti del percorso di 'positivizzazione' delle cautele.

## 6. LA PARTE SPECIALE DEL MODELLO

### 6.1. La "mappatura" delle attività a rischio-reato (*risk assessment*)

La redazione e l'implementazione di un modello di prevenzione sono strettamente legate ad una efficace mappatura dei rischi-reato. Si tratta di una fase cognitivo-rappresentativa, funzionale alla percezione del rischio e alla valutazione della sua intensità. Così come, nel diritto penale individuale, tanto il dolo quanto la colpa presuppongono che l'agente si rappresenti, o debba comunque rappresentarsi, il pericolo innescato, tramite la combinazione delle conoscenze nomologiche (disponibili) con il contesto situazionale (*l'Anlass*) idoneo a mettere sull'avviso circa la pericolosità della condotta<sup>(1)</sup>, allo stesso modo l'ente collettivo è chiamato ad effettuare una ricognizione a tappeto dei fattori di rischio e degli elementi di criticità del suo agire. Solo che, nelle organizzazioni complesse, a causa della frammentazione delle competenze e della polverizzazione dei centri decisionali, il potere decisionale fuoriesce dal dominio del singolo individuo e piega nel senso della 'procedimentalizzazione', scandita da una molteplicità di fasi, accomunate dalla circostanza che ciascuna di esse prevede, quasi sempre, il coinvolgimento di più soggetti. La scansione può essere così raffigurata: stimolo → informazione → consiglio → scelta → autorizzazione → azione-esecuzione<sup>(2)</sup>.

La mappatura, pertanto, dovrà snodarsi attraverso il seguente procedimento:

a) individuazione delle aree potenzialmente a rischio-reato (sulla scorta della 'parte speciale' del d.lg. n. 231/2001): in questo ambito, va operata una importante distinzione tra: (i) le aree a rischio-reato in senso proprio, selezionate alla stregua del novero delle fattispecie elencate nel d.lg.; (ii) le aree c.d. strumentali, che gestiscono gli strumenti finanziari destinati a supportare la commissione dei reati nelle aree *sub a*);

b) rilevazione e valutazione del grado di efficacia dei sistemi operativi e di controllo già in essere, allo scopo di reperire i punti di criticità rispetto alla prevenzione del rischio-reato;

c) indagini 'retrospettiva', avente ad oggetto la storia dell'ente, vale a dire la sua eventuale propensione alla illegalità;

d) descrizione delle possibili modalità di commissione dei reati, allo scopo di forgiare le indispensabili 'cautele' preventive.

Sul piano metodologico, la valutazione del rischio muove dalla distinzione tra rischio

di  
**Carlo Piergallini**  
 —  
*Ordinario*  
*di Diritto penale*  
*Università di Macerata*

<sup>(1)</sup> Sulla struttura della fase 'rappresentativa' nel reato colposo, è d'obbligo il rinvio a FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Giuffrè, 1990, p. 201 ss.

<sup>(2)</sup> La scansione riportata nel testo è tratta da MINTZBERG, *La progettazione dell'organizzazione aziendale*, Il Mulino, 1996, p. 172. Le fasi descritte nel

testo individuano, peraltro, le tappe di un processo decisionale nella sua fisionomia idealtipica: sul piano concreto, ciascuna di esse può possedere maggiore o minore importanza, poiché il flusso dei processi decisionali può concentrarsi di più su una fase a discapito delle altre.

inerente (concernente l'ipotesi di una totale assenza di controlli) e rischio residuale (calcolato in base all'esistenza dei controlli rilevati nel corso dell'attività di *assessment*).

Una volta individuato il rischio residuale, si tratta di appurare il suo grado di accettabilità rispetto al dettato del d.lg. n. 231/2001, che prefigura, normativamente, il rischio tollerabile: il decreto, infatti, impone la costruzione di un sistema di prevenzione (idoneo, adeguato ed effettivo) non aggirabile se non con il ricorso a condotte fraudolente, che non siano state, peraltro, agevolate da un omesso o insufficiente controllo (v. art. 6, comma 1, lett. c e d). Di conseguenza, il rischio residuale, che emergerà all'esito dell'attività di mappatura, andrà rapportato al grado di prevenzione imposto dal decreto: se persisterà un *deficit* di prevenzione, occorrerà implementare, nell'ambito dell'attività di *risk management*, il livello delle cautele (forgiando nuovi protocolli o irrobustendo quelli esistenti) e dei controlli.

## 6.2. I reati-presupposto della responsabilità dell'ente: dal catalogo formale a quello effettivo

L'esigenza di 'mappare' le aree c.d. strumentali e i recenti ampliamenti del novero dei reati-presupposto della responsabilità dell'ente inducono a riflettere sull'effettiva estensione della *compliance* da parte della *societas*.

(a) La necessità di governare la gestione delle risorse finanziarie, imposta dall'art. 6, comma 2, lett. c), d.lg. n. 231/2001, fa sì che gli illeciti tributari assurgano, sia pure strumentalmente, ad oggetto del modello: la commissione di alcuni reati-presupposto (su tutti: la corruzione) richiede, il più delle volte, la creazione di provvista extracontabile e, dunque, la consumazione, in chiave strumentale, di un reato tributario. Anche con riguardo al reato di riciclaggio, si ammette, ormai, che il reato di frode fiscale possa fungere da presupposto della successiva condotta di *laundering*: ne deriva, anche questa volta, la necessità di governare, in un'ottica preventiva, i profili tributari dell'attività, specie quando vi sono operazioni di finanziamento infragruppo. Come si vede, pur se i reati tributari non rientrano nella "parte speciale" del d.lg. n. 231/2001, gli stessi ne fanno 'sostanzialmente' parte, perché si atteggiavano come ineludibili strumenti per la commissione di alcuni dei reati contenuti nel decreto.

(b) Il catalogo dei reati-presupposto si è, proprio di recente, arricchito con la previsione dei delitti di criminalità organizzata, segnatamente dei reati associativi (art. 24-ter, introdotto dall'art. 2 l. n. 94/2009). Va posto in evidenza che l'estensione sembra riflettere scelte venate di simbolismo (anche massmediatico) che, anziché muoversi in direzione di una razionalizzazione criminologica del *societas delinquere potest*, rischiano di alimentare una confusione tra l'area della "criminalità di impresa" e quella, affatto diversa, della "impresa-associazione criminale"<sup>(3)</sup>. Prova ne sia che appare fuor di luogo additare l'attività di 'mappatura' e la successiva regolamentazione cautelare per enti sostanzialmente "illeciti" (si pensi a società nelle mani di associazioni mafiose). Nei confronti di un'impresa "lecita", il fenomeno associativo può essere immaginato con

<sup>(3)</sup> A tal proposito, cfr. PALAZZO, «Associazioni illecite e illeciti delle associazioni», in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, p. 443 ss. Per una efficace analisi critica, in ordine all'inserimento dei delitti di criminalità organizzata quali reati-presupposto della responsabilità

dell'ente, v. SCOLETTA, *Nuove ipotesi di responsabilità amministrativa degli enti*, in *Sistema penale e sicurezza pubblica: la riforma del 2009*, a cura di Bella-Gatta, Ipsa, 2009, p. 373 ss.

riguardo ad alcune patologie che la prassi talvolta rilascia. Si pensi ad un ente “non criminale” che, strumentalmente, partecipi a sodalizi criminosi o ne agevoli l’attività. In tale evenienza, un’adeguata ed effettiva *compliance* impone l’adozione di cautele sia con riguardo alla prevenzione della costituzione del sodalizio criminoso, sia con riferimento ai reati-scopo: è evidente, infatti, che l’estensione delle disposizioni del modello anche ai reati-scopo riduce sensibilmente il rischio che il sodalizio possa conseguire gli obbiettivi illeciti che si era proposto. Pertanto, se, per fare un esempio, un ente opera nel settore dello smaltimento dei rifiuti, in cui non di rado si assiste alla contestazione del reato associativo (sia nei confronti di esponenti di più imprese, che operano in collegamento, sia della stessa impresa, in ragione della commissione di una pluralità di illeciti), la *societas* dovrà, prima di tutto, confrontarsi con i rischi-reato sottesi alla gestione e allo smaltimento di rifiuti, allo scopo di apprestare cautele che diminuiscano il rischio della loro commissione, alla stregua di reati-scopo.

Non può comunque sottacersi che l’introduzione del reato associativo come illecito-presupposto della responsabilità dell’ente fomenta rilevanti problemi sistemati. Come è noto, la *ratio* dell’incriminazione dell’art. 416 c.p. è individuabile in un’esigenza marcatamente preventiva, nel senso che, punendo l’associazione in se stessa, il legislatore tende a rimuovere il pericolo che vengano perpetrati i reati oggetto del programma della medesima, anticipando l’intervento diretto a prevenire la commissione dei singoli fatti criminosi. È evidente, peraltro, che, rispetto ad un’organizzazione complessa, si acuisce il profilo relativo alla identificazione dei possibili reati-scopo, vista la molteplicità dei rischi con i quali un ente, specie se di ragguardevoli dimensioni, si confronta. Ma vi è di più. Risalta la difficoltà di delimitare già in astratto il perimetro dei reati-scopo. Per come è formulata la disposizione dell’art. 24-ter, l’ente potrebbe essere punito per avere creato un sodalizio diretto alla consumazione di reati che non costituiscono reati-presupposto della sua responsabilità amministrativa, ai sensi del d.lg. n. 231/2001, che, conviene ricordarlo, si ispira al principio di legalità/tassatività degli illeciti (v. art. 2). Un esito, questo, per certi versi paradossale e disfunzionale rispetto ai principi di garanzia che governano la responsabilità da reato degli enti collettivi<sup>(4)</sup>. Si è dell’avviso, pertanto, che tali disarmonie, di natura sistematica, possano essere superate, intendendo il rinvio ai reati-scopo come limitato soltanto a quelli che si atteggiavano come reati-presupposto della responsabilità dell’ente. Per questa via, l’istanza di legalità può ritenersi pienamente recuperata.

### 6.3. I protocolli di gestione del rischio-reato (*risk management*)

#### 6.3.1. La decisione dell’ente come “processo”

Il protocollo di gestione del rischio-reato deve riprodurre la procedimentalizzazione del sistema decisionale, contraddistinta da una frammentazione delle competenze e della polverizzazione dei centri decisionali. La sua articolazione si svilupperà secondo la seguente sequenza:

1) Fase dell’iniziativa: individuazione della funzione proponente → articolazione documentata della proposta → approvazione del superiore gerarchico → 2) Fase del

<sup>(4)</sup> Parla esplicitamente (e condivisibilmente) di *ipotesi*, cit., p. 380. attrito con il principio di legalità, SCOLETTA, *Nuove*

consiglio: parere sulla compatibilità legale, amministrativa e contabile della proposta, da richiedere alle competenti aree → 3) Fase dell'approvazione: decisione (positiva o negativa) sulla proposta da parte del direttore della funzione o del vertice societario → 4) Fase dell'esecuzione: esecuzione della decisione → controllo sull'effettività dell'esecuzione → archiviazione formalizzata del procedimento.

Ciascuna operazione, che avviene all'interno di tali fasi, deve rispondere al requisito della tracciabilità, sì da risultare individuabile, verificabile, trasparente e non alterabile<sup>(5)</sup>. La procedimentalizzazione della decisione non si concilia, infatti, con l'idea dell'informalità delle relazioni, che vanificherebbe la ricostruzione del processo, sì da fomentare il rischio di percorsi decisionali 'oscuri', insuscettibili di verifica.

### 6.3.2. *La struttura dei protocolli*

I protocolli hanno, come obiettivo strategico di fondo, quello della cautela, cioè l'apprestamento di misure idonee a ridurre, continuativamente e ragionevolmente, il rischio-reato. Lo strumento per conseguire tale obiettivo è la predisposizione di un processo, di un sistema operativo, cioè, che coinvolge una pluralità di soggetti e di funzioni.

I protocolli devono, perciò, contenere regole comportamentali ed operative munite di iper-descrittività: devono essere, cioè, altamente tassativi e orientati sullo specifico rischio-reato da contenere. Queste esigenze richiedono che il protocollo si traduca, sul piano strutturale:

(a) nella effettiva regolamentazione del processo, vale a dire nella predeterminazione delle scansioni deputate alla concretizzazione della pretesa cautelare e nella individuazione dei soggetti che hanno il presidio della funzione;

(b) nella specificità e dinamicità, laddove il primo requisito evoca la sua aderenza sostanziale (la connessione di scopo, cioè) rispetto al rischio da contenere; il secondo requisito mette capo all'adeguatezza diacronica del protocollo, cioè alla necessaria prontezza del suo adeguamento, in ragione sia della presenza di segnali di insufficienza operativa che dell'insorgenza di modifiche strutturali e strategico-operative dell'ente, che impongano di ridisegnare (adeguandole sollecitamente) le modalità della cautela;

(c) nel garantire la completezza dei flussi informativi, che rivestono un ruolo assolutamente centrale sul versante dell'effettività della prevenzione;

(d) nell'agevolare l'emersione delle violazioni, che metta immediatamente in condizione di intervenire l'organismo di vigilanza e i vertici dell'ente;

(e) nella documentazione formale delle attività;

(f) nel monitoraggio e controllo di linea;

(g) nella indicazione di un responsabile del processo a rischio-reato, su cui grava il compito di dotare di una propria 'evidenza' il processo a rischio-reato.

### 6.3.3. *Il contenuto delle cautele*

Circa il piano della progettazione delle cautele, teleologicamente rivolte alla minimizzazione del rischio-reato, il loro contenuto, nell'ambito degli enti, rivela un ragguardevole tasso di complessità, che aderisce alla dimensione collettiva e procedimentalizzata delle

<sup>(5)</sup> Le operazioni e i flussi informativi andranno effettuati, salvo motivate eccezioni, in forma elettronica, con il ricorso a tecniche che ne impediscano, in tutto o in parte, la contraffazione, l'alterazione o la soppressione.

decisioni aziendali. La descritta cornice di complessità è, dunque, destinata a riversarsi sul “contenuto” delle cautele, che non sono più riconducibili al ‘dominio’ di un individuo, ma che rilasciano un volto composito, che riflette l’impronta collettiva dell’azione dell’ente. Preso atto, dunque, che si è al cospetto di decisioni in sequenza, è possibile ritagliare le seguenti distinzioni, in ordine alla tipologia e alla finalità delle cautele.

(a) Cautela procedimentale, in cui la riduzione del rischio è perseguita ed implementata dalle modalità con le quali viene scandita la decisione dell’ente. Una volta disegnato il meccanismo procedurale, distinguendo le diverse fasi che lo integrano, il processo decisionale deve ispirarsi al principio di segregazione delle funzioni tra coloro che svolgono fasi cruciali di un processo a rischio-reato: si tratta di una cautela volta ad evitare la concentrazione dei poteri e l’insorgenza di conflitti di interesse, di ostacolo alla trasparenza e alla verificabilità dei processi decisionali. La ‘dispersione’ (‘democraticizzazione’) dei poteri costituisce, dunque, una irrinunciabile architrazione di un’adeguata prevenzione del rischio-reato. La funzione delle cautele procedurali è duplice.

1) Da un lato, di per sé considerate, denotano finalità “cautelative”, visto che sono immediatamente orientate ad evitare la concentrazione dei processi decisionali, un fenomeno, cioè, che può atteggiarsi come ‘prodromico’ rispetto al rischio di commissione di tutti i reati-presupposto della responsabilità dell’ente: non si staglia, dunque, sullo sfondo una immediata correlazione di rischio tra la violazione della regola e uno specifico tipo di rischio-reato, che contraddistingue le norme autenticamente “cautelari”. Una simile impronta cautelativa è strettamente collegata alla circostanza che la segregazione delle funzioni si eleva a principio generale dei processi decisionali, potenzialmente gravati dal rischio di verifica di reati.

2) Dall’altro lato, nel momento in cui si affiancano, sinergicamente, alle regole sostanziali, di cui alla lettera che segue, presentano pure un contenuto, mediamente, “cautelare”, nella misura in cui si atteggianno come “strumenti” diretti ad implementare ed assicurare il buon funzionamento e l’effettività delle cautele sostanziali. In questo senso, le regole procedurali potrebbero essere definite alla stregua di “pre-condizioni” di funzionamento delle regole sostanziali. In altre parole, la regola cautelare, per poter operare efficacemente, ha bisogno di calarsi in un “ambiente proceduralizzato”, che eviti concentrazioni di potere e conflitti di interesse, come potenziali elementi di travisamento e di paralisi della cautela.

(b) Cautela sostanziale, concernente il contenuto della decisione a rischio-reato, che viene confermato sul piano dell’*an*, del *quomodo* e del *quantum*, in diretta correlazione funzionale con lo specifico tipo di rischio da contrastare (criterio di copertura del rischio tipico): la natura di queste regole di comportamento è, perciò, autenticamente “cautelare”, perché replica le fattezze dei meccanismi di ascrizione della colpa sul terreno dell’*Individualstrafrecht*.

(c) Controllo, che traduce l’esigenza di assicurare l’adeguatezza e l’effettività della cautela, con l’adozione di meccanismi di supervisione di primo grado, interni, cioè, al processo decisionale, e di secondo grado, operati da un organismo estraneo al processo decisionale. Questo tipo di cautela tramanda una ben chiara strumentalità funzionale con le cautele sostanziali, avendo lo scopo di garantire l’efficienza e l’effettività di quest’ultime.

La riduzione del rischio-reato deve comportare, allora, di regola <sup>(6)</sup>, la convergenza di queste tre tipologie di cautele, se intende corrispondere ai requisiti di adeguatezza e di effettività previsti dal d.lg. n. 231/2001.

#### 6.3.4. *Cautele “autonormate” e cautele “eteronormate”*

L'aspetto nevralgico delle cautele non è dato, per vero, dalla costruzione del loro volto procedimentale, plasmato, come si è visto, dal principio di segregazione delle funzioni: specie nelle imprese di apprezzabili dimensioni, esistono, da tempo, procedure operative standardizzate conformate da questo principio, ritenuto il più idoneo a salvaguardare le esigenze di trasparenza delle decisioni aziendali e le collegate istanze di controllo, difficilmente implementabili in presenza di decisioni fortemente accentrate.

Forgiare le cautele sostanziali risulta, per contro, molto più complicato, anche se il grado di complessità è sensibilmente diverso in base alla tipologia di reati con i quali ci si confronta. Sotto questo profilo, occorre muovere dalla distinzione tra: (a) reati/decisione e (b) reati in attività.

(a) Il novero dei reati/decisione coincide, per lo più, con l'orbita della criminalità dolosa, in cui le cautele devono proiettarsi verso processi aziendali in cui sono all'opera una pluralità di individui, riuniti in cellule funzionali, che adottano decisioni in sequenza. Il rischio-reato può, dunque, annidarsi, con diversa intensità, in ciascuna fase della sequenza. Per contrastarlo, l'ente è chiamato ad individuare ed implementare cautele 'autonormate', nell'ambito di un percorso squisitamente maieutico: dopo aver scrutato se stesso (con l'attività di *risk assessment*), deve stabilire come autoregolarsi in funzione della prevenzione del rischio-reato. Si tratta, cioè, di 'governare' il rischio-reato, tramite una autonormazione cautelare autenticamente 'originale', per ciò stesso 'fluida', 'riflessiva' e diacronicamente 'fragile'. Non essendovi un catalogo prestabilito di precauzioni da consultare, l'ente si cimenta con un'attività indiscutibilmente complessa, in cui il rischio dell'inadeguatezza è sempre dietro l'angolo. Si pensi, per fare alcuni esempi, ai reati di corruzione, di frode nelle pubbliche sovvenzioni, ai reati societari: tutti reati dolosi, in cui il dolo, come espressione massima di organizzazione finalistica dell'agire umano, sia pure calato in contesti organizzati, fomenta le difficoltà di confezionamento di cautele efficaci. Peraltro, nell'ambito dei reati/decisione, ve ne sono alcuni in cui la prevedibilità del rischio è, sia pure in parte, 'eteronormata', sì da rendere più agevole la loro 'mappatura'. È il caso, ad esempio, dei reati di riciclaggio e di *market abuse* (negoziale/operativo), in cui alcuni organismi tecnici, sopranazionali e non, formano e aggiornano gli "indici di rischio", sottesi nel compimento di talune operazioni. Solo che proprio la redazione di questo "codice allertativo" tramanda un ruolo 'incipiente': per un verso, infatti, esplica una funzione 'rischiaratrice' su alcune delle costanti empirico-criminologiche di tali reati; per altro verso, tradisce l'affanno legato alla necessità di rimontare lo svantaggio conoscitivo nei confronti di crimini i cui autori – che potremmo definire 'ipertecnologici' – vantano capacità operative "superiori", frutto di particolari abilità, le cui condotte sono spesso in grado di 'sorprendere' il sistema dei controlli. Le agenzie, che hanno il compito di formalizzare gli indici di rischio, interven-

<sup>(6)</sup> Non si può escludere, per vero, che, in alcuni limitati casi, la cautela possa esaurirsi nella predisposizione di regole procedimentali.

gono, dunque, quando un evento avverso si è consumato: introiettano e metabolizzano, perciò, un insuccesso preventivo allo scopo di evitarne altri. Ne deriva, pertanto, che, in questi settori, si richiede una costante prudenza di giudizio nel valutare la *compliance* aziendale: se, infatti, sono difficilmente ammissibili vuoti o insufficienze preventive rispetto ad attività la cui insidiosità è già nota, occorre, per contro, essere sempre avvertiti che il rischio della lacuna previsionale è un connaturato compagno di viaggio, la cui mancata identificazione non può essere ritenuta rimproverabile senza un'attenta valutazione del grado di complessità tecnica ed operativa dell'illecito.

(aa) La maggiore insidiosità dei reati/decisione è da rintracciare nel dolo che li anima: sono, infatti, espressione di un agire finalisticamente orientato, in cui la fase cognitiva e quella volitiva si saldano sinergicamente, lasciando un'impronta indelebile nel 'tipo'. In contesti organizzativi complessi, l'orientamento in direzione dell'illecito può insinuarsi nelle pieghe delle fasi del processo decisionale, attraverso meccanismi di abuso e/o di alterazione del contesto, non sempre agevoli da svelare. Le difficoltà sono poi destinate a lievitare in ragione del risaputo fenomeno che vede più soggetti issarsi a potenziali autori del crimine. La predisposizione di una rete di controlli e di cautele denota, quindi, un tasso di complessità incomparabilmente superiore rispetto a quello che, ad esempio, contraddistingue le posizioni di garanzia che hanno ad oggetto l'impedimento di reati da parte di soggetti ben individuati (isolabili ed isolati). Il soggetto apicale può sfruttare la complessità dell'organizzazione per decidere in direzione dell'illecito. Di conseguenza, la prevenzione di tale rischio, spesso oscuro, non può che muovere da un efficace processo di 'auto-organizzazione', che, per essere davvero tale, non può che dipanarsi nel "campo antistante" la verifica (o la concreta probabilità di verifica) dell'evento avverso: segnatamente, in quello del rischio. In altre parole, le cautele, che l'ente è chiamato ad adottare, devono stagliarsi come altrettanti "fattori di disturbo" ("controspinte") rispetto al dolo, collocandosi a ragguardevole distanza dal momento in cui la consumazione dell'evento illecito vanta elevate *chances* di verifica. Una volta che un'area, all'esito dell'attività di mappatura, è stata identificata a rischio-reato, le cautele devono mirare, prima di tutto, ad evitare il rischio di processi decisionali immuni da regole, o perché fortemente accentrati, oppure perché sprovvisti di elementi conformativi. La redazione di un protocollo cautelare deve, perciò, tradursi in una prevenzione organizzata sistematicamente, in cui si individuano i soggetti gravati dal rischio-reato, le fasi che scandiscono la decisione, la segregazione dei poteri e, infine, i limiti che incidono sull'*an* e sul *quomodo* della decisione stessa. È, peraltro, evidente che la distanza dall'evento avverso costituisce un'entità graduabile: di regola, è maggiore nelle cautele 'procedimentali', che integrano un indispensabile avamposto preventivo, se solo si pensa che l'agire doloso può iniziare ad esplicarsi già nelle fasi che segnano l'avvio dell'*iter* decisionale, tramite l'aggiramento di controlli di linea, l'alterazioni di flussi informativi, ecc. La distanza, per contro, tenderà ad abbreviarsi con riguardo alle cautele 'sostanziali'. Occorre ribadire, tuttavia, che si tratta, pur sempre, di cautele che non sono a ridosso della fonte del rischio; dovendo incidere su comportamenti umani, dolosi e dinamici, mirano a ridurre ragionevolmente il rischio (la possibilità) dell'evento avverso, non già la concreta probabilità (il pericolo) che lo stesso accada. Su questo terreno, latitano supporti nomologici, che permettano di formulare giudizi prognostici scientificamente testati: è, dunque, impossibile individuare, con l'aiuto della scienza, il 'momento' in cui intervenire per disinnescare il pericolo. La

combinazione 'sistemica' delle cautele, procedurali e sostanziali, tende a costruire un percorso decisionale virtuoso, in cui, una volta definita l'intensità del rischio-reato, si ritagliano, a tutto campo, presidi funzionalmente deputati a 'governare' tale rischio, in modo tale che la decisione per l'illegalità potrebbe trovare spazio solo tramite comportamenti elusivi non 'contenibili' da un agente-modello collettivo. In definitiva, ad ogni cautela corrisponde una funzione e la loro saldatura, vale a dire la loro efficace organizzazione in un sistema, fa sì che la decisione finale costituisca espressione di un potere e di una cultura orientati alla legalità.

(b) I reati in attività sono quelli che si situano nel cono d'ombra del rischio di impresa: dunque, i reati colposi, segnatamente quelli in materia di sicurezza e salute sul lavoro e di tutela dell'ambiente<sup>(7)</sup>. Qui la redazione delle cautele è senz'altro meno problematica, atteso che la gran parte di esse è 'eteronormata', sì da rilasciare un elevato grado di fruibilità. Del resto, l'idea della 'prevenzione mediante organizzazione' era già stata fatta propria dal d.lg. n. 626/1994. Basti pensare al ruolo assegnato al Documento di Valutazione dei Rischi, che, vale la pena di sottolinearlo, costituisce il principale elemento di supporto del modello. Da un lato, contiene la 'mappatura' dei rischi nell'ambiente di lavoro; dall'altro lato, le misure idonee a 'governare' tali rischi, sì da eliminarli o ridurli. E le cautele, funzionali a questo scopo, sono quelle contenute nei testi legislativi di riferimento: dunque, il terreno in cui il modello affonda le radici è propriamente quello – già noto ed ampiamente sperimentato – della colpa specifica. Calate nel modello, tali cautele si saldano, sinergicamente, con altre disposizioni, di natura organizzativa e di controllo (relative al ruolo dell'OdV, ai flussi informativi, ai sistemi di controllo tra i garanti, alle regole che presiedono alle decisioni sugli investimenti sulla sicurezza), sì da restituire il volto di un sistema in cui l'obbiettivo della sicurezza viene perseguito in maniera altamente formalizzata e proceduralizzata, in un contesto, cioè, 'organizzato'.

(bb) Nell'ambito dei reati in attività, è di intuitiva evidenza che una buona parte delle cautele rivela un significativo tasso di prossimità rispetto alla fonte del pericolo: è sufficiente richiamare il processo di edificazione delle cautele che il legislatore ha forgiato per impedire o ridurre determinati pericoli connessi allo svolgimento di determinate attività produttive. Basta guardare, dall'interno, tali regole, per comprendere che la prevenzione si proietta verso un evento intermedio, rispetto a quello finale previsto dalla fattispecie incriminatrice: individuata la fonte di pericolo (sia essa meccanica, fisica, chimica, ecc.), la cautela si appunta proprio sull'anello causale intermedio, che, a sua volta, rivela un collegamento, nomologicamente fondato, con l'evento finale (l'uso di una scala, per fare un esempio, fomenta il rischio da scivolamento – primo anello intermedio – che, a sua volta, può provocare lesioni – evento finale). Tuttavia, pure in questo contesto, il modello pul-

---

<sup>(7)</sup> Questi ultimi, di natura prevalentemente contravvenzionale, sono stati elevati al rango di reati-presupposto della responsabilità dell'ente dal d.lg. n. 121/2011 (che ha introdotto l'art. 25-*undecies* nel tessuto del d.lg. n. 231/2001), in attuazione della legge comunitaria n. 96/2010, che delegava il Governo a recepire due importanti direttive europee: quella sulla tutela penale dell'ambiente (2008/99/CE) e quella sull'inquinamento provocato

da navi (2009/123/CE). Per una efficace analisi dei problemi posti dal decreto legislativo, sia sul terreno del corretto adempimento degli obblighi comunitari, che su quello del d.lg. n. 231/2001, v. SCOLETTA, *Obblighi europei di criminalizzazione e responsabilità degli enti per reati ambientali (Note a margine del d.lg. n. 121/2011 attuativo delle direttive comunitarie sulla tutela dell'ambiente)*, in *Riv. giur. amb.*, 2012, p. 16 ss.

lula di regole procedimentali, legate ai flussi informativi, all'attività dell'OdV, alle decisioni concernenti le risorse da destinare alla sicurezza sul lavoro, rispetto alle quali la distanza dall'illecito ripropone le considerazioni svolte a proposito dei reati/decisione.

#### 6.3.4.1. *Il banco di prova della prassi*

Per comprendere appieno il grado di complessità nella elaborazione delle cautele 'autonormate', non vi è nulla di meglio del banco di prova della prassi, sia pure con l'avvertenza che questa presenta ancora dimensioni piuttosto ridotte, sia sul versante giudiziario (atteso che il d.lg. ha iniziato a dare segni di vitalità applicativa solo in seguito all'ampliamento dei reati-presupposto), sia sul piano documentale, poiché le aziende non rendono consultabili i singoli protocolli di gestione del rischio-reato (che contengono, nel dettaglio, le cautele), ma soltanto la parte generale e speciale del modello. Tuttavia, le riflessioni, che seguono, prendono lo spunto – come si vedrà – da un processo per fatti di corruzione "farmaceutica", in cui è stato affidato ad una perizia il compito di valutare l'idoneità preventiva dei modelli delle aziende indagate<sup>(8)</sup>, nonché da una sentenza di merito, che, per prima nel panorama giurisprudenziale, ha apprezzato l'efficacia esimente di un modello<sup>(9)</sup>. A ciò si aggiunga l'esame delle linee-guida elaborate da alcune importanti associazioni di categoria.

1) Muovendo dal reato di corruzione, è risaputo che costituisce una delle forme più insidiose della criminalità economica, riconducibile al paradigma dei comportamenti 'elastici', economicamente orientati<sup>(10)</sup>. In ambito farmaceutico, poi, il rischio-corruzione percorre trasversalmente tutte le fasi che vanno dalla sperimentazione fino alla messa in commercio di un farmaco. Con riguardo alla commercializzazione e alla diffusione dei prodotti farmaceutici, il *marketing* ha fatto segnare una vera e propria *escalation*, alla quale si è associata un'impennata del rischio-corruzione<sup>(11)</sup>. Lo scenario è, dunque, favo-

(8) Si tratta di un procedimento penale, aperto dalla Procura della Repubblica di Bari, nei confronti di sei multinazionali farmaceutiche, indagate per il reato di corruzione. Nel corso del procedimento, segnatamente nella fase dell'udienza cautelare (v. artt. 45 ss. d.lg. n. 231/2001), il g.i.p. ha disposto accertamenti peritali diretti a ricostruire e valutare l'adeguatezza preventiva dei modelli adottati dalle società, sia all'epoca della commissione dei reati di corruzione, presupposto della responsabilità amministrativa da reato, sia di quelli riversati, *post delictum*, nel corso dell'udienza allo scopo di scongiurare l'applicazione di una misura interdittiva cautelare (v. art. 49). Le perizie, affidate ad un collegio di esperti in materie aziendalistiche e giuridiche, sono state depositate e il procedimento si è concluso, nei confronti di tutte le società, con sentenza – definitiva – di 'patteggiamento', a norma degli artt. 444 ss. c.p.p. I riferimenti e le considerazioni, che seguono nel testo, prendono spunto dalle indagini attuative (dirette a ricostruire e descrivere la *compliance* delle aziende) e valutative (circa l'idoneità e l'effettività dei modelli) svolte dai periti. Si segnala che una di queste perizie è stata pubblicata in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, p. 1434 ss.

(9) G.i.p. Milano, sent. 17 novembre 2009, in *Le Società*, 4, 2010, p. 473 ss.

(10) Per un'analisi di questo tipo di comportamenti, v. PALIERO, *L'economia della pena (un work in progress)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, p. 1336 ss.

(11) Questo è dipeso essenzialmente dalle mutate strategie di mercato delle grandi aziende farmaceutiche. La svolta è da intravedere nel *boom* dei farmaci c.d. *me too*: destinati a curare le malattie (di lunga durata) della società del benessere (artrite, depressione, ipertensione, colesterolo alto, ecc.), si limitano a presentare alcune differenti composizioni chimiche rispetto a quelli originali, senza che si possa parlare, peraltro, di un effettivo miglioramento rispetto a quest'ultimi. A volte, viene semplicemente allungata la vita di un farmaco *blockbuster*, il cui brevetto è in scadenza, mettendone a punto uno nuovo virtualmente identico. Il fenomeno del "doppione farmaceutico" (due farmaci, stessa chimica, si potrebbe dire) ha fatto segnare una vorticoso implementazione delle risorse destinate dalle industrie farmaceutiche alla commercializzazione. Prova ne sia che il settore Ricerca e Sviluppo rappresenta una parte relativamente piccola nei *budget* delle grandi aziende, che si riduce davvero

revoles all'insorgenza di un ambiente fortemente competitivo, in cui la penetrazione dei farmaci sul mercato integra un pressante obiettivo di *performance*. I protagonisti di questa competizione sono le aziende, la classe medica, i farmacisti e gli stessi ricercatori. Circa la morfologia del rischio, quello legato al *marketing* presenta caratteristiche affatto peculiari, che lo rendono particolarmente insidioso, perché tende a manifestarsi in modo dinamico, coinvolgendo una pluralità di soggetti (apicali e non), attraverso la pratica delle c.d. remunerazioni improprie: con un ricorso, cioè, a liberalità, donativi, omaggistica, consulenze e attività di formazione, in contrasto con i presupposti richiesti dalla legge. Tali condotte, anche quando non si risolvono in reati di corruzione, costituiscono nondimeno comportamenti prodromici, che possono implementare stili di condotta 'laschi', antica-mera della corruzione<sup>(12)</sup>. Il ricorso alla corruzione o a forme di retribuzione impropria è strumentale alla creazione di una vera e propria relazione simbiotica con i medici, che sono lo snodo più importante tra il farmaco e il mercato. Relazione che si sviluppa su diversi piani: dalla prescrizione dei farmaci, alla formazione fino all'attività di consulenza. L'elevato numero di informatori scientifici e il loro radicamento territoriale integrano una non trascurabile spinta criminogenetica, che ha come obiettivo proprio la "fidelizzazione" del medico, fondata su una reciprocità che le pratiche corruttive tendono a rinforzare sino al punto di incardinare una sorta di "esclusiva"<sup>(13)</sup>.

Proviamo, dunque, ad esaminare le cautele apprestate, prendendo come settore privilegiato di indagine quello della gestione delle donazioni. Pur essendo un rischio-reato topograficamente circoscritto all'interno dell'azienda, il suo legame con la commercializzazione dei farmaci è affatto evidente. Le elargizioni 'improprie' possono, infatti, essere orientate ad alterare i meccanismi concorrenziali, creando rapporti privilegiati con gli enti richiedenti. Scorrendo i protocolli forgiati dalle aziende, va rilevato che buona parte di essi rispetta il principio di segregazione delle funzioni (assegnando: alla Direzione Medica l'apprezzamento del valore scientifico e della meritevolezza dell'elargizione, all'Area Legale e Fiscale la valutazione della conformità a legge dell'atto e, infine, alla funzione Amministrazione e Bilancio il compito di verificare la corrispondenza al bud-

---

a poca cosa rispetto alle spese per il *marketing* e l'amministrazione. Per un'analisi delle strategie delle industrie farmaceutiche, cfr. CAGLIANO-LIBERATI, *I farmaci*, Il Mulino, 2001; ANGELL, *Farma&Co, Industria farmaceutica: storie straordinarie di ordinaria corruzione*, Il Saggiatore, 2006; LAW, *Big Pharma. Come l'industria farmaceutica controlla la nostra salute*, Einaudi, 2006.

<sup>(12)</sup> Lo stesso vale per le condotte di comparaggio (art. 170 t.u.l.s.) e per gli altri illeciti penali 'minori', legati alla concessione o promessa di premi o vantaggi pecuniari o in natura, previsti dagli artt. 123 e 147, comma 5, d.lg. n. 219/2006 (che riproducono, in buona sostanza, il contenuto delle fattispecie di cui agli artt. 11 e 16 d.lg. n. 541/1992). Pur non incardinando la responsabilità sanzionatoria dell'ente, tali illeciti si collocano evidentemente in prossimità della corruzione e sono altresì perfettamente cofunzionali all'ambiente competitivo sopra descritto. Sulla struttura e la funzione delle fattispecie di comparaggio, v. MUCCIARELLI, voce *Comparaggio*, in *Dig. d. pen.*, vol. II, Utet, 1988, p.

335 ss.; CONSULICH, *Il tradimento di Ippocrate. Ragionevolezza ed effettività delle fattispecie di comparaggio tra diritto penale classico e diritto penale moderno*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2008, p. 21 ss.

<sup>(13)</sup> Il movente economico della corruzione raccorda, poi, funzionalmente gli interessi 'personali' delle persone fisiche, che agiscono per conto dell'ente (gli informatori scientifici, i capi-area, ecc.), e quelli dell'ente: l'autore dell'illecito è mosso dall'intento di conseguire premi di produttività o comunque incentivi legati al raggiungimento di un *target* e, congiuntamente, di enfatizzare la sua efficienza presso i superiori gerarchici, corrispondendo alle loro aspettative; l'azienda, anche nel caso in cui si limiti a tollerare le pratiche corruttive, risente comunque di un vantaggio economico in termini non soltanto monetari (di fatturato) ma soprattutto sul piano del gradiente di penetrazione del mercato, ancor più importante in ragione dell'esplosione del "doppione farmaceutico", che rende, come si è visto, particolarmente aspra la competizione.

get predefinito), a dimostrazione che si è al cospetto di un principio ormai 'interiorizzato' dagli enti. Per contro, latitano, o sono insufficienti, le cautele sostanziali, teleologicamente rivolte a minimizzare il rischio di fidelizzazioni improprie di enti pubblici. Al più, ci si limita a ritagliare limiti quantitativi all'importo delle donazioni, prevedendo che, qualora la liberalità oltrepassi la soglia prefissata, la sua elargizione vada rimessa al vertice della società (consiglio di amministrazione). È evidente che protocolli siffatti sono sprovvisti di una apprezzabile efficacia preventiva, visto che il rispetto del principio di segregazione delle funzioni non è idoneo a manifestare – da solo – alcuna incidenza sulla fisionomia del rischio-tipico, da intravedere, come si è detto, nella instaurazione di relazioni simbiotiche, di contenuto preferenziale, con l'ente destinatario della liberalità. Un protocollo autenticamente cautelare richiede, allora, in uno con la segregazione delle funzioni, l'autonormazione di alcune cautele 'sostanziali', che conformano il *quomodo* della decisione. Esse possono consistere, tra l'altro:

(i) nella predeterminazione di un *budget* annuale delle donazioni, che potrà essere aggirato solo previa decisione del Consiglio di amministrazione dell'ente, prevedendo il coinvolgimento informativo dell'OdV (la proiezione teleologica della cautela consiste nella predeterminazione dell'"offerta" di donativi, sì da attenuare il rischio-reato legato a decisioni puramente discrezionali, mirate a creare "alla bisogna" rapporti privilegiati con gli enti beneficiari, e nel coinvolgimento informativo dell'OdV in presenza di potenziali situazioni da criticità, come quelle riferibili ad eventuali scostamenti dal *budget*);

(ii) nella previsione di un importo massimo di donazioni eseguibili da ciascuna funzione, individuando altresì il valore massimo della donazione fruibile dal singolo ente (il rischio contrastato afferisce alla possibile implementazione di retribuzioni "improprie", a scopi di fidelizzazione);

(iii) nell'introduzione di un criterio di alternanza temporale nella fruizione delle elargizioni (del tipo: "quando l'ente ha fruito di una donazione nel corso di un anno, non potrà risultare beneficiario di altra se non siano decorsi almeno [due/tre] anni"; si contrasta, così, la dimensione diacronica del rischio di fidelizzazione);

(iv) nella creazione di un meccanismo di controllo *ex post* sul rispetto dei predetti limiti quantitativi e temporali;

(v) nell'inoltro di *report* periodici verso l'OdV (la cautela adempie ad una funzione informativa: trattandosi di un'attività esposta al rischio-reato, l'OdV deve essere posto nella condizione di vagliarne, anche con cadenze temporali predeterminate, la gestione, fatte salve le situazioni di criticità).

1.1.) Sempre con riferimento al rischio-corruzione, l'analisi di alcuni modelli e delle linee-guida di categoria rivela, ancora una volta, una buona valorizzazione della segregazione delle funzioni, ma un livello di autonormazione cautelare 'sostanziale' piuttosto 'lasco'. Così, per fare un esempio, nell'ambito della disciplina delle attività di sponsorizzazione e di gestione delle consulenze, aree strumentali alla consumazione di reati di corruzione, le cautele si risolvono, per lo più, nella formalizzazione dell'attività, nel richiedere la congruità del prezzo rispetto alla prestazione e, infine, nell'esigere che vi sia un'apposita funzione aziendale, diversa dalle altre coinvolte nel processo decisionale, abilitata a riscontrare l'effettuazione e l'adeguatezza della prestazione. Tutte prescrizioni – queste – indiscutibilmente apprezzabili, ma, comunque, insufficienti. Anche in questo ambito, potrebbero essere reiterate consulenze e sponsorizzazioni verso funzio-

nari o enti pubblici, con un obiettivo – improprio – di fidelizzazione. Come pure, simili attività potrebbero essere effettuate e reiterate quando l'ente partecipa a gare pubbliche o ha richiesto il rilascio di atti amministrativi 'rilevanti'. La riduzione del rischio-reato non può che passare, anche questa volta, nell'apposizione di cautele destinate ad incidere sull'*an* e sul *quomodo* della decisione. Rispetto all'ultima delle evenienze segnalate (un ente che partecipa a gare pubbliche), potrebbero ritagliarsi cautele che individuano una sorta di *black period*, nel corso del quale vi sarebbe un obbligo di astenersi dall'adottare sponsorizzazioni o assegnare consulenze nei confronti dell'ente o di suoi funzionari. Nell'ipotesi, invece, di reiterazione di tali attività, si richiama il criterio dell'alternanza temporale, che si proietta sopra la dimensione diacronica del rischio-reato.

2) Come si è detto poco sopra, vi è stata, di recente, una sentenza di merito, che ha riconosciuto l'efficacia esimente di un modello, adottato dall'ente, rispetto al reato di aggio-taggio informativo. Si tratta di una decisione, che, seppure meritevole di apprezzamento in alcuni passaggi argomentativi<sup>(14)</sup>, appare 'tecnicamente' errata proprio in ordine alla valutazione delle cautele apprestate dall'ente. Questo, in breve, il fatto. Gli amministratori della società erano imputati del reato di aggio-taggio informativo (art. 110 c.p. e 2637 c.c.), commesso, sul finire del 2002 e nei primi mesi del 2003, comunicando al mercato notizie false sulle condizioni economiche e patrimoniali della società, idonee ad alterare sensibilmente il valore delle azioni. Ne è seguita la contestazione dell'illecito amministrativo all'ente, nel cui interesse il reato era stato commesso (art. 25-ter d.l.g. n. 231/2001). Dovendo effettuare comunicazioni *price sensitive*, i soggetti apicali imputati avevano richiesto ad un responsabile di funzione di inoltrare dati concernenti la situazione economica e patrimoniale della società. Ottenutigli, uno degli apicali sollecitava il responsabile di funzione a fornire dati 'diversi', forzandolo in direzione di una valutazione 'migliorativa', alla quale il responsabile si prestava. Il modello 231 era stato approvato dalla società nel gennaio 2003 e, con riferimento alle misure di prevenzione del reato di aggio-taggio, prevedeva che, conformemente a quanto stabilito nella linee-guida di Confindustria, la gestione delle informazioni concernenti la società e le sue controllate fosse rimessa al Presidente del consiglio di amministrazione e all'amministratore delegato. La procedura prescriveva che la divulgazione dovesse avvenire in modo completo, tempestivo, adeguato e non selettivo. Inoltre, ai predetti soggetti apicali veniva riconosciuto il potere di rivisitare i dati offerti dalle funzioni competenti prima

---

<sup>(14)</sup> Secondo PALIERO, *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza: decisione «lassista» o interpretazione costituzionalmente orientata?*, in *Le Società*, 4, 2010, p. 478 ss., appare meritevole di incondizionato apprezzamento il passo della decisione in cui il giudice rimarca correttamente che l'accertamento della responsabilità dell'ente (della sua colpevolezza) deve essere eseguito con una valutazione *ex ante* e non anche *ex post*, secondo la perversa logica del 'senno di poi' (del tipo: un reato si è consumato, dunque le misure preventive adottate dall'ente sono inefficaci). Quanto al proscioglimento, tecnicamente errato, va, però, messo in risalto che il giudice ha, molto probabilmente, inteso valorizzare la ricorrenza di alcune significative cir-

costanze concomitanti: in particolare, la circostanza che, sebbene i fatti fossero avvenuti nel 2003, dunque a pochi anni dall'entrata in vigore del d.l.g. n. 231/2001, l'impresa si era già dotata ("pionieristicamente", sottolinea il giudice) di un modello e che, nel forgiarlo, si era avvalsa delle linee-guida elaborate da Confindustria, che, all'epoca, si atteggiavano come l'unico, autorevole strumento di supporto nell'attività di formazione del modello. È ovvio – prosegue PALIERO – che, alla luce dei 'saperi' di oggi, «la corrispondenza del modello organizzativo adottato dalla società ai soli codici etici e linee-guida istituzionali (Borsa, Confindustria) suonerebbe come indice di non idoneità, per il carattere "generalistico" se non addirittura generico di tali testi» (p. 479).

della divulgazione. Il giudice ha ritenuto che la condotta degli imputati si sia risolta in una fraudolenta elusione delle disposizioni, provviste di efficacia preventiva, del modello: in particolare, l'elusione sarebbe consistita in un metodo di formazione delle informazioni del tutto contrario ai principi stabiliti nel modello, atteso che il dato da comunicare non era quello elaborato dall'ufficio preposto, ma quello, non veritiero, "imposto" dal vertice societario. In sostanza, vi sarebbe stata una iniziativa unilaterale dei vertici societari, che non avrebbero seguito la corretta procedura di formulazione del giudizio attraverso la necessaria istruttoria tecnica. La debolezza dell'apparato argomentativo del giudice si coglie, per vero, in modo piuttosto agevole. A ben vedere, il potere di gestione delle notizie *price sensitive* era per intero nelle mani dei soggetti apicali, ai quali veniva riconosciuto il potere di 'rivedere' i dati <sup>(15)</sup>. Sul piano della vigilanza, va poi evidenziato che l'ente, di grandi dimensioni, aveva istituito un organismo di vigilanza monocratico <sup>(16)</sup>. La previsione relativa alla completezza, tempestività ed adeguatezza dei dati esplicava un effetto puramente esortativo, sprovvista, come era, dell'indicazione di cautele funzionali al perseguimento di tali obiettivi. Ma non basta. I meccanismi di attivazione e di svolgimento dell'istruttoria risultavano meramente 'informali': il vertice richiedeva i dati e poteva attivare meccanismi di *feed back* a suo piacimento, sollecitando accomodanti revisioni. Pertanto, nella vicenda in esame, non pare ravvisabile alcuna elusione fraudolenta del modello, visto che i soggetti apicali coinvolti avevano il dominio nella gestione del rischio-reato, in assenza di qualsiasi forma di controllo <sup>(17)</sup>. Un protocollo autenticamente cautelare, sul piano procedimentale e sostanziale, deve, per contro, prevedere un'elevata formalizzazione delle fasi che conducano alla *disclosure*. Segnatamente: *i)* deve essere avvertito l'OdV dell'inizio di una procedura a rischio-reato; *ii)* la richiesta dei dati, da inoltrare alle funzioni competenti, deve essere formalizzata e sempre ricostruibile; *iii)* eventuali *feed back* informativi (richiesta di chiarimenti o di riesame dei dati) deve essere motivata, 'tracciata' e portata a conoscenza dell'OdV; *iv)* va escluso qualsiasi potere dei soggetti apicali, deputati a diffondere le notizie, di integrazione e/o correzione dei dati, ufficialmente formati. Come si vede, un simile protocollo esclude qualsiasi tipo di relazione informale, richiedendo, per contro, in modo altamente tassativo, una rigorosa procedimentalizzazione del processo decisionale.

Lo scenario, offerto dalla prassi, evidenzia chiaramente come il processo di 'autonormazione' denoti corpose difficoltà quando ci si confronta con il contenuto 'sostanziale' della cautele, autentico 'nervo scoperto' della *compliance* aziendale.

### 6.3.5. I protocolli di gestione nelle aree c.d. strumentali

Come si è visto, in sede di esame dell'attività di *risk assessment*, le aree c.d. strumentali sono quelle che gestiscono strumenti e risorse finanziarie destinati a supportare la commissione dei reati. Il loro rilievo è normativamente riconosciuto dall'art. 6, comma 2, lett. c), d.l.g. n. 231/2001, che prevede l'individuazione di modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione di reati.

<sup>(15)</sup> Lo rileva PALIERO, *Responsabilità dell'ente*, cit., p. 479.

<sup>(16)</sup> Sottolinea PALIERO, *Responsabilità dell'ente*, cit., p. 479, che un simile organismo di vigilanza, formato da un soggetto subordinato posto alle dirette

dipendenze del Presidente della società, costituisce l'antitesi paradigmatica di quei connotati di autonomia e poteri di controllo che devono conformare l'organismo a norma dell'art. 6 d.l.g. n. 231/2001.

<sup>(17)</sup> Così, PALIERO, *Responsabilità dell'ente*, cit., p. 479.

In questa parte del modello, vengono, dunque, in considerazione la gestione aziendale, il flusso dei valori economici e patrimoniali e il controllo della gestione.

La gestione aziendale costituisce la coordinazione consapevole delle operazioni poste in essere dall'azienda per la creazione di valore, che, nelle imprese, si esplica attraverso la produzione di beni e servizi per il mercato. Si tratta di una gestione "organizzata", perché disciplina le scelte e le decisioni delle diverse unità che concorrono ai processi decisionali.

Nell'ambito della gestione aziendale, il decreto 231 impone di conformare i processi decisionali nel contesto di alcune attività che, ove sprovviste di controlli efficaci, possono veicolare risorse verso finalità extra-aziendali e illecite.

Sinteticamente, le modalità di gestione delle risorse finanziarie si proiettano sul versante del sistema della contabilità, che, attraverso graduali sintesi informative, trova la sua cristallizzazione nel bilancio. Nell'ambito di tale sistema, poi, una particolare attenzione va dedicata all'analisi dei c.d. costi sensibili, vale a dire a quelle voci di costo che, in ragione della loro particolare natura, presentano indiscutibili elementi di criticità, in quanto sono le più esposte al rischio di essere convogliate a scopi illeciti (si pensi, a titolo di esempio, ovviamente non esaustivo, alle spese per le consulenze, la pubblicità, ecc.).

(a) Per quanto concerne il sistema di gestione amministrativo-contabile, andranno formalizzati, all'interno dei protocolli, i principali sistemi di gestione dell'area amministrativa e tecnico-contabile, dando conto del loro livello qualitativo e del grado di affidabilità sul piano nazionale ed internazionale. Le procedure di gestione dovrebbero, pertanto, coprire: il ciclo attivo, il ciclo passivo, il magazzino, il *reporting* finanziario, i rimborsi spese, la tassazione.

(b) In ordine al controllo di gestione dei flussi finanziari, particolare rilievo assumano gli speciali protocolli di verifica della gestione delle risorse con riguardo all'area dei c.d. costi sensibili, che, oltre a garantire la verificabilità e la tracciabilità delle spese, puntino a definire in modo chiaro e sistematico le risorse a disposizione delle singole funzioni ed il loro perimetro di impiego, prevedendo strumenti di rilevazione di eventuali scostamenti. Per conseguire tali obiettivi, è opportuno articolare: 1) processi di definizione strategica dei *budget*, di impronta pluriennale, che individuino gli ambiti di spesa, la pianificazione dei costi e dei ricavi e i soggetti che concorrono alla definizione delle risorse; 2) processi di consuntivazione, volti a garantire la costante verifica sulla coerenza tra le spese effettivamente sostenute e gli impegni assunti in sede di pianificazione, con la previsione del coinvolgimento informativo dell'OdV, qualora emergessero significativi scostamenti dal *budget* o anomalie di spesa.

(c) Relativamente alla formazione del bilancio civilistico, i più moderni studi aziendali e ragionieristici hanno da tempo posto in luce come il bilancio debba essere studiato alla stregua di un processo, che si snoda per il tramite di distinti livelli di approssimazione al vero<sup>(18)</sup>. I valori di bilancio, cioè, sono raffigurabili come altrettanti prodotti (aventi ad oggetto stime certe o congetture) preceduti da procedure di definizione sorrette da costanti flussi informativi. Ed è proprio la qualità dei modelli metodologici e

---

<sup>(18)</sup> Cfr., in proposito, CARAMIELLO, *Indici di bilancio*, Giuffrè, 1993; PAOLONE, *Il bilancio di esercizio delle imprese in funzionamento e dei gruppi societari*, Giappichelli, 1998; DEZZANI-PISONI-PUDDU, *Il bilancio*, Giuffrè, 2001.

informatici adoperati dall'impresa a conformare la qualità dell'informazione e la sua attendibilità. Sul versante della formazione del bilancio, sono, dunque, già ampiamente disponibili una pluralità di protocolli specificamente orientati ad implementare l'attendibilità, sul piano dell'approssimazione al vero, dei valori esibiti. Si tratta, conviene precisarlo, di processi deputati a garantire la definizione corretta dei flussi operativi. Ecco, allora, che sul versante della formazione, della trasformazione e della elaborazione definitiva dei dati di bilancio, l'adozione di simili procedure di conformazione integra, a pieno titolo, una parte significativa della *compliance* di cui si parla nell'art. 6.

L'OdV può svolgere, su questo terreno, importanti e autonome funzioni.

La prima è quella di vigilare continuativamente, e in autonomia, sulla funzionalità del procedimento, individuando, quando occorre, i necessari aggiornamenti e adeguamenti tecnologici. La seconda ha a che fare con il flusso informativo: l'organismo di controllo potrà reclamare l'inoltro di *report* periodici e verificare sul campo la correttezza delle procedure di formazione e di rilascio delle informazioni. Ma non basta. Non sempre l'attendibilità delle grandezze contenute nel bilancio è garantita dall'adeguatezza dei processi formazione e di misurazione dei dati.

Ecco, allora, che l'OdV è chiamato ad effettuare, continuativamente e professionalmente, due tipi di controllo: 1) il primo – già descritto – sull'adeguatezza dei processi di formazione e di elaborazione dei dati; 2) il secondo tipo di controllo è di natura selettiva e prende le mosse dalla considerazione della società come luogo in cui pullulano interessi soggettivi diversi, che condizionano l'attendibilità delle grandezze contenute nel bilancio. Ne deriva la necessità di adottare modelli di prevenzione e di controllo proiettati verso alcuni profili più esposti al rischio-reato.

Nello specifico settore del bilancio, un rilievo strategico è destinato ad assumere il flusso informativo, cioè la capacità dell'organismo di controllo di ottenere, anche attraverso ispezioni, informazioni sull'esistenza di situazioni di criticità generale e/o particolare. Così, per fare un esempio, qualsiasi scostamento dai principi estimativi civilistici e contabili, sia pure motivato, deve essere portato a conoscenza dell'OdV, rappresentando, comunque, una deviazione suscettibile di vaglio critico.

È poi risaputo che il falso in bilancio è spesso funzionale alla consumazione dei reati di corruzione, che, lo si ripete, implicano la creazione di riserve liquide occulte. Allo scopo di prevenire tali reati, l'OdV dovrà concentrare i suoi poteri di controllo sulla gestione contabile (per fare alcuni esempi, sulle fatturazioni, i sospesi di cassa, le note spese, le collaborazioni esterne, le sponsorizzazioni, gli atti di liberalità, ecc.), sulla struttura e le finalità delle c.d. "triangolazioni chiuse" e delle "costruzioni societarie" (entrambe destinate, non di rado, a consentire la creazione di fondi extracontabili), sull'uso di prodotti derivati, sulla stipulazione di contratti *futures* su titoli, indici, ecc., sull'esame della documentazione aziendale e sul rispetto delle procedure amministrative dirette a conformare i comportamenti operativi ai principi di correttezza e trasparenza gestionale.

(d) Nell'area a rischio-reato, definita strumentale, deve, infine, trovare disciplina, in uno specifico protocollo, la dinamica retributiva concernente i dipendenti e/o collaboratori dell'ente, che godono di un trattamento economico legato al raggiungimento di obiettivi di *performance* (c.d. retribuzione variabile). Il movente economico, che può spingere alla commissione di reati, salda gli interessi delle persone fisiche (alle quali ottime *performance* consentono non solo di percepire migliori retribuzioni, ma anche avanzamenti di

carriera) e della persona giuridica (che ritrae, comunque, un vantaggio dai contratti provento della corruzione): dunque, un tale movente va 'contenuto', evitando obbiettivi di *target* troppo sfidanti o pratiche incentivanti particolarmente 'appetitive', come pure gravose penalizzazioni collegate al mancato raggiungimento della *performance*.

## 7. IL MODELLO COME STRUMENTO "CAUTELARE" E "CAUTELATIVO"

La costruzione del modello e l'istituzione dell'Organismo di Vigilanza costituiscono i perni del sistema di esclusione della responsabilità (*rectius*: della colpevolezza organizzativa) dell'ente. Di recente, autorevole dottrina<sup>(19)</sup> ha posto sul tappeto una importante questione dogmatica, relativa all'inquadramento di un siffatto sistema all'interno del tipo colposo in senso stretto, alla stregua, cioè, di un «'normale' *crimen culposum*», oppure come «un obbligo di condotta meramente preventivo, non tanto cautelare, quanto cautelativo orientato alla prevenzione astratta del rischio-reato». La descritta antitesi è destinata a provocare rilevanti ricadute anche sul piano applicativo, specie con riguardo al criterio di accertamento della responsabilità dell'ente.

Nel primo caso, infatti, l'ente risponderebbe di un illecito di evento, contraddistinto da un doppio nesso di causalità: il primo intercorrente tra la condotta della persona giuridica e l'evento-reato consumato dalla persona fisica; il secondo da intravedere nella correlazione che deve saldare la concreta violazione della regola cautelare e il rischio tipico di reato, di cui l'illecito perpetrato dalla persona fisica costituisce la concretizzazione. All'interno di questo schema, non ci si discosterebbe dalle istanze correlate alla salvaguardia del principio di colpevolezza e le scansioni dell'accertamento replicherebbero, in massima parte, quelle proprie del reato colposo di evento.

Per contro, nella seconda ipotesi, si stagierebbe un modello di illecito di pericolo, prossimo al paradigma dell'illecito di rischio, nel quale «la nomologica ricostruzione del nesso causale è soppiantata dalla stocastica valutazione dei tassi di aumento/diminuzione del rischio»<sup>(20)</sup>. Per questa via, il sistema piegherebbe in direzione di un modello di imputazione oggettiva dell'evento, a discapito del principio di colpevolezza.

Si è al cospetto di problematiche che sollecitano riflessioni ed approfondimenti che meriterebbero una autonoma e più ampia trattazione. Tuttavia, anche in questa sede, si può provare a offrire qualche spunto argomentativo. Partendo dal dato normativo: alcune significative disposizioni del d.lg. n. 231 proiettano esplicitamente l'adeguatezza preventiva del modello in direzione dei reati della specie di quelli verificatisi (v. artt. 6, comma 1, lett. a), 7, comma 2, 12, comma 2, lett. b), 17, comma 1, lett. b). Dunque, l'opzione per una riconduzione del sistema nell'alveo del *crimen culposum* sembra vantare un sostegno testuale, per giunta cofunzionale alle istanze di salvaguardia del principio di colpevolezza che il legislatore ha inteso perseguire<sup>(21)</sup>. Del resto, privilegiare la natura "cautelare" del modello significa ancorare l'accertamento a parametri suscettibili di un'opera di concretizzazione già ampiamente sperimentata sul terreno della 'colpa' e, per ciò stesso, più agevolmente 'maneggiabile' e verificabile dagli antagonisti

<sup>(19)</sup> PALIERO, *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 1545.

<sup>(20)</sup> PALIERO, *La società punita*, cit., p. 1545.

<sup>(21)</sup> Chiaramente ricavabili anche dalla *Relazione governativa* esplicativa del d.lg. n. 231/2001, in *Guida dir.*, 26, 2001, p. 44 ss.

processuali e dal giudice chiamato a dirimere il conflitto. Certo: il riscontro del secondo nesso di causalità – quello, di natura normativa, integrato dalla copertura del rischio tipico – impone di tenere conto del contenuto ‘composito’ delle cautele, per come descritto poco sopra. Di qui una distinzione, in ordine all’adeguatezza preventiva del modello, che, a nostro avviso, si può profilare a seconda del tipo di ruolo che è chiamato a svolgere in presenza di un comportamento illegale dell’ente. Il giudizio di efficacia preventiva denota una diversa orbita quando il modello viene in esame sul versante dell’esistenza del nesso imputativo (dunque, nella sua funzione ‘esimente’: artt. 6 e 7), oppure quando si ha a che fare con la sua funzione riparatoria (artt. 12 e 17).

(a) Nel sistema di ascrizione soggettiva della responsabilità, il giudice deve accertare la colpa dell’ente in relazione allo specifico rischio concretizzatosi nel reato commesso dalla persona fisica. In questo caso, deve ricercare la specifica cautela, la cui violazione rivela una connessione di rischio con l’evento del tipo occorso, interrogandosi, poi, sull’efficacia impeditiva del comportamento dovuto. Nella maggior parte dei casi, la violazione riguarderà una regola di comportamento autenticamente cautelare (di quelle, cioè, che conformano l’an, il *quantum*, il *quomodo* della decisione dell’ente). Talvolta, la trasgressione potrà riguardare una cautela procedimentale, quando la prevenzione del rischio si esaurisce nel rigoroso rispetto delle scansioni del processo decisionale. Quello che, però, va tenuto fermo, se si vuole salvaguardare la ‘sostanza’ colpevole del rimprovero, è che il mancato reperimento di una concreta e specifica regola cautelare violata, o reputata inidonea, non può essere surrogato dal riscontro di altre lacune preventive, sprovviste di una immediata finalità cautelare rispetto all’evento concretamente verificatosi. Va sottolineato, ancora una volta, che le regole procedimentali, che disegnano il volto della decisione dell’ente, e gli istituti della Parte Generale del modello non rilasciano, immediatamente, una funzione autenticamente cautelare, bensì cautelativa. Le regole che disciplinano l’istituzione e il funzionamento dell’Organismo di Vigilanza, quelle che si occupano della formazione e del sistema disciplinare, per venire, infine, alla segregazione delle funzioni, che informa le regole procedimentali, sono, in prima battuta, orientate a minimizzare i rischi (tutti i rischi) di consumazione dei reati con i quali l’ente si confronta. Hanno, dunque, una impronta cautelativa, che può, bensì, trasmutare in cautelare solo quando si dispone della prova del rilievo causale della loro violazione o della loro inadeguatezza.

(b) Quando viene in giuoco la funzione riparatoria del modello, l’orbita del giudizio è, nel contempo, “cautelare” e “cautelativa”. Il modello, infatti, atteggiandosi come una condotta di ‘ravvedimento’, impone una valutazione prognostica dell’idoneità a ridurre, in futuro, il rischio di commissione del reato della specie di quello occorso (artt. 12 e 17). La fase ‘patologica’ (la commissione di un illecito dipendente da reato) si salda con quella ‘prospettica’ (relativa all’effettività del ‘ravvedimento’): ne deriva, pertanto, che il giudice, partendo dallo specifico evento avverso (la ‘patologia’), dovrà non soltanto valutare l’idoneità preventiva delle specifiche regole cautelari ‘sostanziali’, di nuovo o aggiornato conio, deputate a ridurre il rischio di verificazione dell’evento, ma deve pure apprezzare l’efficacia cautelativa degli istituti e delle norme di comportamento che interagiscono, strumentalmente, con le ‘vere’ regole cautelari. Di conseguenza, la circostanza che, per fare un esempio, il rischio-reato, legato all’indebita percezione di risorse pubbliche, sia stato regolamentato da efficaci e specifiche disposizioni cautelari, non mette al riparo da una valutazione di inadeguatezza, quando il

giudice riscontra carenze nella segregazione delle funzioni, nel sistema dei controlli, nelle modalità di funzionamento dell'Organismo di Vigilanza, ovvero nell'intensità dell'attività di formazione. Eventuali lacune, in questi settori, potrebbero infatti compromettere la funzionalità delle regole cautelari e vanificarne l'implementazione operativa. È chiaro che, se si ragiona in una prospettiva prognostica, le descritte insufficienze cautelative non potranno che essere apprezzate in termini di aumento/minimizzazione del rischio. Solo che, in questo caso, non si profilano preoccupazioni in ordine ad una possibile deriva 'oggettivistica', atteso che, per definizione, non viene coinvolta la dinamica dei meccanismi imputativi della responsabilità.

## 8. LA COSTRUZIONE DELLE CAUTELE 'SOSTANZIALI' E IL PROBLEMA DELLA LORO "POSITIVIZZAZIONE": LA SCORCIATOIA, IMPRATICABILE, DELLE 'CERTIFICAZIONI'

L'analisi, sinora effettuata, dimostra che il processo di autoregolamentazione degli enti tramanda segnali di sofferenza soprattutto sul terreno della elaborazione delle cautele sostanziali, di quelle, cioè, più immediatamente rivolte a elaborare la decisione dell'ente. Di qui, una condizione di diffusa incertezza in ordine all'individuazione di un sistema di prevenzione dotato di requisiti di idoneità preventiva e di effettività tali da resistere al vaglio del giudice <sup>(22)</sup>.

Il problema, a ben vedere, non è nuovo. Riecheggia la mai sopita discussione sui 'saperi' e i 'doveri' dell'agente-modello nelle ipotesi di colpa generica: si va da una concezione 'deontica', alla continua ricerca del "ciò che si deve fare", ad una 'prasseologica', che valorizza le regole comportamentali diffuse e praticate nella prassi della cerchia sociale di riferimento <sup>(23)</sup>.

Sta di fatto che, nei territori della colpa generica, è ormai il giudice ad assumere il ruolo di 'creatore' della regola cautelare dovuta, sfruttando l'indeterminatezza che affligge la figura-modello.

La 'complessità' dell'agire organizzato amplifica tali difficoltà, sia in ragione del volto 'composito' delle cautele, sia per l'approccio multidisciplinare che presiede alla costruzione delle stesse. Con riguardo a quest'ultimo profilo, va posto in risalto che, da un lato, bisogna ricorrere ai più sperimentati ed accreditati 'saperi' aziendalistici, infor-

<sup>(22)</sup> Va, inoltre, evidenziato che l'esistenza di differenti livelli di prevenzione nell'ambito di aziende operanti nello stesso settore può ingenerare ripercussioni sul versante della concorrenza, in termini di maggiore o minore 'aggressività' sul mercato. Evocative, in proposito, le risultanti delle indagini peritali, relative alla corruzione farmaceutica, dalle quali si ricavano assetti di *compliance* estremamente diversificati, che rendono, così, più o meno 'sfidante' la competizione nell'area *marketing*.

<sup>(23)</sup> Alla prima, che enfatizza il profilo della tutela dei beni giuridici, si rimprovera di atteggiarsi alla stregua di un manuale non facilmente consultabile, in cui l'asticella dei doveri finisce fatalmente per lievitare verso l'alto, sì da integrare un formidabile volano di sentenze di condanna. Alla seconda concezione, che

sicuramente esterna un tasso di maggiore determinazione nella individuazione della regola prudenziale, si obietta che non sempre le prassi comunemente seguite coincidono con le buone prassi, sì da aprire il campo a preoccupanti discontinuità della tutela. Per una aggiornata ed elegante riproposizione della concezione 'deontica', v. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, p. 29 ss.; sul versante della concezione 'prasseologica', v. le approfondite considerazioni di GIUNTA, *I tormentati rapporti tra colpa e regola cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 1295 ss. Per una recente rimediazione del tema, v. ATTILI, *L'agente-modello nell'era della complessità: tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, p. 1240 ss.

matici nonché alle tecniche di programmazione e controllo; dall'altro lato, risaltano le "conoscenze" empirico-criminologiche, deputate a scrutare, dall'interno, la morfologia e l'orditura dei singoli rischi, in vista del ritaglio delle singole, specifiche regole cautelari rivolte a ridurre ragionevolmente tali rischi. A questa multidisciplinarietà fanno da contrappunto i 'saperi' del giudice, visibilmente inattrezzato, per cultura e formazione, a confrontarsi con le organizzazioni complesse. Il rischio che si instauri una sorta di incomunicabilità tra la *societas* e il suo giudice è tutt'altro che virtuale.

La costruzione di un modello "a prova di giudice" e la ricerca di criteri capaci di 'guidarne' la discrezionalità, si atteggiano, così, come ricorrenti motivi di 'pressione' da parte degli enti. Anche il legislatore del 2001, peraltro, aveva colto lo spessore del problema: la disposizione del comma 3 dell'art. 6 lo testimonia <sup>(24)</sup>. Più di recente, in coincidenza con l'ampliamento dei reati-presupposto della responsabilità dell'ente alle fattispecie di omicidio e lesioni colposi, derivanti dalla violazione della normativa antinfortunistica, il legislatore ha introdotto la norma dell'art. 30 d.lg. n. 81/2008 (testo unico in materia di sicurezza e salute sul lavoro), che, al comma 5, stabilisce che, in sede di prima applicazione, i modelli di organizzazione aziendale, definiti in conformità alle linee-guida redatte dall'INAIL o al *British Standard OHSAS 18000:2007*, si presumono conformi ai requisiti di idoneità fissati nei commi precedenti della stessa disposizione. Dunque, mentre i Codici di comportamento, di cui all'art. 6, comma 3, 'avallati' dal Ministero della giustizia, possono, al più, fungere da meri indicatori di idoneità preventiva, nella materia della sicurezza sul lavoro il legislatore sembra intenzionato a privilegiare la strada delle presunzioni di conformità, con l'intento evidente di mettere al riparo la *societas* dai rischi interpretativi giurisdizionali. A ben vedere, però, si è in presenza di strumenti che non paiono minimamente in grado di conseguire gli obiettivi per i quali sono stati predisposti.

I Codici di comportamento assolvono ad una funzione prevalentemente pedagogica: evocano i principi costitutivi del modello, le finalità preventive e le regole generali di comportamento, senza rilasciare una elencazione analitica delle cautele sostanziali rivolte a ridurre il rischio-reato. Si collocano, perciò, a metà strada tra il piano della mera enunciazione dei valori aziendali, fissati, di regola, nel codice etico, e il livello di dettaglio che deve contraddistinguere il modello adottato dalla società. Possiedono, dunque, una funzione orientativa, di indirizzo, sì che la valutazione sull'efficacia e sull'effettività del modello concretamente adottato dall'ente resta, in larga parte, affidata al giudice.

Quanto alle disposizioni di più recente conio, circoscritte alla materia della sicurezza sul lavoro, rischiano, per come formulate, di rivelarsi prive di operatività. Per ragioni logiche, prima ancora che giuridiche. La disposizione dell'art. 30 accorda alle linee-guida dell'INAIL e del *British OHSAS* lo statuto di documenti capaci di proiettare una valutazione di conformità ai modelli che li recepiscono, in sede di prima applicazione del t.u. A tacere del corrivo rinvio alla fase di "prima applicazione", basta scorrere tali documenti

---

<sup>(24)</sup> La norma prevede che i modelli possono essere adottati sulla base di Codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti: tali modelli possono, poi, essere inoltrati al Ministero della giustizia, che, entro trenta giorni, può

avanzare osservazioni sulla loro idoneità. È evidente che, per come formulata, la norma non attribuisce al Ministero la capacità di cristallizzare una valutazione di idoneità preventiva che vanifica il potere discrezionale del giudice.

per comprendere che si è al cospetto di sistemi che delineano la struttura dell'organizzazione aziendale (sul versante degli apparati e dei flussi informativi), in vista dell'implementazione di una concezione 'sistemica' della politica della sicurezza sul lavoro. Che non può rilasciare, però, alcuna presunzione di conformità: l'idoneità e l'adeguatezza preventiva riguardano il sistema e la sua funzionalità, ma non, per fare un esempio, il contenuto dei presidi cautelari che integrano il Documento di Valutazione dei Rischi. L'apprezzamento del Documento non potrà che rimanere di pertinenza del giudice<sup>(25)</sup>.

Le preoccupazioni sulla 'bontà' preventiva del modello non possono, dunque, trovare rimedio con 'improbabili' certificazioni. Peraltro, le strategie per venire a capo del nodo della valutazione di adeguatezza del modello hanno conosciuto una vistosa fioritura proprio in questi ultimi anni, quando, non è un caso, il decreto ha iniziato a mostrare la sua vitalità. Le proposte, di maggiore risalto, hanno trovato il modo di essere riversate in un disegno di legge del Ministero della giustizia<sup>(26)</sup>, affiancato da un altro, di origine parlamentare<sup>(27)</sup>, che muovono, specie il primo, in direzione di una riforma che privilegia dichiaratamente un paradigma imputativo ad "iscrizione certa", in cui si assiste ad una sostanziale estromissione del giudice nella valutazione di adeguatezza della "statica" del modello. Analoga finalità impronta l'altra proposta di legge, che, tuttavia, lascia un pertugio al sindacato del giudice<sup>(28)</sup>.

Tra le due proposte di riforma, è senz'altro quella di derivazione ministeriale a convogliare le più significative suggestioni. La *Hauptsache* della proposta sta, ancora una volta, tutta in una parola, che si atteggia come una formula magica: la "certificazione" della idoneità preventiva modello, alla quale il giudice deve prestare ossequio. Certificazione che si proietta – e non poteva essere altrimenti – sulla 'statica' del modello, vale a dire sulla fase della sua progettazione ed adozione, mentre, per quanto concerne l'attuazione, persiste il potere del giudice di apprezzare l'adeguatezza del modello, ove questo non corrisponda a quanto certificato e, come recita la norma del ddl, siano sopravvenute significative violazioni delle prescrizioni che abbiano resa manifesta la lacuna organizzativa causa del reato per cui si procede. Gli effetti della certificazione consistono, in caso di regolarità della procedura di rilascio, nella esclusione della responsabilità dell'ente e nella impossibilità di applicare, in via cautelare, le sanzioni interdittive di cui all'art. 9, comma 2, d.lg. n. 231/2001, salvo che ricorrano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza. L'*iter* procedurale per il conseguimento

---

<sup>(25)</sup> Inoltre, la conformità non potrà in alcun modo attingere l'effettività del modello, che pertiene alla sua funzione diacronica ('dinamica'). Il modello – è risaputo – non è solo un'entità 'statica', ma pure 'dinamica', che, per essere concretamente testata, richiede lo svolgimento di accertamenti spalmati nel tempo, secondo scansioni predefinite, insuscettibili di esecuzione da parte di organismi come quelli individuati nella proposta di riforma. La disposizione, in definitiva, mostra come la forza vincolante delle certificazioni risulti poco più che virtuale.

<sup>(26)</sup> Il disegno di legge recepisce lo schema elaborato dall'AREL: il testo è consultabile su *DeJure*, 6/2010.

<sup>(27)</sup> Di iniziativa dell'on. Della Vedova (n. 3640), intitolato «Proposta di modifiche al decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231, recante "Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica a norma dell'art. 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300"».

<sup>(28)</sup> La proposta Della Vedova accorda efficacia esimente, fino a prova contraria, ai modelli definiti conformemente alle linee guida o ai Codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti. Nel prosieguo del lavoro, ci si confronterà, prevalentemente, con la proposta AREL, visto il suo recepimento da parte del Governo.

del 'salvacondotto' vede il Ministero della giustizia posizionarsi al centro del sistema: per un verso, è chiamato a somministrare, con regolamento, i criteri generali per il rilascio della certificazione di idoneità preventiva del modello, determinando il loro contenuto, anche sulla scorta dei Codici di comportamento redatti dalle associazioni di categoria; per altro e collegato verso, funge da ente di individuazione e di accreditamento dei soggetti deputati a rilasciare le certificazioni.

L'esito, che si profila, è chiaro: si punta ad una sostanziale 'burocrazizzazione/privatizzazione' della colpevolezza organizzativa dell'ente, che sfugge al temutissimo occhio del giudice penale, il cui compito degrada ad una funzione 'notarile', disarmato, com'è, dalla presunzione *iuris et de iure* che assiste l'idoneità preventiva del modello, sia pure nella sola dimensione 'statica'.

Si tratta di una proposta ricca di suggestioni, ma che tradisce vistosi fraintendimenti, di natura sistematica e politico-criminale <sup>(29)</sup>.

Colpisce, già a prima vista, la vistosa dissimmetria funzionale che verrebbe a crearsi con i criteri di accertamento della colpa nell'*Individualstrafrecht*, da sempre contraddistinto da una, per certi versi ineliminabile, tipicità 'aperta', talvolta 'somministrata' dal giudice (specie nelle ipotesi di colpa generica). Ad un simile giudizio per colpa nei confronti della persona fisica, se ne contrapporrebbe uno interamente conformato, per via burocratica, rispetto alla colpevolezza di organizzazione della *societas*, che aprirebbe il campo ad una frattura che insinua più di un dubbio in ordine alla sua coerenza sistematica.

Ma il fraintendimento più grave concerne un diverso profilo funzionale, che abbraccia proprio la compatibilità del sistema delle certificazioni con il contenuto della colpevolezza organizzativa dell'ente. Scrutiamo più da vicino questo profilo.

(a) Nel disegno di legge, il Ministero della giustizia si staglia alla stregua di un 'macrocefalo', che, nel contempo, si eleva a fonte di produzione delle cautele e ad ente di accreditamento. È davvero difficile individuare sulla base di quale *background* 'culturale' il Ministero possa ritenersi legittimato a governare gli strumenti di prevenzione del rischio reato. Per di più, una macrostruttura di tal fatta non può che assumere le sembianze di un ciclope lento ad adattarsi alla natura estremamente 'dinamica' della morfologia dei rischi reato da contenere. In definitiva, la carenza di "saperi" e la staticità dell'agire burocratizzato rischiano di consegnare la colpa di organizzazione e il correlativo piano della tutela dei beni giuridici nelle mani di quei soggetti privati (*lobbies*), che, meglio di altri, riusciranno a 'condizionare' l'apparato ministeriale. La colpa di organizzazione ne uscirebbe, pertanto, non soltanto burocratizzata, ma anche, intollerabilmente, 'privatizzata'.

(b) Non basta. Il retroterra culturale dei sistemi di certificazione denota una chiara incomunicabilità strutturale e funzionale con quello che assiste i criteri di progettazione ed implementazione della cautele delle organizzazioni complesse. La diversità di DNA non potrebbe essere più evidente.

1) La certificazione si impernia sul governo delle "regole tecniche", autorevolmen-

<sup>(29)</sup> Tra i primi, autorevoli commenti critici, v. FLICK, *Le prospettive di modifica del d.lg. n. 231/2001 in materia di responsabilità amministrativa degli enti: un rimedio peggiore del male?*, in questa rivista, 2010, p. 4032 ss.; MUCCIARELLI, *Una progettata modifica al d.lg. n. 231/2001: la certificazione del modello come*

*causa di esclusione della responsabilità*, in *Le società*, 2010, p. 1248 ss.; MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lg. n. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 3, 2011, p. 86 ss.

te definite dalla Corte costituzionale come «quelle previsioni elaborate sulla base di principi derivati dalle scienze esatte o dalle arti che ne sono applicazione»<sup>(30)</sup>. Inoltre, tali norme si contraddistinguono per il possesso di alcuni ‘marcatori’ procedurali e sostanziali, segnatamente:

i) rappresentano lo sviluppo dello stato dell’arte in relazione a prodotti, processi o servizi, fondato su comprovati risultati scientifici o sperimentali;

ii) sono messe a punto con la cooperazione di tutti gli attori, pubblici e privati, interessati;

iii) quando vengono recepite in norme, diventano “regole tecniche” e assumono la veste formale delle prime, soggiacendo al pertinente regime giuridico;

iv) godono, in genere, di una presunzione relativa (*iuris tantum*) di efficacia probatoria;

v) quando riguardano “sistemi”, cioè un insieme di elementi tra di loro correlati ed interagenti, finalizzati alla gestione di risorse e di processi, il giudizio di conformità si estende alla organizzazione del sistema, non interessando, per contro, il prodotto finito<sup>(31)</sup>.

Scorrendo tali ‘marcatori’, se ne ricava che lo scopo della certificazione consiste, in sostanza, nella ‘neutrale’ codificazione dello stato dell’arte, ancorata su presupposti cognitivi di natura scientifica e sperimentale.

La diversità ontologica e funzionale con il sistema della colpa di organizzazione, delineato nel d.lg. n. 231/2001, risalta a tutto tondo se si pone mente al fatto che, nel decreto, la progettazione delle cautele, fatta eccezione per alcuni settori in cui il rischio-reato rivela modalità di concretizzazione ‘tecnologiche’<sup>(32)</sup>, non affonda le radici in conoscenze scientifiche consolidate, predicibili e predeterminate, suscettibili di un rassicurante consolidamento cognitivo. Le cautele hanno come obiettivo la riduzione ragionevole di un rischio-reato che concerne ‘decisioni’ assunte da una pluralità di soggetti in contesti proceduralizzati. Latitano, perciò, leggi di natura che possano agevolare la ricostruzione postuma della catena causale secondo parametri scientifici. È, dunque, impensabile ricorrere, in questo ambito, ad una cristallizzazione delle cautele, per giunta blindata da una presunzione assoluta di idoneità preventiva, destinata a liberare il campo dalle verifiche del giudice, privatizzando d’imperio il giudizio per colpa<sup>(33)</sup>. L’estromissione del sindacato del giudice potrebbe porre delicatissimi problemi di compatibilità costituzio-

<sup>(30)</sup> C. cost., 14 marzo 1997, n. 61, in *Giur. cost.*, 1997, p. 634.

<sup>(31)</sup> Per un esame più ravvicinato di tali ‘marcatori’, v. ANCORA, *Normazione tecnica, certificazione di qualità e ordinamento giuridico*, Giappichelli, 2000; THIONE, *Qualità, certificazione, accreditamento: strumenti di progresso socio economico*, in *Ambiente e sviluppo*, 2005, p. 615 ss.; STRUKUL, *La certificazione di qualità come strumento di tutela del consumatore. Profili contrattuali e di responsabilità*, in *Obbligazioni e contratti*, 2009, p. 732 ss. Per un’analisi dei rapporti intercorrenti tra le “norme tecniche” e il modello di organizzazione, ex d.lg. n. 231/2001, v. EPIDENDIO-PASTORINO, *Norme tecniche, modelli di organizzazione e responsabilità degli enti operanti nel settore sanitario*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 1, 2009, p. 115 ss.

<sup>(32)</sup> Si pensi, per fare un esempio, ai reati informatici, in cui sono disponibili sistemi di protezione certificati. Per un’applicazione di “norme tecniche” in ambito sanitario, v. EPIDENDIO-PASTORINO, *Norme tecniche*, cit., p. 115 ss.

<sup>(33)</sup> Come si è anticipato (v. nt. 28), la proposta di riforma dell’on. Della Vedova prefigura una presunzione relativa (*iuris tantum*) di efficacia preventiva del modello, a condizione che lo stesso sia stato redatto in conformità con i Codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti. In questo caso, è il parametro conformativo a rivelare una intrinseca debolezza, atteso che i Codici di comportamento non rilasciano cautele dettagliate, ma si limitano a svolgere un ruolo pedagogico e orientativo, che si traduce, per lo più, nella elaborazione di disposizioni ‘generaliste’.

nale. Verrebbe a configurarsi, infatti, un autonomo statuto (sostanziale e processuale) della colpa di organizzazione della *societas*, che non è in grado di esibire alcun fondamento giustificativo, visto che le 'norme tecniche', a cui pretenderebbe di appellarsi, non sono in grado di calarsi, per manifesta incompatibilità, nei territori della *compliance* preventiva degli enti. Si sarebbe, perciò, al cospetto di una presunzione 'spuntata', malferma, che poggia i piedi su un'isola (la codifica dello stato dell'arte) che ... non c'è.

## 9. LINEAMENTI DEL PERCORSO DI 'POSITIVIZZAZIONE' DELLE CAUTELE

È fuor di dubbio che il problema della valutazione di adeguatezza delle cautele preventive esista e che, una volta assodata l'impercorribilità della via 'certificatoria', occorra comunque confrontarsi con esso per individuare le possibili soluzioni. Si è visto che, nel d.lg. n. 231, è il giudice il mediatore del conflitto, senza che, nell'attuale stadio di sviluppo della prassi, si sia stati capaci di ritagliare una paradigmatica che nei governi, in modo trasparente, i criteri di giudizio.

La strada verso la 'positivizzazione' delle cautele, che potrebbe essere utilmente intrapresa, deve, prima di tutto, muovere da un'opera di chiarezza sui rapporti che, già sul terreno del diritto penale 'individuale', intercorrono tra la 'colpa generica' e la 'colpa specifica', per poi riadattare le conclusioni al peculiare *milieu* empirico-criminologico che marca l'attività degli enti.

Va posto in risalto che la colpa specifica è funzionalmente 'altra' rispetto alla colpa generica: questo è – a nostro avviso – il primo irrinunciabile, ma non del tutto introiettato, punto di partenza. L'identità di struttura – la violazione di un obbligo di diligenza – non deve offuscare la diversità funzionale. La colpa generica è destinata a disciplinare le più comuni, quotidiane situazioni di rischio. Proprio per questo si fonda sul ricorso a norme esperienziali, che tendono ad orientare il comportamento secondo criteri di normalità.

Opposta è la filosofia cautelare che marca le regole positivizzate e le ragioni di tale diversità vanno ricercate proprio sul versante della loro genesi. Ci si affida, infatti, alla colpa specifica in presenza di rischi 'qualificati', che riguardano aree di attività sostanzialmente omogenee (si pensi alla circolazione stradale e alla materia antinfortunistica) in cui la ripetitività dei comportamenti, la rilevanza dei beni in giuoco e l'affinarsi delle conoscenze consentono di proiettare una affidabile cornice nomologica in direzione dei giudizi di prevedibilità ed evitabilità dell'evento. In definitiva, la 'specificità' delle aree di rischio da disciplinare (riguardanti attività umane seriali e beni giuridici rilevanti) impone di ricorrere a dispositivi cautelari supportati da una piattaforma scientifica, che si affida alle più collaudate conoscenze.

È nostra convinzione che i rischi-reato, riferibili alla *societas*, non possano essere riversati nell'alveo di quelli 'comuni', da affidare al dominio della colpa generica. Essi abbracciano beni giuridici di ragguardevole spessore e coinvolgono decisioni ed attività seriali, proceduralizzate. Ciò che latita, ancora, è il consolidamento delle cautele: il loro processo di emersione e di confezionamento è *in progress*. Uno stato di incertezza – questo – per certi aspetti fisiologico, ma tale condizione di precarietà non legittima vie di fuga velleitarie, come quelle di improbabili certificazioni. Se davvero si vuole corrispondere alla (condivisibile) domanda di maggiore certezza 'orientativa' e 'applicativa', reclamata dagli enti, occorre intensificare la produzione di regole, tenendo conto delle

peculiarità del contesto (decisioni adottate da organizzazioni complesse). Il profilo genetico della colpa specifica costituisce un utile punto di riferimento, a patto che lo si armonizzi con gli ulteriori elementi di 'specificità', che (contrad)distinguono la complessità della *societas*. Lungo questa direttrice, vengono in rilievo almeno due profili.

(a) Il primo attiene alla sfera 'cognitiva', presupposto indispensabile per forgiare cautele adeguate ed effettive. Si consuma, qui, una significativa frattura rispetto alla colpa penale 'individuale'. Il riferimento all'agente-modello individuale è inutilizzabile per manifesta inadeguatezza. Una 'mente collettiva', a condizione che sia ben organizzata, può conseguire prestazioni di gran lunga superiori rispetto a quelle 'richiedibili' all'agente-individuale. La nozione tradizionale di agente-modello, interamente ricavata dalle capacità di dominio e di controllo del singolo rispetto ad una situazione di rischio, risulta, in questo caso, ipodotata: si confronta, infatti, con una situazione di 'complessità', contrassegnata da una pluralità di apparati, in cui nessun individuo governa il processo decisionale. Occorre, allora, puntare alla creazione di una «macrostruttura preventiva (distribuzione di uomini lungo la filiera della gestione del rischio e predisposizione di modelli specifici di prevenzione)», che «si risolve (...) nella individuazione di altrettanti freni inibitori alla commissione di reati da parte della società»<sup>(34)</sup>. È, dunque, sulla macrostruttura che occorre impiantare la figura di un agente-modello collettivo destinatario di doveri di informazione, di adeguamento e di prevenzione, che devono tenere in considerazione la sue superiori capacità rispetto a quelle individuali.

(b) Il secondo profilo concerne il contenuto delle cautele, che, analogamente alla colpa 'individuale', sono orientate al contenimento di ben specifiche cornici di rischio. Ma l'assonanza termina qui. Il rilievo del fenomeno organizzativo fa sì che, come si è notato sopra, le regole cautelari, in una organizzazione complessa, fanno segnare la compresenza di tre concorrenti tipologie: procedimentale, sostanziale e di controllo.

La possibilità di pervenire ad una formalizzazione del processo di elaborazione delle regole cautelari, in contesti organizzativi complessi, che consenta all'ente, nella fase di auto-organizzazione preventiva, di poter contare su un catalogo sufficientemente testato di cautele, richiede un approccio metodologico di taglio squisitamente induttivo. A distanza di dieci anni dall'entrata in vigore del d.lg. n. 231/2001, più che attardarsi nella redazione di 'generici' codici di comportamento, ci si dovrebbe decisamente orientare in direzione della positivizzazione di protocolli cautelari imperniati sulle *best practices*. Detto in altre parole, le associazioni rappresentative degli enti dovrebbero implementare indagini conoscitive sul grado di sviluppo e di evoluzione dei modelli. Una indagine, si badi, da eseguire secondo gli schemi di un'azione procedimentalizzata (diretta ad individuare, prima, e a formalizzare, poi, le cautele), segnata dalle seguenti scansioni:

- 1) in primo luogo, le associazioni rappresentative dovrebbero sollecitare la *discovery* dei modelli e dei protocolli adottati dagli enti che svolgono omologhe attività a rischio;
- 2) successivamente, procedere ad una valutazione critica dei diversi livelli di *compliance*, allo scopo di reperire, con l'ausilio di 'saperi' esperti (aziendalistici, societari e giuridico-penalistici), comuni *standard* cautelari, che risultino espressione delle 'superiori' prestazioni richiedibili ad un agente-modello collettivo;

<sup>(34)</sup> Così, PALIERO-PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione, in La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, p. 181.

2.1) la descritta operazione di individuazione e di formalizzazione delle cautele non potrà ignorare il *background* informativo, vale a dire la necessità che i protocolli realizzino un'osmosi sia con le migliori evidenze scientifiche disponibili, sia con gli indici qualitativi mutuati dal formante giurisprudenziale;

3) parimenti fondativo si rivela il riesame sistematico dell'effettività preventiva dei protocolli e delle conoscenze sui cui poggiano: dunque, è altamente raccomandabile l'instaurazione di flussi informativi che agevolino la circolazione dei 'saperi' ma anche degli errori, compagni di viaggio delle attività organizzate.

In modo non troppo dissimile da quanto avviene nell'ambito della colpa professionale del medico <sup>(35)</sup>, governata dai protocolli terapeutici, le associazioni di categoria potrebbero, quindi, puntare al confezionamento di modelli e protocolli 'pilota', destinati a veicolare la nervatura delle cautele, sempre suscettibili, poi, di integrazioni di 'dettaglio', dovute alle peculiarità organizzative ed operative di ciascun ente.

Una volta reperite e censite regole cautelari "pilota", appare plausibile conformare l'accertamento del giudice. Gli viene, infatti, messo a disposizione un catalogo di cautele, con il quale è chiamato a confrontarsi: sarà libero di discostarsene, se crede, ma, in questo caso, dovrà rilasciare convincenti (e "rinforzate") motivazioni.

Si tratta, inutile negarlo, di un percorso difficile, ma intriso di elementi di (stimolante) novità, capaci di fornire un rinnovato impulso allo studio della colpa nei contesti organizzativi complessi.

---

<sup>(35)</sup> Cfr., in proposito, DI LANDRO, *La colpa medica il confronto con il sistema civile*, Giappichelli, 2009, negli Stati Uniti e in Italia. *Il ruolo del diritto penale e passim.*

