



UNIVERSITÀ DI PISA

Dipartimento di Giurisprudenza

corso di laurea specialistica in "Giurisprudenza"

**“MODELLI DI ORGANIZZAZIONE EX
D.LGS. N. 231/2001 E PREVENZIONE DEI
RISCHI”**

Relatore

Chiar.ma Prof.ssa Michela Passalacqua

Candidato

Francesco Bassotti

Anno Accademico 2013/2014

DEDICATO A ,

*Nella vita impariamo prima a parlare, poi a leggere, poi a scrivere.
In seguito, iniziamo a lasciare il gioco per incamminarci nell'avventura del
crescere,
studiamo, ci diplomiamo, ci laureiamo, poi lavoriamo.
Cambiamo, diventiamo persone che comunicheranno con i libri,
diventiamo persone che scriveranno cantando,
infine, ci saranno persone che leggeranno negli occhi degli altri.
Per quelli che leggeranno gli occhi non ci sarà gioia più grande se non quella
di riuscire ad illuminare gli sguardi altrui almeno una volta.
Ecco perché oggi festeggerò,
riesco a vedervi, oggi è il giorno in cui posso vedere i Vostri sguardi colmi di
gioia e di orgoglio per quel figlio che da bambino si è fatto sempre più Uomo.*

Alla mia famiglia, con immensa gratitudine.

Pisa, 10 luglio 2014

MODELLI DI ORGANIZZAZIONE EX D.LGS. 231/2001 E PREVENZIONE DEI RISCHI

INDICE

INTRODUZIONE	I
--------------------	---

CAPITOLO PRIMO

“*SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST*”: SUPERAMENTO DEL BROCARDO LATINO

1. Premessa.	1
2. Principi generali: il “microcodice”.	10
3. Attribuzione della responsabilità amministrativa.	20
3.1. I criteri di attribuzione: “il piano Oggettivo”	24
3.2. (Segue): “il piano Soggettivo”	39

CAPITOLO SECONDO

I REATI PRESUPPOSTO E L'ART. 25- *UNDECIES*: UNA RESPONSABILITÀ INEVITABILE PER L'INDUSTRIA?

1. Introduzione: i Reati Presupposto.....	50
2. Il procedimento di accertamento.	58

2.1. L'ente come imputato.....	64
3. L'introduzione dei <i>reati ambientali</i> e la connessa responsabilità amministrativa degli enti.	69
3.1. Applicazione dell'articolo 25- <i>undecies</i>	74
3.2. <i>Corporate Social Responsibility</i> e sistemi di controllo ambientale.....	81

CAPITOLO TERZO
**DAI COMPLIANCE PROGRAMS ALLA
CORPORATE GOVERNANCE**

1. Il modello anglosassone dei <i>Compliance Programs</i>	92
2. L'evoluzione della <i>Corporate Governance</i>	98
2.1. Il <i>Sarbanes Oxley Act</i>	108
2.2. Influenze del <i>SOX</i> sulla legislazione degli altri Stati.....	116
3. Il problema dell'importazione dei <i>Compliance Programs</i> nell'ordinamento italiano	118

CAPITOLO QUARTO
**MODELLI ORGANIZZATIVI DI GESTIONE
E VALUTAZIONE DEL RISCHIO**

1. I rischi delle società – la <i>Società del rischio</i>	127
2. Il Rischio di “ <i>Non-Compliance</i> ” nel complesso sistema dei rischi d’impresa.....	131
2.1. La mappatura dei Rischi	133
2.2. (Segue): L'individuazione dell'area di rischio	137
3. I modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo ai sensi del D.lgs. n. 231/2001	141

3.1. Configurazione dell'Odv nei modelli organizzativi	151
4. Il sistema di <i>Control Governance</i>	156
4.1. Modelli di organizzazione e Sistema integrato di gestione dei rischi	162

CONCLUSIONI	VI
-------------------	----

BIBLIOGRAFIA	XIII
--------------------	------

I N T R O D U Z I O N E

A tredici anni esatti dall'ingresso nel nostro ordinamento della cosiddetta *Responsabilità Amministrativa degli Enti*, per opera del noto D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, sembra, a parere di chi scrive, che tale tema non sia destinato, almeno per i prossimi anni, a non far parlare di sé.

Il compito di questo studio sarà quello di tradurre in chiave giuridica quella prassi imprenditoriale che oggi è nota con il nome di *Risk Management*. Per cercare di raggiungere un così alto obiettivo, si ricostruirà l'iter legislativo che ha portato all'introduzione dei *Modelli di Organizzazione e gestione dei Rischi*.

La comparazione con gli ordinamenti di *common law*, unita all'esperienza di taluni Stati membri dell'Unione, ci permetterà di

capire come le prassi internazionali ci abbiano aiutato a superare il vincolo dettato dal brocardo latino del *Societas delinquere non potest*.

Ripercorso tale *iter*, a cui si deve l'emanazione della legge delega n. 300 del 2000, si passerà all'esame dei principi cardine di questo "microcodice" che è stato racchiuso nel corpo del D. lgs. n. 231/2001 agli articoli 1), 2), 3) e 4). Tale analisi ha permesso di arricchire l'elaborato con i contributi espressi dalla dottrina in questi anni. In realtà, possono muoversi critiche alle scelte espresse dal legislatore delegato, soprattutto, si dirà, sotto il profilo del *nomen iuris* scelto.

Superata questa fase di inquadramento a livello di diritto sostanziale, ci si è posti l'obiettivo di circoscrivere l'ambito di applicazione della disciplina della responsabilità degli enti. In questo caso, i limiti espressi dal legislatore delegato sono stati recepiti positivamente, distinguendosi tra criteri oggettivi di attribuzione e criteri soggettivi.

Tra i primi, si può denotare l'evolversi dei concetti di *Interesse* e *Vantaggio* che l'ente ricava dal verificarsi del reato presupposto. Invece, sotto il profilo soggettivo, o meglio, sotto il profilo di

qualifica all'interno dell'ente del soggetto cui è imputabile il reato da cui viene fatta risalire anche la responsabilità dell'ente, apprezzeremo la definizione di *Soggetti Apicali e Sottoposti*. Bisogna ricordare, infatti, che tale disciplina nasce per mitigare i crimini dei cosiddetti *Colletti Bianchi*.

Proseguendo con la trattazione, facendo riferimento agli articoli 24 e 25 del D.lgs. 231/2001, vedremo come da un'ipotesi iniziale ristretta, in cui venivano ascritti all'ente a titolo di responsabilità solo poche fattispecie, si è rapidamente passati ad un corposo ampliamento di tali ipotesi, sino all'inserimento dell'articolo 25 *duodecies* operato dal legislatore con il D. Lgs. del 16 luglio 2012, n. 109. Da questo *modus operandi* si evidenzierà come il legislatore abbia scelto, in origine, di non avvalersi dei poteri collegati alla legge delega, introducendo nel tempo nuove fattispecie in forza di successivi, puntuali ed autonomi interventi legislativi.

Tra questi interventi successivi al D. Lgs. n. 231/2001, abbiamo scelto soffermarci, non potendo trattare tutte le fattispecie in tal sede, sull'articolo 25 *undecies* che disciplina il caso di connessione della responsabilità degli enti all'ampia gamma dei

reati ambientali. Tale inserimento, resosi necessario per rispettare gli impegni sanciti dalla Direttiva n. 2008/99/CE e la connessa Direttiva n. 2009/123/CE (che modificava la Direttiva 2005/35/CE) si è concretizzato con l’emanazione del D. Lgs. n. 121/2011. In particolare, la prima direttiva sopra richiamata risultò molto importante per l’aver imposto agli Stati membri di approntare sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive in relazione a condotte offensive dell’ambiente. Rispetto a tutte le altre ipotesi presenti nel decreto, il caso dei reati ambientali è stato scelto, non tanto per le sue complessità di diritto sostanziale in tema penale, bensì per il sistema di *Risk management* che deve essere attivato da tutti gli enti che potrebbero impattare negativamente sull’ambiente in virtù della propria attività.

Proprio sulla scia della responsabilità *ex* articolo 25 *undecies*, si procederà all’individuazione dell’ultimo punto d’interesse di questo studio, volto a considerare la responsabilità amministrativa degli enti come una “tecnica anticipativa del rischio”, intesa come risposta diretta alle esigenze di prevenzione e quindi ad un’anticipazione della tutela, di cui, come si dirà, i *Modelli organizzativi ex D.lgs. n. 231/2001* costituiscono una delle più

efficaci espressioni.

In definitiva, il filo conduttore della trattazione sarà rinvenuto nell'analisi dei profili di rischio, espressa nella creazione dei *modelli organizzativi e di gestione dei rischi* stessi, il tutto sotto la lente di un legislatore sempre più attento alla prevenzione dei reati che potrebbero essere scongiurati grazie ad una gestione dei rischi più efficace, nonché necessaria.

CAPITOLO PRIMO

“*SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST*”: IL SUPERAMENTO DEL BROCARDO LATINO

SOMMARIO: 1.Premessa.-2.Principi Generali: il “Microcodice”.-3.Attribuzione della responsabilità amministrativa.-3.1.I criteri di attribuzione della responsabilità: “il piano oggettivo”.-3.2. (Segue): “il piano soggettivo”.

1. Premessa

In relazione al Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231, molteplici sono le complessità che si presentano sin da subito all’occhio dello studioso. Il legislatore, infatti, riconoscendosi portatore di nuove correnti extranazionali¹, ha introdotto nel nostro

¹La Legge Delega n. 300/2000 ha ratificato la Convenzione OCSE, del 17 settembre 1997, sulla lotta alla corruzione di Pubblici Ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali a cui si deve aggiungere la responsabilità delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica (in specie l' articolo 2 della Convenzione sancisce: “*ciascuna parte deve adottare tutte le misure necessarie, secondo i propri principi giuridici, per stabilire la responsabilità delle persone giuridiche in caso di corruzione di un pubblico ufficiale straniero*”. Con la succitata legge è stata altresì ratificata la Convenzione sulla tutela finanziaria della Comunità Europea, siglata a Bruxelles

ordinamento una forma di responsabilità delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni per i reati commessi nell'interesse o a profitto dell'ente collettivo. Tale evoluzione legislativa ha determinato il *tramonto*^{2 3} del tradizionale principio contenuto nel brocardo latino

il 26 luglio 1995, a cui seguì un secondo protocollo (l' articolo 3 secondo Protocollo Addizionale del 19 giugno 1997) dove veniva espressamente prevista l'introduzione della responsabilità delle persone giuridiche per i delitti di frode, corruzione attiva e riciclaggio di denaro, consumati o tentati da determinati soggetti a beneficio delle persone giuridiche stesse. L'Italia, pur non avendo ratificato il secondo protocollo addizionale, ne ha, di fatto, recepito i contenuti con la Legge delega 300/2000 ed il successivo D.lgs. 231/2001.

²Condurrebbe su un terreno accidentato e comunque lontano dal tema di indagine prescelto soffermarsi compiutamente sulle argomentazioni che militano contro o a favore dell'introduzione di una responsabilità "penale" a carico degli enti e sui molteplici argomenti adottati per sostenere le plurime e diversificate tesi che si sono sviluppate in materia. Tale tema non è stato mai ignorato dalla dottrina penalistica, come dimostrato dalla gran quantità di letteratura presente sul caso, sul punto si apprezza l'approccio analitico perseguito da F. Bricola sull'analisi del costo del principio di irresponsabilità degli enti nel diritto odierno (BRICOLA, *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, pag. 951 ss.).

³Gran parte della dottrina è tuttora profondamente restia a legittimare il principio *societas delinquere et puniri potest* nel nostro sistema, cfr. per tutti ROMANO, *societas delinquere non potest*, (Nel ricordo di Franco Bricola), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pag. 1031 e ss.. Come è noto, nell'ordinamento italiano il divieto di responsabilità penale delle società discende dall'articolo 27 della Cost., che sancendo il principio della personalità della responsabilità penale ed il principio rieducativo della pena esclude la persona giuridica dall'area delle sanzioni penali. Per una panoramica sulla situazione della scienza penalistica italiana si rinvia a ALESSANDRI, *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, Giuffrè, Milano 1984, pag. 63 ss.; ID., *Articolo 27 comma 1 Cost.*, in *Commentario della Costituzione, Rapporti Civili*, 1991, pag. 50 e ss.; DE VERO, *La responsabilità dell'ente collettivo dipendente da reato: criteri di imputazione e qualificazioni giuridiche*, in GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, pag. 46 e ss.; DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito dell'ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pag. 1160 ss.. Per una ricostruzione del dibattito dottrinale cfr. anche PALIERO, *Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente nell'ordinamento penale italiano*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, pag. 1173 ss.

La dottrina che propende per l'irresponsabilità penale delle persone giuridiche richiama innanzitutto la teoria della cosiddetta *finzione (Fiktionstheorie)*, concettualizzata dagli esponenti della scuola storica tedesca, in particolare da *Friedrich Carl Von Savigny* che ne è il principale assertore, nella prima metà del XIX secolo. Perno di questa teoria è l'affermazione che senza la volontà dello Stato non esistono persone giuridiche come possibili soggetti di diritto. Si parte dal postulato giusnaturalistico che ogni diritto soggettivo ha come fonte la libertà morale da ogni uomo posseduta, perciò il concetto di persona come portatore (*Trager*) o soggetto di diritti (*Rechtssubjekt*) deve assolutamente coincidere con il concetto di uomo. Savigny ammise che questa

capacità potesse essere estesa “ad un qual cosa” (*auf irgend Etwas*) e questo “qual cosa” fu identificato nelle persone giuridiche, intese come “soggetti artificiali”, creati “per semplice finzione”. Secondo quest'imposizione, dunque, la *fictio* è uno strumento tecnico che *solo* il legislatore può manovrare. In altre parole, oltre alla persona fisica, che vive al centro dell'ordinamento giuridico, non esistono altre entità titolari di diritti e di obblighi «se non per volontà del legislatore», il quale, «finge in un'associazione di uomini o in un insieme di beni l'esistenza di un'unità, considerata anch'essa persona e come tale assunta a soggetto di diritto» (ORESTANO, *Persona e persone giuridiche nell'età moderna*, in *Azioni, diritti soggettivi, Persone giuridiche*, 1978, pag. 209 ss.). Questo *escamotage* tecnico di personificazione della persona giuridica nella persona fisica non deve però far cadere nell'equivoco di ritenere che esista una parificazione totale, una confrontabilità sullo stesso piano, tra enti morali e persone fisiche. Infatti, le persone giuridiche hanno sì una capacità giuridica, ma *non* sono provviste di capacità di agire. Perciò, le persone giuridiche hanno sì una soggettività, ma è “perennemente dimezzata” (FALZEA, *La responsabilità penale della persona giuridica*, in AA.VV. *La responsabilità penale delle persone giuridiche in diritto comunitario*, Milano, 1981, pag. 149).

Un ulteriore argomento che ha favorito la tesi dell'irresponsabilità è quello di tipo *antropocentrico*, orientato sull'essenza personalistico-spirituale della responsabilità penale: «il diritto penale è fatto per l'uomo», ossia per un soggetto pensante, con intelligenza creatrice e previdente, con la facoltà di determinarsi liberamente. Le persone giuridiche sono dunque *fuori* dagli obiettivi del legislatore penale, ne è prova il fatto stesso che le disposizioni del codice penale hanno come destinatari gli individui. La presenza nel codice penale dell'articolo 197 con cui si prevede per le persone giuridiche soltanto un'obbligazione *civile* sussidiaria ne è un esempio. In merito è stato precisato (DOLCINI, *Pene pecuniarie e principio costituzionale di uguaglianza*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1972, pag. 426) come l'articolo 197 c.p. miri ad “aggirare” il principio *societas delinquere non potest*, colpendo solo indirettamente le società; «una sorta di *Haftung* per il soddisfacimento dell'obbligazione *ex delicto* di natura pecuniaria» (PALIERO, *Criminal liability of corporation-Italy*, traduzione di, DE DOELDER e TIEDEMANN (a cura di), *La criminalisation du comportement collectif, Criminal liability of corporation, XIVe Congrès international de droit comparé*, Kluwer Law International, 1996, pag. 255).

Nonostante quanto appena visto, ad oggi, l'obiezione più grande alla legittimazione di una responsabilità penale delle persone giuridiche si fonda sul contrasto con il principio costituzionale del carattere “personale” della responsabilità penale, tanto da essere tuttora considerato come «un ostacolo insuperabile». Le ragioni di questo argine invalicabile che di fatto concede alla *societas* più aggressiva e spregiudicata la rete delle immunità sono da tempo ribadite con assertorietà ed autorevolezza. Il diritto penale ha sempre posseduto «un innegabile impronta etica». Prima ancora che sulla colpevolezza, il concetto di personalità della responsabilità penale presuppone «un insieme di fattori fisico-psichici identificabili solo in capo a persone fisiche» (ROMANO, *Societas delinquere non potest* (nel ricordo di Franco Bricola), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1031 ss). L'imputazione penale presuppone perciò, necessariamente, «una persona» con «una storia individuale» (in questo senso, ALESSANDRI, *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, Giuffrè, Milano, 1984, pag. 58) che si rifletta nella realizzazione del reato. Viceversa, se si accogliesse il principio della responsabilità penale delle imprese «ne uscirebbe irrimediabilmente vulnerato il volto personalistico dell'illecito penale» che emerge dai commi 1 e 3 dell'articolo 27 Cost.. La persona giuridica, non essendo un individuo, non avendo una mente, è incapace di agire con dolo o con colpa e di percepire il carattere afflittivo insito nel rimprovero penale, e ancora, la mancanza di una struttura fisica umana, che consenta di operare valutazioni sul suo passato e prognosi sul suo futuro, è altresì incompatibile con il finalismo educativo della pena (ALESSANDRI, *Articolo 27*, cit., pag. 147). In conclusione, il principio di colpevolezza, definitivamente sancito con la sentenza costituzionale n. 364 del 1988, non consente sostituzioni tra il soggetto che ha realizzato il reato e quello che ne subisce le conseguenze penali.

“*Societas delinquere non potest*”, in favore del nuovo principio “*Societas puniri potest*”, il tutto in un'ottica di rafforzamento della repressione dei crimini dei cosiddetti “*colletti bianchi*”⁴. In sintesi, le ragioni poste a fondamento del principio “*societas delinquere et puniri non potest*” si radicano nella convinzione che tale tipo di responsabilità trovi fondamento su requisiti fisico-psichici (basti pensare all'imputabilità intesa come capacità di intendere e di volere, alla *suitas* della condotta come dominabilità della stessa, al dolo ed alla colpa) e che la sanzione penale, necessariamente, incide, in larga parte, sulla libertà personale, risultando così incompatibile (anche sotto il profilo funzionale rieducativo) con soggetti non persone fisiche. A questo si aggiunge la convinzione che i principi costituzionali della responsabilità penale personale, inteso come responsabilità per fatto proprio colpevole, e della finalità rieducativa della pena, sanciti

Ad abundantiam bisogna ricordare che, sempre contro la previsione di una responsabilità penale della persona giuridica, l'applicazione di una pena alla persona giuridica ricadrebbe ingiustificatamente su terzi incolpevoli (soci innocenti che concorrono a formare la persona giuridica, ma che non sono coinvolti nelle delibere o ne sono dissenzienti) con palese deviazione del principio consolidato in base al quale «ciascuno deve subire le conseguenze dei propri atti» (sull'effetto “rimbalzo” su terzi innocenti di sanzioni come le pene pecuniarie e lo scioglimento dell'associazione cfr. PALAZZO, *Associazioni illecite e illeciti delle associazioni*, in *Riv. it. Dir. Pen e proc.*, 1976, pag. 443).

⁴In specie, varrà rilevare come questo importante testo normativo attribuisca una responsabilità di natura colposa in capo alla società, cd. *Colpa organizzativa*

dall'articolo 27 Cost., costituiscono un ostacolo “insormontabile” all'ammissibilità di una responsabilità penale delle persone giuridiche. In altri termini, sia il complessivo profilo penalistico dell'illecito penale in sé, sia i principi costituzionali che governano la responsabilità penale ostano al riconoscimento del principio *societas puniri potest*.

Di contro, le tesi poste a sostegno della possibilità e della opportunità di introdurre una forma di responsabilità “penale” delle società muovono da considerazione di matrice politico-criminale, secondo le quali si deve riconoscere che l'impresa è un centro capace di generare e di favorire la commissione di fatti penalmente rilevanti – assunto dimostrato dall'incremento della criminalità del colletto bianco, dallo sviluppo della criminalità del profitto e dall'incedere di forme di illiceità tipiche della società del rischio – dei quali deve essere, conseguentemente, chiamata direttamente a rispondere. Infatti, «se la persona giuridica è costruita dall'ordinamento come soggetto capace di agire, di esercitare diritti, di assumere obblighi, di svolgere attività da cui trae profitto, ovviamente per il tramite di persone fisiche

agenti per l'ente, è nella logica di tale istituto che all'ente possa essere ascritto sia un agire lecito che un agire illecito, realizzato nella sfera di attività dell'ente stesso»⁵. In altri termini, si sostiene che se le categorie penalistiche non risiedessero in una dimensione prettamente “individualistica”, sorretta da connotati etici, le costanti criminologiche che spingono in direzione di una criminalizzazione della *societas* potrebbero trovare un'adeguata formalizzazione penalistica, ricorrendo a categorie che permettano di tipizzare sia i criteri di imputazione oggettiva e soggettiva dell'illecito all'ente, che un catalogo di sanzioni funzionali agli obiettivi di prevenzione generale e speciale⁶.

Nonostante le premesse, introdotte *supra*, che hanno acceso il

⁵Cfr. PULITANÒ, *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. Dir.*, agg., VI, 2002, pag. 957.

⁶Le tesi favorevoli alla costruzione di un sistema penale della responsabilità giuridica si basano sulla teoria della cosiddetta *realtà* (teoria *organica*), tematizzata da Von Gierke, un altro esponente della scuola tedesca, che si contrappone nettamente a quella della *finzione* (Savigny). Quest'impostazione cerca di considerare le persone giuridiche come altrettanti “organismi naturali” (da qui *teoria organica*), al pari dell'uomo, esse avrebbero un'esistenza altrettanto naturale e reale in base alla quale avrebbero già di per sé i caratteri della giuridicità, indipendentemente dall'atteggiamento del legislatore e dalle norme statuali nei loro confronti, ossia senza bisogno di ricorrere ad analogie o finzioni. La persona fisica non è più la sola realtà esistente nel mondo normativo e gli enti collettivi non devono essere ritenuti solo come una proiezione della persona fisica, bensì come una precisa autonoma *realtà* nell'universo delle relazioni umane. Come le persone fisiche, anche le persone giuridiche hanno una volontà propria, interessi che trascendono quello singolo dei loro rappresentanti, pertanto possono commettere reati, sono e devono essere responsabili per l'agire dei loro organi e devono subirne le conseguenze, di qualunque natura si manifestino (cfr. LONGHI, *La persona giuridica come soggetto di responsabilità penale*, in *Riv. Pen.*, 1906, pag. 410 ss.)

dibattito giuridico sulle evoluzioni del diritto penale societario e i molteplici dubbi che ha ingenerato nel nostro ordinamento, la costruzione operata dal legislatore del D.lgs 231/01 sembrava seguire un procedimento logico-deduttivo abbastanza lineare. Difatti, la fattispecie incriminatrice scaturisce dalla mancata adozione e/o attuazione di un valido modello di organizzazione e gestione volto a evitare la perpetrazione del reato posto in essere dalla persona fisica in favore dell'ente.

Nominalmente tale responsabilità è classificata come amministrativa, tuttavia, i numerosi ed espressi richiami del legislatore alla disciplina penalistica, ne celano, in realtà, una natura intrinsecamente penale.

Proseguendo con una lettura più approfondita del Decreto, è opportuno svolgere alcune considerazioni di carattere generale suggerite dalla tecnica legislativa seguita da Parlamento e Governo nel varare un corpo normativo del tutto nuovo⁷. Il legislatore delegante, forse nell'intento di dare corso immediato ad impegni internazionali

⁷Come abbiamo visto non è da sottovalutare la pressione subita per conformarsi agli impegni internazionali presi, richiamati nella rubrica della legge n.300 del 2000: "Ratifica ed esecuzione dei seguenti Atti internazionali elaborati in base all'articolo K3 del Trattato sull'Unione Europea [...]"

che apparivano al momento cogenti e non procrastinabili, mentre si curò di precisare i tempi e i criteri direttivi (*ex. artt. 76 e 77 Cost.*) in relazione ai profili di “diritto punitivo sostanziale”, non si preoccupò di indicare principi e criteri direttivi in ordine ai profili di “accertamento” dei presupposti concernenti la Responsabilità amministrativa degli enti.

A tal riguardo basta rivedere l'articolo 11 della legge n. 300 del 2000 che contiene appunto la “Delega al Governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica”.

All'analitica previsione di tutti gli istituti di diritto punitivo sostanziale si contrappone la laconicità delle norme che riguardano le fasi del procedimento di accertamento della responsabilità stessa, infatti, sintetizzate nelle sole due norme, di cui le lettere o) “*prevedere che le sanzioni di cui alla lettera l) sono applicabili anche in sede cautelare con adeguata tipizzazione dei requisiti richiesti*” e q) “*prevedere che le sanzioni amministrative a carico degli enti sono applicate dal giudice competente a conoscere del reato e che per il*

procedimento di accertamento della responsabilità si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni del codice di procedura penale, assicurando l'effettiva partecipazione e difesa degli enti nelle diverse fasi del procedimento penale”.

Sulla base di quanto appena detto, diventa facile osservare che, mentre per gli aspetti di diritto sostanziale il compito del legislatore delegato sia stato facilitato in quanto solidamente sorretto da precise direttive del legislatore, per gli aspetti relativi all’“accertamento”, al medesimo legislatore delegato, in assenza di una preponderante presa di posizione del legislatore delegante, sarebbe potuta venire la tentazione di operare scelte tecniche di non facile applicazione. E così è avvenuto, come si evince dalla semplice lettura del capo III del D.lgs. 231/2001 dedicato al “*procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni amministrative*”⁸.

In quest'atmosfera di “incertezze normative” e di ritardata risposta imprenditoriale è iniziata l'opera di elaborazione giurisprudenziale a seguito di alcuni clamorosi casi giudiziari che hanno, da subito, evidenziato le lacune dell'impianto normativo e la

⁸Si veda, *infra*, capitolo II, par. 2.

necessità di un apporto della giurisprudenza a colmare le prime.

2. Principi generali: “il microcodice”

Il passaggio ad una cosiddetta “*Economia 2.0*”⁹ ha dunque permesso l'introduzione, grazie ad una forte presa di posizione coadiuvata da coraggiose scelte tecnico-giuridiche, di un nuovo istituto che cancella secoli di esperienze penalistiche che fino a quel momento vedevano come loro principio cardine l'insegnamento chiaro secondo cui il reo, sotto il profilo del diritto penale sostanziale, e l'imputato, sotto quello del diritto processuale penale, erano sempre identificati in una *persona fisica* e mai in altre entità.

Quasi improvvisamente, il legislatore si è dovuto cimentare con una categoria penalistica nuova della quale aveva percepito solamente “echi” in taluni auspici da parte di quella dottrina d'avanguardia che, senza successo già dagli anni '60-'70, aveva ben capito come il diritto

⁹Cfr. King, Schulz, *Invisible Wealth, the hidden story of how markets work*, New York, London, Encounter Books, 2009. La versione italiana di questo volume è stata tradotta con “*Economia 2.0, il software della crescita*” ed è liberamente consultabile sul sito <http://www.Brunoleoni.it/nextpage.aspx?codice=1149>.

Il libro di Arnold King e Nick Schulz esamina l'evoluzione del sistema economico produttivo contemporaneo, americano ed europeo, cercando le ragioni di un'identità e di un progetto sulla base delle continue e grandi trasformazioni degli ultimi anni.

penale dovesse essere destinato ad aprirsi a “nuovi orizzonti”, passando dal diritto penale della persona fisica al diritto penale della persona giuridica.

Una volta mosso il primo passo verso un tale salto “evolutivo”, che rompeva con la tradizione, ma consentiva all'Italia di allinearsi ad altri ordinamenti presso i quali tale scelta era già stata intrapresa e non aveva dato luogo a seri inconvenienti operativi, vari erano i profili che dovevano essere valutati e disciplinati in modo adeguato.

Il primo problema da affrontare e risolvere era quello di dare un “*nomen iuris*” alla neo introdotta forma di responsabilità. Le indicazioni provenienti dai testi delle convenzioni internazionali, la volontà di rompere con la tradizione e di superare l'ormai obsoleto principio espresso dal brocardo latino “*societas delinquere non potest*” e il desiderio di ricondurre la nuova forma di responsabilità nell'area del sistema penale, avevano fatto pronosticare che il legislatore fosse pronto ad usare un'espressione che riconducesse direttamente o indirettamente tale responsabilità alle categorie penalistiche.

Ciò nondimeno, il legislatore delegante prima, il legislatore

delegato in sede di decreto legislativo poi, hanno preferito, comprensibilmente, ispirarsi a maggior cautela ed hanno optato per un tipo di responsabilità definita come “amministrativa”¹⁰. In proposito, come suggerisce la Relazione Ministeriale, appare necessario fare subito una puntualizzazione. Tale responsabilità, poiché conseguente da reato e legata (per espressa volontà della legge delega) alle garanzie del processo penale, diverge in non pochi punti dal paradigma di illecito amministrativo ormai acclarato che viene fatto desumere dalla L. n. 689 del 1981^{11 12}. Con la conseguenza di dar luogo alla nascita di un “*tertium genus*”¹³ che coniuga i tratti essenziali del sistema penale con quello amministrativo nel tentativo di contemperare le ragioni dell'efficacia preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia.

Alla base di questa scelta fu senz'altro la volontà di evitare che una “responsabilità penale” delle persone giuridiche potesse

¹⁰Cfr. MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e interdizioni*, in *Diritto e Giustizia*, 2001, pag. 8 ss. L'autore definisce una cd. “*truffa delle etichette*” con riguardo al *nomen juris* scelto per la fattispecie di responsabilità attribuita all'ente.

¹¹Cfr. DE FEO, *Manuale dell'illecito amministrativo e depenalizzato*, Maggioli Editore, 2001, pag. 101.

¹²Cfr. LATTANZI, AGHINA e LUPO (a cura di), *Depenalizzazione: e nuova disciplina dell'illecito amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2001.

¹³Cfr. in APPENDICE 2, la Relazione Ministeriale 10 ottobre 2008, commento al d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231, punto 1.1

contrastare con taluni aspetti presenti nel sistema costituzionale penale¹⁴, ma al tempo stesso, nonostante la soluzione “salva etichette” adottata, il fatto che siano sorti molteplici dubbi su tale normativa è perché, nella sostanza non si può parlare di una vera e propria responsabilità amministrativa.

Un secondo aspetto che il legislatore avrebbe dovuto affrontare concerneva l'identificazione dei *Principi Generali* del sistema. Come per ogni corpo normativo introdotto negli ultimi anni, la presenza di un apparato definitorio risulta indispensabile dal momento in cui si vogliono rispettare i parametri di chiarezza e certezza in virtù di una notevole complessità dell'argomento trattato. Per il caso di specie, l'opportunità, nonché la necessità di collocare il corpo normativo in un sistema penalistico poteva concretizzarsi solamente nel momento in

¹⁴Sul punto si veda PADOVANI, *Diritto Penale*, IX edizione, Giuffrè, Milano, 2009, cap.IV, par.3.1, pag. 93. “E' controverso invece se la preclusione di una responsabilità penale degli enti assuma rilevanza costituzionale ai sensi dell'articolo27, comma 1, Cost. Una parte della dottrina lo nega, assumendo che il concetto di «responsabilità penale personale» non esclude quella degli enti. Pur intendendo la prescrizione costituzionale nel senso che la responsabilità penale è necessariamente colpevole (e non invece semplicemente nel senso che essa non possa riferirsi al fatto altrui), sarebbe pur sempre consentito di estendere la qualità di soggetto attivo del reato anche agli enti collettivi, perché, in base al rapporto di immedesimazione organica, i requisiti di colpevolezza riscontrabili nell'agente fisico-organo dell'ente dovrebbero considerarsi inerenti ad una attività «propria» dell'ente stesso. Per altri, invece, più fondatamente, riferire alla persona giuridica le conseguenze sanzionatorie di un'attività penalmente illecita compiuta dall'organo comporta pur sempre una scissione tra il soggetto autore della condotta e il soggetto della responsabilità, e quindi, in definitiva, una forma di responsabilità penale per fatto altrui, che è senza dubbio vietata dall'articolo27, comma 1, Cost.”.

cui si fosse ribadito che la responsabilità amministrativa degli enti era disciplinata in linea generale dagli stessi criteri rigorosi e di salvaguardia adottati per la responsabilità penale delle persone fisiche. Sulla base di questo dato di fatto il legislatore ha scelto di regolare il corpo degli articoli 1), 2), 3) e 4) del decreto legislativo in esame, i quali rappresentano i fondamenti di un vero e proprio “*microcodice*”¹⁵.

Al fine della trattazione del presente capitolo, tra i profili elencati precedentemente, si sceglie di analizzare in maniera più approfondita il secondo aspetto, ossia i principi generali di diritto sostanziale introdotti dal D.lgs 231. Come abbiamo avuto modo di vedere, i riflessi penali del decreto in esame sono notevoli e proprio con riguardo a questi è importante fornire delle argomentazioni ancor più specialistiche.

Il legislatore, nel suo *iter* redazionale del D.lgs. 231, si è preoccupato di stabilire che tutto il sistema della responsabilità amministrativa fosse rispettoso del *Principio di Legalità*, principio cardine del sistema penalistico. E' evidente, infatti, la matrice

¹⁵Cfr. GIARDA, *Principi Generali*, in GIARDA, MANCUSO, SPANGHER e VARRASO (a cura di), *Responsabilità “penale” delle persone giuridiche*, IPSOA, 2007, pag. 7 ss.

costituzionale della disposizione che figura all'articolo 2 del decreto¹⁶, da rinvenirsi nella proposizione normativa dell'articolo 25, comma 2 della Costituzione, in base al quale “*nessuno può essere punito se non in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso*”. La “*commissione del fatto*” di cui parla il menzionato articolo 2 deve essere intesa come la realizzazione di tutti gli elementi costitutivi, rintracciabili nel complesso del D.lgs. 231, che sono posti a base del giudice penale sia per l'affermazione della responsabilità amministrativa sia per l'applicazione delle relative sanzioni. Per dovere di completezza espositiva, come suggerisce ancora la Relazione Ministeriale, è doveroso richiamare, sempre in tema di impronta penalistica del decreto, l'attenzione sulla gravità delle conseguenze che la legge fa derivare dalla commissione dell'illecito. Conseguenze che possono spingersi fino alla chiusura definitiva dello stabilimento o all'interdizione definitiva dell'attività, sanzioni possiamo dire *capitali* per l'ente. Ecco che sulla base di quest'ultima considerazione, si comprenderà, allora, come in questo settore appaia più che mai viva

¹⁶Articolo 2 D.lgs.231/01: “*L'ente non può essere ritenuto responsabile per un fatto costituente reato se la sua responsabilità amministrativa in relazione a quel reato e le relative sanzioni non sono espressamente previste da una legge entrata in vigore prima della commissione del fatto*”.

l'esigenza, già diffusamente avvertita, di omogeneizzare i sistemi di responsabilità amministrativa e di responsabilità penale all'insegna delle massime garanzie previste per quest'ultimo, spingendo verso la nascita di un sistema punitivo che è *de facto* un *tertium genus*¹⁷ rispetto ad entrambi.

Avanzando con la lettura del Decreto in esame, un ulteriore aspetto di carattere generale riguarda l'identificazione esatta dei soggetti destinatari. L'articolo 1¹⁸ del D.lgs. 231/2001 vi provvede con sufficiente chiarezza e precisione, sono identificati gli enti per i quali è configurabile la responsabilità amministrativa, ossia, tutti quelli forniti di "Personalità giuridica" e nel caso di "società e associazioni anche prive di personalità giuridica". Il comma 3 dell'articolo 1 precisa che la nuova normativa non deve essere applicata "allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici, nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale".

¹⁷Cfr. in APPENDICE n. II, Relazione Ministeriale al D.lgs. 231/01, n. 3

¹⁸Articolo 1.Soggetti:

1. Il presente decreto legislativo disciplina la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato.

2. Le disposizioni in esso previste si applicano agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica.

3. Non si applicano allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale.

L'articolo 1, in sostanza, rappresenta la sintesi di due previsioni distinte contenute nella legge delega n. 300/2000¹⁹. Infatti, il comma 1 dell'articolo 11 identificava come destinatari della responsabilità amministrativa le persone giuridiche, le società, le associazioni od enti privi di personalità giuridica a patto che non svolgessero “funzioni di rilievo costituzionale” , mentre il comma 2, sempre dell'articolo 11 della legge delega, precisava opportunamente che per persone giuridiche dovevano intendersi gli enti forniti di personalità giuridica ad esclusione però dello Stato e degli “altri enti pubblici che esercitano pubblici poteri”.

Dal combinarsi delle due disposizioni, il legislatore delegato doveva circoscrivere l'ambito di responsabilità dell'ente nei seguenti termini.

Come spiega dettagliatamente la Relazione Ministeriale, l'inequivoca volontà della delega di estendere la responsabilità anche a soggetti sprovvisti di personalità giuridica ha suggerito l'uso del termine “ente” in luogo del civilistico “persona giuridica”. Quanto poi

¹⁹Cfr. in APPENDICE I, Articolo 11 Legge 29 settembre 2000 n. 300, contenente la delega legislativa.

agli enti "a soggettività privata" non dotati di personalità giuridica, la scelta ben si comprende da un punto di vista di politica legislativa, dal momento che si tratta dei soggetti che, potendo più agevolmente sottrarsi ai controlli statali, sono a "maggior rischio" di attività illecite ed attorno ai quali appare dunque ingiustificato creare vere e proprie zone di immunità.

Allo scopo di contenere tale rischio, il delegato – nell'impossibilità materiale di indicare nominativamente tutte le singole realtà – ha preferito utilizzare una formula elastica. Nel far ciò, tuttavia, non ha replicato testualmente la legge delega, ma si è limitato a citare "le società e le associazioni anche prive di personalità giuridica", in modo da indirizzare l'interprete verso la considerazione di enti che, seppur sprovvisti di personalità giuridica, possano comunque ottenerla.

L'esclusione degli "enti che esercitano pubblici poteri" preclude poi senz'altro la riferibilità dell'impianto normativo alle singole Pubbliche Amministrazioni. Questo porta a ritenere che le stesse non siano direttamente riconducibili al concetto di Stato, in quanto sue

indispensabili articolazioni. Viceversa, enti a soggettività pubblica, e tuttavia privi di poteri pubblici, sono i cosiddetti enti pubblici economici²⁰, i quali agiscono *iure privatorum* e che, per questa ragione, meritano un'equiparazione agli enti a soggettività privata anche sotto il profilo della responsabilità amministrativa derivante da reato. Nessuna obiezione (pratica o teorica), dunque, all'inserimento degli stessi nel novero dei destinatari del sistema.

Passati i primi dubbi interpretativi, risulta chiaro, così come ha dimostrato la prassi consolidatasi negli anni, che la portata della normativa in materia di responsabilità amministrativa degli enti non arriva a comprendere anche l'imprenditore individuale²¹. La *ratio* di tale scelta risiede nell'aver riconosciuto maggiormente esposte al rischio di concretizzazione di fattispecie criminose rientranti nell'area della responsabilità amministrativa le strutture societarie ed associative

²⁰Cfr. CHIEPPA e GIOVAGNOLI, *Manuale breve di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2009, pag. 153 ss.

²¹Il principio ripreso dal legislatore delegato non poteva trovare interpretazione diversa se non quella che escludesse l'imprenditore individuale dall'applicazione di una normativa che, come abbiamo avuto modo di accennare, è stata ispirata ai cd. *Crimini dei colletti bianchi*. Resta palese che in una situazione in cui non si vedano concretizzate delle complessità organizzativo-funzionali, tali da poter in qualche modo condizionare i principi cardine di un'economia volta alla sana concorrenza e al libero mercato, altresì, non si possano mettere in atto misure a maggior tutela che impongano oneri eccessivi. Come vedremo nel corso dell'elaborato, infatti, il D.lgs. 231 introduce dei "costi" che devono essere necessariamente presi in considerazione e che presumono una complessità organizzativa di notevole rilievo.

in senso lato, soprattutto perché solo in relazione a tali “entità” la proliferazione dei momenti decisionali e dei poteri dispositivi dell'oggetto dell'attività aumentano di pari passo con il numero di coloro che possono commettere fatti costituenti reato. Più brevemente, la scelta del legislatore si è incentrata nel riconoscere ad una maggiore “criticità funzionale” una maggiore tutela, dettata dall'obbligo di adozione dei modelli di organizzazione e gestione.

3. Attribuzione della responsabilità amministrativa

Continuando con la lettura del Decreto in esame, l'attenzione dello studioso dovrà adesso focalizzarsi sulle problematiche connesse ai criteri di attribuzione della responsabilità amministrativa ai soggetti visti al punto precedente.

Come si può evincere dal disposto degli articoli 5), 6) e 7) del decreto emerge chiaramente la necessità – *“palesata dal legislatore delegante nell'articolo 11 c.1, lett. E, della legge n. 300 del 2000”*²² – di procedere ad una rigorosa selezione delle condotte rilevanti sia sotto

²²Cfr. MANCUSO, VARRASO, *Criteri di attribuzione della responsabilità amministrativa*, in GIARDA, MANCUSO, SPANGHER e VARRASO (a cura di), *Responsabilità “penale” delle persone giuridiche*, op. cit.

al profilo “oggettivo” che sotto quello “soggettivo”.

I criteri di attribuzione della responsabilità si fondano, *principaliter*, sulla rimproverabilità dell'ente sotto il profilo della cosiddetta colpa di organizzazione, con una particolare attenzione, desumibile dalla legge delega, dai lavori preparatori e dal testo di legge in esame, ai *compliance programs*²³ di derivazione anglosassone, programmi di regolamentazione della vita societaria in chiave preventiva e di azzeramento del rischio di commissione dei reati nello svolgimento dell'attività economica dell'ente.

Tali modelli organizzativi, come vedremo più avanti, devono essere adottati *ex ante*, proprio per garantire un controllo effettivo in ordine all'integrazione dei presupposti dell'illecito amministrativo, dovendo rispondere alle esigenze descritte dal comma 2 dell'articolo 6 D.lgs. n.231/2001²⁴.

²³Cfr., *infra*, Capitolo III°.

²⁴Articolo 6 D.lgs. 231/2001: “*Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente*”
1. Se il reato è stato commesso dalle persone indicate nell'articolo 5, comma 1, lettera a), l'ente non risponde se prova che:
a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;
b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo;

Da quello che abbiamo avuto modo di ricostruire fin d'ora, la responsabilità dell'ente non può che configurarsi come *autonoma* rispetto a quella della persona fisica incolpata del reato presupposto. Essa, infatti, prescinde dalla punibilità in concreto dello stesso reato. Citando la Relazione Governativa²⁵ al decreto è proprio l'articolo 8 a chiarire che *“in modo inequivocabile come quello dell'ente sia un titolo autonomo di responsabilità”* che il giudice penale può essere chiamato a conoscere sebbene si trovi nell'impossibilità di instaurare o proseguire il processo nei confronti della persona fisica.

Quindi, tale forma di responsabilità amministrativa può mettere in

c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione;

d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b).

2. In relazione all'estensione dei poteri delegati e al rischio di commissione dei reati, i modelli di cui alla lettera a), del comma 1, devono rispondere alle seguenti esigenze:

a) individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati;

b) prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire;

c) individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati;

d) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli;

e) introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.

3. [omiss.].

4. [omiss.].

4-bis. Nelle società di capitali il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo della gestione possono svolgere le funzioni dell'organismo di vigilanza di cui al comma 1, lett. b). Comma aggiunto dall'articolo 14, comma 12, L. 12 novembre 2012, n. 183.

5. [omiss.].

²⁵Cfr. in APPENDICE II, il testo integrale della Relazione Ministeriale 10 ottobre 2008, commento al d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231

moto il meccanismo della giurisdizione penale che vedrà a sua volta ampliarne l'oggetto. Le difficoltà tecniche concernenti l'individuazione del soggetto, ovvero, l'impossibilità giuridica di punire la persona fisica, ad ogni modo, non impediscono certamente la verifica della corretta gestione da parte dell'ente.

Quanto sopra è dimostrato dal fatto che la responsabilità in esame sussiste allorché l'autore del reato presupposto non sia stato identificato, non possa essere imputabile, nonché quando il reato si sia estinto per causa diversa dall'amnistia.

D'altro canto, consentire di procedere contro la sola persona giuridica ed accertarne la responsabilità a prescindere dalla sorte della persona fisica è di fondamentale importanza, poiché risponde ad una delle esigenze primarie poste alla base dell'introduzione dei sistemi di responsabilità degli enti, ossia, quella di ovviare alle difficoltà di individuazione della responsabilità del reato nell'ambito delle organizzazioni complesse.

Il sistema così ricostruito esige l'esclusiva valutazione del fatto tipico, senza imporre anche una valutazione dell'elemento soggettivo.

Certamente, sulla base della prassi acclarata in materia, sarà, in ogni caso, opportuno verificare a quale livello gestionale sia stato commesso il reato presupposto così da mettere l'organo giurisdizionale nella condizione di valutare correttamente la ripartizione dell'onere probatorio in ordine alla responsabilità dell'ente.

Riconosciuta l'autonomia di questa speciale fattispecie, prima di approfondirne i meccanismi, non rimane che affrontarne i limiti che lo stesso decreto richiama. Leggendo con attenzione il disposto di cui all'articolo 8, comma 2, si vede come l'autonomia sia destinata a cadere nel caso di specie: *“Salvo che la legge disponga diversamente, non si procede nei confronti dell'ente quando è concessa amnistia per un reato in relazione al quale è prevista la sua responsabilità e l'imputato ha rinunciato alla sua applicazione”*.

3.1. I criteri di attribuzione: “il piano Oggettivo”

Quando si parla di responsabilità dell'ente bisogna prestare attenzione all'iter logico intrapreso dal legislatore nel normare la materia in esame. Come abbiamo già avuto modo di vedere, il profilo

soggettivo è stato soddisfatto dalla previsione che individua gli enti con personalità giuridica come i diretti destinatari di questa speciale forma di responsabilità. Adesso, è importante capire quali siano, invece, i criteri oggettivi di attribuzione.

A tal fine, una più accurata lettura dell'articolo 5, che di seguito è riportato, diventa necessaria.

L' articolo 5: “[1 comma] *l'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio: a) da persone che rivestono funzioni di rappresentanza [...] nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione ed il controllo dello stesso; b) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a).* [2 comma] *L'ente non risponde se le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi*”.

I presupposti fondamentali della responsabilità dell'ente, così come individuati dalla norma, sono quindi la commissione di un reato cosiddetto presupposto, la posizione qualificata dell'autore all'interno della catena gerarchica dell'ente e soprattutto l'interesse o vantaggio

percepito dall'ente medesimo con la perpetrazione della fattispecie stessa.

Proprio per il suo ruolo fondamentale nella definizione dello schema dell'illecito, la norma è stata definita nella Relazione Governativa, insieme ai successivi articoli 6) e 7), come “il cuore della parte generale del nuovo sistema”²⁶. In particolare l'articolo 5 specifica i criteri di imputazione della responsabilità sul piano oggettivo, attraverso il riferimento alla posizione qualificata dell'autore del reato e all'interesse-vantaggio percepito dall'ente, mentre per gli articoli 6) e 7) , come abbiamo già potuto vedere, si specificano i criteri predetti sul piano soggettivo, delineando un modello di organizzazione dell'ente per la prevenzione degli illeciti e sottintendendo una colpa in organizzazione in caso di concretizzazione delle fattispecie.

Una parte della dottrina ha sostenuto come la disposizione in esame (articolo 5) fosse una fattispecie di illecito a “struttura complessa”²⁷ in cui il reato entra a far parte di una più ampia fattispecie, differente ed autonoma, che si caratterizza per la presenza

²⁶Cfr. in APPENDICE II, Relazione al D.lgs. 8 Giugno 2001 n.231, punto 3.3.

²⁷Cfr. COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. It. Dir. Pen. e Proc.*, 2005, pag. 90.

di elementi aggiuntivi, ossia la necessaria sovrapposizione della posizione qualificata dell'autore del reato con l'interesse-vantaggio ricavato dall'ente. Altri, invece, parlarono di “doppia qualificazione” giuridica dello stesso fatto storico²⁸.

Sulla complessità della natura di questi presupposti si sono focalizzate alcune riflessioni a seguito di interventi normativi successivi al decreto. *In primis*, si può richiamare l'articolo 10²⁹ della

²⁸Cfr. MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, Dir. e Gius. 2001, pag. 8.

²⁹Articolo 10. (*Responsabilità degli enti*)

1. In relazione alla responsabilità amministrativa degli enti per i reati previsti dall'articolo 3, si applicano le disposizioni di cui ai commi seguenti.
2. Nel caso di commissione dei delitti previsti dagli articoli 416 e 416-*bis* del codice penale, dall'articolo 291-*quater* del testo unico di cui al D.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43, e dall'articolo 74 del testo unico di cui al D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, si applica all'ente la sanzione amministrativa pecuniaria da quattrocento a mille quote.
3. Nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nel comma 2, si applicano all'ente le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, per una durata non inferiore ad un anno.
4. Se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei reati indicati nel comma 2, si applica all'ente la sanzione amministrativa dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività ai sensi dell'articolo 16, comma 3, del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231.
5. Nel caso di reati concernenti il riciclaggio, per i delitti di cui agli articoli 648-*bis* e 648-*ter* del codice penale, si applica all'ente la sanzione amministrativa pecuniaria da duecento a ottocento quote.
6. Nei casi di condanna per i reati di cui al comma 5 del presente articolo si applicano all'ente le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, per una durata non superiore a due anni.
7. Nel caso di reati concernenti il traffico di migranti, per i delitti di cui all'articolo 12, commi 3, 3-*bis*, 3-*ter* e 5, del testo unico di cui al decreto legislativo 25 giugno 1998, n. 286, e successive modificazioni, si applica all'ente la sanzione amministrativa pecuniaria da duecento a mille quote.
8. Nei casi di condanna per i reati di cui al comma 7 del presente articolo si applicano all'ente le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, per una durata non superiore a due anni.
9. Nel caso di reati concernenti intralcio alla giustizia, per i delitti di cui agli articoli 377-*bis* e 378 del codice penale, si applica all'ente la sanzione amministrativa pecuniaria fino a cinquecento

L. 16 marzo 2006 n. 146 che, in esecuzione della Convenzione ONU sul crimine transnazionale organizzato, ha incluso tra i reati presupposto alcuni reati transnazionali confermandone una struttura a integrazione duplice. Un diverso fattore di ulteriore complessità è rappresentato dalla L. 3 agosto 2007 n. 123 che, introducendo l'articolo 26-*septies* nel d.lgs. 231/2001, ha incluso fattispecie colpose tra i reati presupposto, segnatamente i reati di omicidio colposo e di lesioni colpose gravi e gravissime commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro.

Lo studio svolto fino ad ora, consente di rivedere³⁰, in chiave di maggior dinamismo, i nessi che sorgono tra l'autonomia e la dipendenza da reato nell'illecito da responsabilità dell'ente.

Alcuni autori fanno risalire l'autonomia dell'illecito rispetto al reato, sulla base della rubrica di cui all'articolo 8³¹, in considerazione

quote.

10. Agli illeciti amministrativi previsti dal presente articolo si applicano le disposizioni di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231.

³⁰Cfr. *infra* cap. I, par. 3, pag. 15 in cui si fa esplicito riferimento all'autonomia di tale fattispecie incriminatrice.

³¹Articolo 8. “Autonomia delle responsabilità dell'ente”

1. La responsabilità dell'ente sussiste anche quando:

- a) l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile;
- b) il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia.

2. Salvo che la legge disponga diversamente, non si procede nei confronti dell'ente quando è

del fatto che l'illecito non presuppone l'accertamento della responsabilità per il reato di una persona fisica determinata, essendo configurabile anche nei casi di “reato senza autore”^{32 33}. Altri fondano invece l'autonomia dell'illecito sulla base del riconoscimento di una colpevolezza propria dell'ente³⁴, fino a concludere che “*il reato cui si riferisce la responsabilità dell'ente non è conosciuto dal diritto penale*”³⁵. Sembrerebbe, invece, più corretto evidenziare la maggiore complessità dei rapporti tra reato ed illecito, che si articolano in modo dinamico tra autonomia e dipendenza, nel senso che, rispetto a taluni aspetti del reato e del suo accertamento penale che devono sussistere perché vi sia l'illecito a carico dell'ente, l'illecito è legato al reato da relazioni di presupposizione³⁶ o dipendenza, mentre in relazione ad altri aspetti, che non condizionano la configurabilità dell'illecito a

concessa amnistia per un reato in relazione al quale è prevista la sua responsabilità e l'imputato ha rinunciato alla sua applicazione.

3. L'ente può rinunciare all'amnistia.

³²Cfr. MANNA, *La responsabilità cd. amministrativa della persona giuridica: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2002, pag. 507.

³³Cfr. PECORELLA, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in ALESSANDRI (a cura di), *La responsabilità amministrativa degli enti, D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Ipsoa, Milano, 2002, pag. 65-89.

³⁴Cfr. PALIERO, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, in ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Ipsoa, Milano, 2002, pag. 50.

³⁵Cfr. COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. e proc. Pen.*, 2004, pag. 90 ss

³⁶Non a caso si chiamano “Reati Presupposto”.

carico dell'ente, sussiste autonomia tra le due figure, come ad esempio in tema di cause estintive³⁷, di imputabilità e di mancata identificazione delle generalità dell'autore del reato³⁸.

Un ulteriore sviluppo della suddetta teoria, concernente quindi la complessità del rapporto tra reato ed illecito, valuta la distinzione della commissione del reato-presupposto, ritenuta tipica pregiudiziale dell'illecito, dalla condanna penale di una persona fisica determinata per il reato medesimo, specificandosi che detta condanna, a differenza della commissione del reato, non costituirebbe presupposto indefettibile della sussistenza dell'illecito a carico dell'ente^{39 40}.

Di notevole interesse sono le considerazioni che opera la giurisprudenza in talune decisioni riguardanti la sussistenza dei gravi indizi dell'illecito per l'applicazione di misure cautelari interdittive. I Giudici riconoscono la qualifica degli elementi costitutivi della fattispecie di illecito ai presupposti rappresentati dalla commissione del reato presupposto, dalla posizione qualificata dell'autore e

³⁷Purché tali cause siano oggettive e diverse dall'amnistia non rinunciata dall'ente.

³⁸Cfr. BASSI, EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato: accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Giuffrè, Milano, 2006.

³⁹Cfr. CORDERO, *Procedura Penale*, VII Edizione, Giuffrè, Milano, 2003.

⁴⁰Cfr. FERRUA, *Procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2001, pag. 1481.

dall'interesse o vantaggio in favore dell'ente medesimo⁴¹. Operando in tale maniera si viene a creare un *distinguo* tra gli elementi costitutivi positivi e gli elementi negativi di fattispecie, rappresentati dal carattere non territoriale, non pubblico, non di rilievo costituzionale dell'ente e dall'estinzione del reato. Inoltre è possibile distinguere tali elementi da quelli meramente impeditivi dell'illecito, rappresentati dall'adozione e dall'efficace implementazione di idonei modelli organizzativi per la prevenzione dei reati, con i conseguenti oneri probatori in capo all'accusa per i primi due (elementi costitutivi positivi e negativi) e in capo all'ente per i soli elementi impeditivi⁴².

È stata altresì riconosciuta l'autonomia dell'illecito rispetto al reato, rimarcandosi che l'“ente non è autore del reato, ma di un comportamento differente e ben distinto dal medesimo”. Queste prime prese di posizione della giurisprudenza hanno poi trovato accoglimento e riconoscimento in Cassazione dove è stato successivamente affermato che “*in tema di misure cautelari interdittive applicabili all'ente per l'illecito dipendente da reato, la valutazione*

⁴¹Cfr. Tribunale di Milano, 14 Dicembre 2004, in *Foro It.*, 2005, 10, pag. 527.

⁴²Cfr. Tribunale di Napoli, sez. Riesame, VIII sez. penale, 26 Giugno 2007, in www.rivista231.it

circa la sussistenza dei gravi indizi deve essere riferita alla fattispecie complessa che integra l'illecito stesso” con la conseguenza che “l’ambito di valutazione del giudice deve comprendere non soltanto il fatto oggetto del reato, cioè il primo presupposto dell’illecito amministrativo, ma estendersi ad accertare la sussistenza dell’interesse o del vantaggio derivante all’ente e il ruolo ricoperto dai soggetti indicati dall’articolo 5 comma 1, lett. a) e b) del D.lgs. 231/2001, verificando se tali soggetti abbiano agito nell’interesse esclusivo proprio o di terzi; inoltre, è necessario accertare la sussistenza delle condizioni indicate all’articolo 13 D.lgs n.231, che subordina l’applicabilità delle sanzioni interdittive alla circostanza che l’ente abbia tratto dal reato un profitto di rilevante entità, in alternativa, che l’ente abbia reiterato nel tempo gli illeciti; infine, anche nella fase cautelare il giudice deve fondare la sua valutazione in rapporto ad uno dei due modelli di imputazione individuati negli articoli. 6 e 7 del Decreto, l’uno riferito ai soggetti in posizione apicale, l’altro ai dipendenti, modelli che presuppongono un differente onere probatorio a carico dell’accusa”⁴³.

⁴³Cfr. Cass. Pen., VI sez., del 23 Giugno 2006, in www.aodv231.it (Associazione degli organismi

Tornando un passo indietro, in merito al criterio essenziale espresso dal citato articolo 5, comma 1, la sussistenza della responsabilità in capo all'ente è riscontrabile laddove l'autore del reato abbia agito nell'interesse o a vantaggio di quest'ultimo.

Dovendoci soffermare sull'analisi del concetto di “interesse” in prima battuta e di “vantaggio” in seconda, si noterà come, anche in questo caso, diverse siano le ricostruzioni proposte. Questi ultimi criteri, nella Relazione Ministeriale di accompagnamento, assumono due valenze completamente differenti. *L'interesse* sembrerebbe avere una connotazione marcatamente soggettiva, suscettibile di una verifica *ex ante*, mentre per il *vantaggio* si percepisce una caratterizzazione oggettiva destinata ad operare *ex post*⁴⁴. Altra parte della dottrina, invece, ha fornito una diversa chiave di lettura del requisito del vantaggio, secondo cui anche tale legame andrebbe ricostruito, almeno in parte in termini soggettivi. In tale direzione, si è rivelato che, poiché l'articolo 5 esclude la responsabilità dell'ente qualora l'autore del reato abbia agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi, ne consegue che

di vigilanza ex. d.lgs. 231/2001).

⁴⁴Cfr. MANNA, *la c.d. Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002.

la sola considerazione del vantaggio oggettivamente derivato all'ente non è sufficiente a conseguire l'imputazione del fatto all'ente stesso, se l'autore del reato non ha agito, almeno in parte, nell'interesse di quest'ultimo. Il vantaggio oggettivo non potrebbe, pertanto, prescindere dalla previa finalizzazione del fatto nell'interesse della persona giuridica⁴⁵. Tuttavia, onde evitare che il collegamento del reato con l'ente sia rimesso, quantomeno per quel che concerne l'agire nell'interesse dello stesso, alle soggettive valutazioni e rappresentazioni dell'agente, appare preferibile interpretare i due termini «*come una endiadi, in modo da addivenire ad un criterio unitario, riconducibile ad un interesse dell'ente inteso in senso oggettivo*»⁴⁶. D'altronde, se così non fosse, la necessità di un finalismo nell'azione della persona fisica renderebbe incompatibile il sistema della responsabilità degli enti con i reati di natura colposa⁴⁷.

L'autonomo significato dei due termini, “interesse” e “vantaggio”,

⁴⁵Cfr. PELISSERO, *Disposizioni sostanziali*, in PELISSERO-FIDELBO(a cura di), *La nuova responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *Legislazione Penale*, 2002, pag 581 ss.

⁴⁶Cit. PULITANO', *La responsabilità da “reato” degli enti e criteri di imputazione*, in *Riv. It. Dir. Pen. e Proc.*, 2002, pag. 415 ss.

⁴⁷Infatti, la novità introdotta dal d.lgs. n. 81/2008, che introduce la responsabilità dell'ente collegata ai reati di omicidio colposo e lesioni gravi o gravissime colpose commessi con violazione delle norme sulla tutela e sulla sicurezza sul lavoro, risulterebbe anch'essa privata del suo significato e privata dei suoi margini di applicazione.

è poi stato riconosciuto sia dalla giurisprudenza di merito⁴⁸ sia, in seguito, dalla giurisprudenza di legittimità⁴⁹, tanto da precisare che i due vocaboli esprimono concetti giuridicamente diversi, potendosi distinguere “un interesse a monte della società ad una locupletazione – prefigurata, pur se di fatto, eventualmente non più realizzata – in conseguenza dell’illecito, rispetto ad un vantaggio obiettivamente conseguito all’esito del reato, perfino se non espressamente separato *ex ante* dall’agente”, così da potersi configurare un cosiddetto “concorso reale” di presupposti. Deve pertanto riconoscersi, in base ad una lettura sistematica delle norme, avvalorata dalle interpretazioni giurisprudenziali sul punto, che l’interesse o il vantaggio dell’ente rappresentano presupposti alternativi, ciascuno dotato di una propria autonomia e di un rispettivo ambito applicativo⁵⁰.

Molto interessante, dopo la digressione sin qui svolta sulla qualificazione di vantaggio e di interesse, è la questione che, avvalorando le tesi dottrinarie e giurisprudenziali prese in esame,

⁴⁸Tribunale di Milano, ordinanza del 14 dicembre 2004, in *Foro It.*, 2005, II, pag. 527.

⁴⁹Cfr. Cass. pen., sez. II, 20 dicembre 2005, n. 3615, in *Dir. e Giustizia*, 2006.

⁵⁰Cfr. ASTROLOGO, *Brevi note sull’interesse e il vantaggio nel d.lgs. 231/2001*, in *Resp. Amm. Soc. e Enti*, 2006, pag. 187 e ss.

valuta la responsabilità dell'ente anche nel caso in cui coesistano interessi e vantaggi dell'autore del reato o di terzi, con il solo limite presente al comma 2⁵¹. Si è così evidenziato come nell'articolo 5 vi sia una pluralità di interessi da tenere in considerazione. Infatti, si avrà un interesse generico dell'ente ai fini dell'individuazione della responsabilità dell'ente, un interesse esclusivo dei “soggetti attivi” del reato, ossia di quei soggetti che realizzano il reato da cui nasca la responsabilità e, per ultimo, un interesse misto dell'ente e di persone fisiche o di terzi.

Alcuni autori ritengono che l'aspetto determinante dell'interesse sia il limite negativo, rappresentato dall'interesse esclusivo di terzi o dell'autore del reato, ritenuto perciò causa oggettiva di esclusione della responsabilità⁵². Tale ricostruzione non può essere pienamente condivisa, soprattutto alla luce di quelle strategie processuali di accusa e difesa che vedono l'accusa onerata dalla dimostrazione di un interesse dell'ente ancorché non esclusivo e la difesa, *au contraire*,

⁵¹Articolo 5, comma 2 : “l'ente non risponde se le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi”.

⁵²Cfr. PALIERO, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, in ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, IPSOA, 2002, pag 50 ss.

impegnata a dimostrare che l'interesse è esclusivamente dell'autore del reato o di terzi, ovvero che esistano elementi impeditivi della responsabilità.

In giurisprudenza, la Cassazione ha ritenuto che il reato commesso nell'esclusivo interesse di terzi diversi dall'ente interrompa lo stesso nesso di immedesimazione organica tra l'autore del reato e l'ente, nesso che costituirebbe il fondamento della responsabilità dell'ente stesso⁵³.

⁵³Cfr. Cass. Pen., sez. VI, 23 giugno 2006, n. 32627, consultabile sul sito www.altalex.com, – estratto dalla sentenza:

“ 8.3. Il requisito dell'interesse è oggetto anche del quinto motivo del ricorso, in cui si deduce, tra l'altro, la violazione del D.lgs. n. 231 del 2001 cit., articolo 5, comma 2. La disposizione citata prevede che l'ente non risponde dell'illecito qualora gli autori del reato hanno agito "nell'interesse esclusivo proprio o di terzi": si tratta di una norma che si riferisce al caso in cui il reato della persona fisica non sia in alcun modo riconducibile all'ente, in quanto non risulta realizzato nell'interesse di questo, neppure in parte. In simili ipotesi la responsabilità dell'ente è esclusa proprio perchè viene meno la possibilità di una qualsiasi rimproverabilità al soggetto collettivo, dal momento che si considera venuto meno lo stesso schema di immedesimazione organica: la persona fisica ha agito solo per se stessa, senza impegnare l'ente. Alla medesima conclusione si giunge anche qualora la società riceva comunque un vantaggio dalla condotta illecita posta dalla persona fisica, dal momento che il D.lgs. n. 231 del 2001 cit., articolo 5, comma 2 si riferisce soltanto alla nozione di interesse: in ogni caso, si tratterebbe di un vantaggio "fortuito", in quanto non attribuibile alla "volontà" dell'ente. Anche tale condizione negativa deve essere verificata nella fase cautelare, non potendo applicarsi una misura interdittiva qualora risulti, anche a livello indiziario, l'esclusività dell'interesse.

[...]

Ancora una volta, si confonde la associazione per delinquere, con la società cooperativa, nel senso che dove c'è interesse per l'associazione si individua, automaticamente, anche l'esistenza di un interesse per l'ente, in una sovrapposizione di livelli che resta estranea al modello di responsabilità amministrativa di cui al D.lgs. n. 231 del 2001. Tanto è indice di una errata applicazione della disciplina prevista dal D.lgs. n. 231 del 2001, artt. 5 e seg., dal momento che non è stato accertato se ed in quale misura vi sia stato il vantaggio o l'interesse della cooperativa La Fi., anche sotto il profilo della possibile applicazione del D.lgs. n. 231 del 2001 cit., articolo 12, comma 1, lett. a), con riferimento ad un eventuale interesse prevalente degli autori dei reati rispetto all'interesse e al vantaggio dell'ente, che porterebbe ad escludere il ricorso alle misure interdittive.

Dalla comparazione dei diversi termini utilizzati⁵⁴ e dei diversi significati ad essi attribuiti può riscontrarsi, sulla base dell'ipotesi della coerenza lessicale del legislatore, che il concetto di vantaggio sia, dunque, differente da quello di interesse per il valore di finalizzazione all'utilità di quest'ultimo e per il riferimento al conseguimento di un risultato del primo.

In giurisprudenza è stato riconosciuto che il vantaggio si riferisce ad un risultato conseguito, mentre l'interesse rappresenta la finalizzazione all'utilità. Tuttavia, pare incompleta la considerazione che vede questi “*indici*” definiti e definibili solo in merito ad un *quantum* economico, basti pensare che non necessariamente sia facile, ad oggi, prevedere quando si potranno manifestare i risultati di una condotta illecita in situazioni di mercato globale, retto da tempistiche che esulano il tempo dell'immediatezza giuridica.

9. In conclusione l'ordinanza impugnata deve essere annullata con rinvio al Tribunale di Bari per un nuovo esame relativo ai gravi indizi, da compiere tenendo conto dei principi innanzi indicati. Lo stesso giudice all'esito di questo esame valuterà, se del caso, la sussistenza attuale delle esigenze cautelari”.

⁵⁴ Abbiamo ommesso di valutare il sostantivo “Profitto” che il legislatore introduce in seno al decreto quando deve calcolare il *quantum* della sanzione della confisca, questo termine viene inteso come “immediata conseguenza economica dell'azione criminosa, che può corrispondere ad un utile netto”, oppure, in caso di presupposto applicativo di misure cautelari, deve essere inteso in senso “dinamico, più ampio” in modo da ricomprendere i cosiddetti “vantaggi economici anche non immediati, comunque conseguiti mediante l'illecito”.

Alla luce di questo, si vede come, ancora oggi, prevalga l'interpretazione costituzionalmente orientata che individua nell'oggettività, nella concretezza e nell'attualità i caratteri essenziali dell'interesse. Infatti, in assenza dei predetti caratteri dell'interesse, l'ente non sarebbe punito per un "fatto", ma per una mera congettura sul suo possibile verificarsi e, quand'anche questo si verificasse successivamente, si punirebbe l'ente per un fatto che, al momento della sua realizzazione, non costituiva illecito ai sensi del decreto in esame, in quanto il reato compiuto non corrispondeva ad alcun interesse dell'ente, quindi necessario per l'integrazione dell'illecito. Tutto questo si verrebbe a porre in netto contrasto con il principio di legalità codificato in seno all'articolo 2 del d.lgs. 231/2001, con conseguente irrazionalità, censurabile anche in punto di legittimità costituzionale⁵⁵.

3.2. I criteri di attribuzione: "il piano Soggettivo"

Come si è avuto modo di accennare, in passato, la principale controindicazione all'ingresso di forme di responsabilità penale

⁵⁵Netta presa di posizione da parte della dottrina, anche in forza del principio dell'interpretazione utile, secondo cui gli enunciati vanno interpretati nel senso in cui possano produrre effetti piuttosto che in quello in cui non ne producano.

dell'ente era ravvisata nell'articolo 27, comma 1, Cost., inteso nella sua accezione di principio di colpevolezza in senso “psicologico”, e cioè come nesso psichico tra fatto ed autore. Una rinnovata concezione della colpevolezza in senso normativo⁵⁶ consente oggi di adattare comodamente tale categoria alle realtà collettive. La stessa Corte Europea dei diritti dell'uomo⁵⁷ e la migliore dottrina concordano nel ritenere che le imprescindibili garanzie del diritto penale debbano essere estese anche ad altre forme di diritto sanzionatorio a contenuto punitivo, a prescindere dalle astratte “etichette” giuridiche che il legislatore vi apponga.

Da ciò l'esigenza, fortemente avvertita, di creare un sistema che si dimostri rispettoso dei principi fondamentali che informano il diritto penale, primo tra tutti, appunto, la colpevolezza⁵⁸.

Ai fini della responsabilità dell'ente occorrerà, dunque, non

⁵⁶Come definita nella Relazione Ministeriale in cui si fa riferimento alla nuova concezione di “Riprovevolezza”.

⁵⁷Si segnala la decisione del 21 febbraio 1984, ric. Ôztürk, della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in *Riv. It. Dir. E Proc. Pen.*, 1985, pag. 894, con nota di PALIERO, “*Materia penale e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione “classica” a una svolta radicale*”, secondo cui le garanzie previste dall'articolo 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo trovano applicazione anche con riguardo all'illecito amministrativo, che, per struttura e finalità, deve essere equiparato – quantomeno sotto il profilo delle garanzie processuali – all'illecito penale.

⁵⁸Cfr. *Appendice II*, la Relazione Ministeriale al D.lgs. 231/2001, punto n. 3.3.

soltanto che il reato sia ad esso ricollegabile sul piano oggettivo, come abbiamo avuto modo di spiegare al punto precedente, ma dovrà anche costituire espressione diretta della politica aziendale rendendo così anche l'ente "rimproverabile".

In questo modo, entra in gioco l'aspetto più controverso e delicato dell'impianto normativo in esame, che è quello relativo all'accertamento della cosiddetta *colpa di organizzazione*, espressione con cui si allude alla carenza dell'organizzazione o dell'attività rispetto ad un modello di diligenza esigibile dall'ente.

Piuttosto che sancire un generico dovere di vigilanza e di controllo dell'ente sulla falsariga di quanto disposto dalla delega⁵⁹, si può vedere come il legislatore delegato preferisca adottare un dovere di vigilanza arricchito di specifici contenuti, a tale scopo, si è basato su di un modello di origine anglosassone, ossia, dal sistema dei *Compliance Programs*, da tempo funzionanti negli Stati Uniti.

Fatte queste precisazioni, di natura introduttiva, tornando al nostro testo di legge di riferimento, si deve osservare che, quanto agli

⁵⁹Come si può leggere nella Relazione di Accompagnamento, al punto 3.3., "*con il rischio che la prassi ne operasse il totale svuotamento, indulgendo a criteri ispirati al versari in re illicita che, come sappiamo, si traduce in un disincentivo all'osservanza di cautele doverose*".

aspetti di conformità con la legge delega, la lettera e) dell'articolo 11, comma 1, faceva un espresso richiamo ai soli reati commessi a vantaggio o nell'interesse dell'ente. Tale formulazione, testualmente riprodotta, costituisce l'espressione normativa del cosiddetto *rapporto di immedesimazione organica* che, nel caso in cui risulti inattuato il modello di organizzazione e quindi non vi siano presupposti di esclusione da responsabilità dell'ente, collega direttamente l'ente al soggetto che ha commesso il reato. La logica legislativa è molto semplice, si può infatti riscontrare come alla base vi siano quei principi che collegano gli effetti civili degli atti compiuti dall'organo direttamente all'ente, altrettanto deve accadere per le conseguenze penali o amministrative degli illeciti da questi soggetti commessi nell'interesse dell'ente medesimo. La relazione individua, inoltre, accanto al rapporto di immedesimazione organica, il cosiddetto rapporto di dipendenza come ulteriore fattore in grado di impegnare la responsabilità dell'ente quando i dipendenti agiscano nell'ambito dei compiti ad essi devoluti e quindi compiano un'attività destinata a riversarsi nella sfera giuridica dell'ente, così da evocare direttamente

l'istituto della rappresentanza.

La dottrina prevalente concorda nell'individuare nella teoria dell'immedesimazione organica il criterio di selezione dei reati ascrivibili all'ente, sotto il piano soggettivo, in base alla persona fisica che li ha commessi^{60 61}. Altri invece, come abbiamo visto al paragrafo precedente, ritengono che sia il requisito dell'interesse o del vantaggio che, esauritosi in una condotta illecita da parte di una persona fisica, risulti collegabile all'ente qualora il soggetto medesimo ricoprisse un ruolo di *vertice* interno all'ente. Così operando, si arriva alla costruzione giuridica delle principali categorie di soggetti che collegano, salvo cause di esclusione, l'ente all'illecito. Tali categorie risultano essere essenzialmente due: "i soggetti in posizione apicale" e i "soggetti in posizione subordinata" o più semplicemente "sottoposti".

Il fatto che per entrambe le categorie di soggetti, sopra elencati, si parli di autori di reati previsti dal codice penale e il fatto che nel sistema del codice penale i reati possano essere commessi solo da

⁶⁰Cfr. PALIERO, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, in A. ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, cit., pag 50 ss.

⁶¹Cfr. PECORELLA, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, atti del convegno di studi tenuto a Roma – Lido di Ostia, il 9 Dicembre 2002.

persone fisiche, comporta che i “vertici” o i “sottoposti” cui si riferisce la norma debbano essere necessariamente persone fisiche e non giuridiche, o altri enti o collegi considerati separatamente dagli individui che ne fanno parte⁶².

A questo punto, per concludere la disamina sotto il piano soggettivo, una definizione più approfondita dei soggetti rilevanti ai fini del decreto deve essere ricercata.

Infatti, la nozione di soggetto in posizione apicale nell’ente viene definita dall’esercizio formale di funzioni di rappresentanza, amministrazione o direzione, mentre l’esercizio di fatto, per essere rilevante, deve avere riguardo cumulativamente alle funzioni di gestione e controllo, volendosi includere tra i vertici solo quei soggetti che esercitano un penetrante dominio sull’ente⁶³.

In giurisprudenza ed in dottrina si è più genericamente affermato che la responsabilità dell’ente possa essere determinata da soggetti che di fatto siano qualificabili come organi dell’ente⁶⁴.

⁶²Si intende sottolineare come le garanzie del sistema penale debbano necessariamente trovare un *quid pluris* nei punti centrali del Decreto al fine di garantire la solidità del sistema.

⁶³A maggior ragione dovrà considerarsi tra i vertici il *socio occulto* che eserciti di fatto analogo dominio sull’ente.

⁶⁴Ennesima conferma del principio di *immedesimazione organica*.

Ancora in giurisprudenza, si è affermato inoltre che l'esercizio di fatto di funzioni di gestione e controllo dell'ente, da parte di un soggetto che nel medesimo ente formalmente ricopre la carica di sottoposto, consente di attribuirgli la qualifica di soggetto apicale in quanto espressione di una *voluntas societatis*⁶⁵. Inoltre è stato preso in considerazione come la qualifica di amministratore di fatto di un ente non faccia venir meno le cariche formali ricoperte in altri enti del medesimo gruppo⁶⁶ e che la responsabilità di un ente non faccia venire meno la responsabilità dell'altro, rilevando che, nel caso di coesistenza fra posizioni qualificate *de facto* in un ente e formali in altri enti, sarebbe configurabile una forma di responsabilità per la pluralità di

⁶⁵ G.I.P. del Tribunale di Milano, 27 aprile 2004, in *Giustizia e Diritto*, 2004, pag. 72 ss.

⁶⁶ Non è il caso di affrontare la disamina dei cosiddetti "interessi di gruppo" che possono coinvolgere l'intero sistema pluri-societario e che in questo elaborato di tesi potrebbero portare l'attenzione fuori dal *focus* che vorrebbe ripercorrere il laureando. A titolo di completezza, però, si vuole accennare a tale argomento in sede di *note*. Nella responsabilità costruita sulla base del decreto 231/2001, molteplici, infatti, sono le problematiche che si ingenerano nel caso di gruppi societari, o meglio, gruppi di enti. Basti pensare che per il legislatore è stato già difficile configurare una forma di responsabilità, quasi penalistica, di un soggetto che non è persona fisica. Se a questo si vuole aggiungere le difficoltà di collegamento tra una *volontà di gruppo* ed una pluralità di possibili autori, con altrettanta difficoltà a riscontrare l'immedesimazione organica, ai fini della materiale condotta illecita, ecco che ci si ritrova, di nuovo, nell'"Oceano" delle teorie giuridiche che avevamo appena lasciato. Ben più semplice è cercare di configurare il fenomeno della estensione della responsabilità ai "gruppi di società" come un semplice caso particolare di sussistenza di quel tipo di interesse chiamato "misto" (cfr. ASTROLOGO, *supra*, *Brevi note sull'interesse ed il vantaggio nel d.lgs. 231/2001*, op. cit.) che può riguardare tanto il caso delle *holding*, quanto altri fenomeni che consentono di ravvisare in concreto un nesso rilevante tra enti. A titolo di esempio, ma non esaustivo, si pensi a tutte quelle funzioni di "direzione strategica e finanziaria del gruppo".

illeciti a carico dei diversi enti in dipendenza del medesimo reato commesso da tale soggetto, purché ricorrano anche tutti i requisiti oggettivi (*interesse – vantaggio*) analizzati in precedenza.

Dottrina e giurisprudenza hanno convenuto che le funzioni direttive caratterizzino le qualifica di vertice dell'ente, così da doversi riconoscere tale qualifica non solo ai dirigenti o ai direttori, ma anche agli impiegati con funzioni direttive.

Merita, infine, dedicare alcune osservazioni alla definizione dei soggetti in posizione subordinata, i cosiddetti sottoposti. In un primo momento è stato difficile capire il significato della previsione della lett. b), comma 1, dell'articolo 5. Così come riportato dalla Relazione di accompagnamento, parrebbe quasi una previsione superflua, vista la rarità di casi riscontrati nel nostro ordinamento e la necessaria determinazione di un giudizio di minore riprovazione nei confronti del soggetto collettivo. L'inclusione dei sottoposti tra i soggetti che possono impegnare la responsabilità dell'ente, in caso si rendano autori di reati, è stata giustificata con l'intento di perseguire una più efficace politica criminale di contenimento degli illeciti che tenesse conto della

frammentazione delle fondamenta operative degli enti e della possibilità che la maggior parte dei reati commessi nell'interesse dell'ente potesse essere commessa da soggetti non apicali e, quindi, non coinvolgesse l'ente medesimo. È stato osservato che, in ogni caso, il presupposto dell'interesse dell'ente consente di eliminare quelle situazioni di marginalità, nell'economia complessiva dell'ente, dell'attività delittuosa compiuta dal sottoposto. Infatti, il riconoscimento della posizione qualificata in capo ai soli subordinati per i quali vi sia diretta subordinazione alle funzioni di controllo e vigilanza dei soggetti apicali e, quindi, la conseguente esclusione di rilevanza per i reati commessi da individui solo indirettamente controllati, consentono di escludere situazioni in cui l'operato del singolo, pur compiuto nell'interesse dell'ente, avvenga a livelli talmente bassi nella catena gerarchica da doversi ritenere frutto di una autonoma scelta della persona fisica, scarsamente controllabile dai vertici aziendali, quindi non espressiva della politica aziendale.

È infatti chiaro che, se nelle realtà collettive a struttura semplice appare sufficiente affermare un generale obbligo di vigilanza, non

altrettanto può dirsi per quanto riguarda le realtà organizzative complesse, caratterizzate da un'articolazione di competenze che fanno capo ad una pluralità di centri decisionali. In questo caso, il richiamo a generici *standard* di diligenza avrebbe rischiato di rivelarsi una previsione “vuota”, inidonea, quindi, ad indirizzare il giudice nell'accertamento dell'illecito amministrativo in capo all'ente.

Interessante è la soluzione proposta dal delegato, in una visione ben più allargata del problema è stata scelta, infatti, la via preferenziale che vede nella condotta illecita del sottoposto un indizio di colpevolezza dell'ente, a fronte di una difficoltà oggettivamente riscontrabile, ad esempio, come abbiamo già avuto modo di dire, in caso di eccessiva frammentazione dell'organizzazione. In questi casi, però, è opportuno sottolineare come, a differenza che per il caso di reati commessi da persona in ruolo apicale, l'onere di provare la mancata adozione, ovvero, la mancata attuazione del modello da parte dell'ente gravi sull'accusa. La ragione è chiara, come sostenuto dagli autori della Relazione di Accompagnamento, che ribadiscono come in caso di reati commessi da sottoposti, vista la gravità delle conseguenze

suscettibili di prodursi in capo all'ente in caso di attribuzione della responsabilità, non possa esser preso in considerazione che l'interesse dell'ente è di difficoltosa individuazione.

CAPITOLO SECONDO

I REATI PRESUPPOSTO E L'ART. 25- UNDECIES: UNA RESPONSABILITÀ INEVITABILE PER L'INDUSTRIA?

SOMMARIO: 1. Introduzione: I Reati-Presupposto. – 2. Il Procedimento di Accertamento. – 2.1. L'Ente come imputato. – 3. L'introduzione dei *reati ambientali* e la connessa responsabilità amministrativa degli enti. – 3.1. Applicazione dell'articolo 25-*undecies*. – 3.2. *Corporate Social Responsibility e sistemi di controllo ambientale*.

1. Introduzione: i reati-presupposto

Come abbiamo avuto modo di accennare al capitolo precedente, la responsabilità diretta delle persone giuridiche non è una responsabilità generalizzata. Infatti, l'ente non risponde di qualsiasi reato posto in essere dal soggetto-persona fisica che riveste funzioni di rappresentanza, di amministrazione, di direzione dell'ente medesimo o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria o

funzionale, o che eserciti, anche di fatto, la gestione o il controllo dello stesso, ovvero, che sia sottoposto alla direzione o vigilanza di chi gestisce o controlla l'ente, trattandosi, al contrario, e in coerenza con la natura meta-individuale del soggetto responsabile, di una responsabilità limitata ad ipotesi di reato tassativamente individuate⁶⁷.

Il catalogo dei reati per i quali, in aggiunta alla persona fisica che li ha commessi, l'ente è chiamato a rispondere si compone di un primo ed originario nucleo, abbastanza limitato, a cui sono stati aggiunti, in seguito, altri reati. Di questi, nonostante la parziale attuazione, si rinveniva traccia anche in sede di delega legislativa. Le ragioni della lacuna iniziale sono da rintracciarsi nelle notevoli resistenze manifestate nel corso dei lavori per la redazione del decreto delegato da parte del mondo imprenditoriale⁶⁸, che indusse ad un'iniziale prudenza, dettata dal timore che l'introduzione nell'ordinamento di uno strumento di forte innovazione come quello della responsabilità

⁶⁷Cfr. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. pen. e proc.*, 2001, pag. 1129 ss., che qualifica la scelta restrittiva del legislatore come “un'esemplare applicazione sul campo del principio di frammentarietà”.

⁶⁸Per una più completa ricostruzione della vicenda, MANNA, *La c.d. Responsabilità delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. e Proc.*, 2002, pag. 514 ss; PIERGALLINI, *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2001, pag. 1356 ss.

sanzionatoria degli enti, portatore di una nuova cultura aziendale della legalità, se imposta *ex abrupto* con riferimento ad un ampio novero di reati, avrebbe potuto provocare non trascurabili difficoltà di adattamento da parte delle imprese. Si optò, pertanto, per una scelta *minimalista* che, se da un lato consentì l'approvazione del decreto, dall'altro produsse un testo a cui, ad una “parte generale” completa e consistente faceva seguito una “parte speciale” esigua, al punto tale da trovare in alcuni autori simili espressioni: “*come se la montagna avesse partorito un topolino*”⁶⁹, ovvero, “*come se si fosse realizzato un cannone per sparare a qualche passero*”⁷⁰.

La versione originaria del decreto limitava la responsabilità delle persone giuridiche solo a quei reati concernenti la cosiddetta criminalità del profitto, lesivi o pericolosi per gli interessi finanziari dell'Unione Europea, posto, come abbiamo avuto modo di vedere nei capitoli precedenti, che in tal senso vi era un vero e proprio obbligo assunto dal nostro Paese in sede convenzionale.

Per la precisione, il primo elenco dettagliato dei reati, che per

⁶⁹Cfr. MANNA, *La c.d. Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, cit., pag. 514.

⁷⁰Cfr. PIERGALLINI, *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, cit., pag. 1356.

comodità espressiva furono denominati “presupposto”, era contenuto nella previsione delle lettere *a)*, *b)*, *c)* e *d)* del citato articolo 11, comma 1, della legge delega n. 300/2000⁷¹. In sostanza si era deciso di

⁷¹Cfr. art. 11 legge delega n. 300/2000:

(Delega al Governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica):

1. Il Governo della Repubblica e' delegato ad emanare, entro otto mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, un decreto legislativo avente ad oggetto la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle società, associazioni od enti privi di personalità giuridica che non svolgono funzioni di rilievo costituzionale, con l'osservanza dei seguenti principi e criteri direttivi:

a) prevedere la responsabilità in relazione alla commissione, dei reati di cui agli articoli 316-bis, 316-ter, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 320, 321, 322, 322-bis, 640, secondo comma, numero 1, 640-bis e 640-ter, secondo comma, con esclusione dell'ipotesi in cui il fatto e' commesso con abuso della qualità di operatore del sistema, del codice penale;

b) prevedere la responsabilità in relazione alla commissione dei reati relativi alla tutela dell'incolumità pubblica previsti dal titolo sesto del libro secondo del codice penale;

c) prevedere la responsabilità in relazione alla commissione dei reati previsti dagli articoli 589 e 590 del codice penale che siano stati commessi con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative alla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro;

d) prevedere la responsabilità in relazione alla commissione dei reati in materia di tutela dell'ambiente e del territorio, che siano punibili con pena detentiva non inferiore nel massimo ad un anno anche se alternativa alla pena pecuniaria, previsti dalla legge 31 dicembre 1962, n. 1860, dalla legge 14 luglio 1965, n. 963, dalla legge 31 dicembre 1982, n. 979, dalla legge 28 febbraio 1985, n. 47, e successive modificazioni, dal decreto-legge 27 giugno 1985, n. 312, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1985, n. 431, dal decreto del Presidente della Repubblica 24 maggio 1988, n. 203, dalla legge 6 dicembre 1991, n. 394, dal decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 95, dal decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 99, dal decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 230, dal decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22, e successive modificazioni, dal decreto legislativo 11 maggio 1999, n. 152, dal decreto legislativo 17 agosto 1999, n. 334, dal decreto legislativo 4 agosto 1999, n. 372, e dal testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, approvato con decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490;

e) prevedere che i soggetti di cui all'alinea del presente comma sono responsabili in relazione ai reati commessi, a loro vantaggio o nel loro interesse, da chi svolge funzioni di rappresentanza o di amministrazione ovvero da chi esercita, anche di fatto i poteri di gestione e di controllo ovvero ancora da chi e' sottoposto alla direzione o alla vigilanza delle persone fisiche menzionate, quando la commissione del reato e' stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi connessi a tali funzioni; prevedere l'esclusione della responsabilità dei soggetti di cui all'alinea del presente comma nei casi in cui l'autore abbia commesso il reato nell'esclusivo interesse proprio o di terzi;

f) prevedere sanzioni amministrative-effettive, proporzionate e dissuasive nei confronti dei soggetti indicati nell'alinea del presente comma;

g) prevedere una sanzione amministrativa pecuniaria non inferiore a Lire cinquanta milioni e non superiore a lire tre miliardi stabilendo che, ai fini della determinazione in concreto della sanzione, si tenga conto anche dell'ammontare dei proventi del reato e delle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente, prevedendo altresì che, nei casi di particolare tenuità del fatto, la sanzione da applicare non sia inferiore a lire venti milioni e non sia superiore a lire duecento milioni; prevedere inoltre l'esclusione del pagamento in misura ridotta;

h) prevedere che gli enti rispondono del pagamento della sanzione pecuniaria entro i limiti del fondo comune o del patrimonio sociale;

i) prevedere la confisca del profitto o del prezzo del reato, anche nella forma per equivalente;

[...]

m) prevedere che le sanzioni amministrative di cui alle lettere g), i) e l) si applicano soltanto nei casi e per i tempi espressamente considerati e in relazione ai reati di cui alle lettere a), b), c) e d) commessi successivamente alla data di entrata in vigore del decreto legislativo prevista dal presente articolo;

n) prevedere che la sanzione amministrativa pecuniaria di cui alla lettera g) e' diminuita da un terzo alla meta' ed escludere l'applicabilità di una o più delle sanzioni di cui alla lettera l) in conseguenza dell'adozione da parte dei soggetti di cui all'alinea del presente comma di comportamenti idonei ad assicurare un'efficace riparazione o reintegrazione rispetto all'offesa realizzata;

o) prevedere che le sanzioni di cui alla lettera 2) sono applicabili anche in sede cautelare, con adeguata tipizzazione dei requisiti richiesti;

individuare quattro macro aree che si dovevano aprire ai “nuovi orizzonti” del diritto penale: a) i delitti contro la PA e quelli di truffa ai danni delle pubbliche amministrazioni; b) i “reati relativi alla tutela dell'incolumità pubblica prevista dal Titolo Sesto del Libro Secondo

p) prevedere, nel caso di violazione degli obblighi e dei divieti inerenti alle sanzioni di cui alla lettera l), la pena della reclusione da sei mesi a tre anni nei confronti della persona fisica responsabile della violazione, e prevedere inoltre l'applicazione delle sanzioni di cui alle lettere g) e i) e, nei casi più gravi, l'applicazione di una o più delle sanzioni di cui alla lettera l) diverse da quelle già irrogate, nei confronti dell'ente nell'interesse o a vantaggio del quale e' stata commessa la violazione; prevedere altresì che le disposizioni di cui alla presente lettera si applicano anche nell'ipotesi in cui le sanzioni di cui alla lettera l) sono state applicate in sede cautelare ai sensi della lettera o);

q) prevedere, che le sanzioni amministrative a carico degli enti sono applicate dal giudice competente a conoscere del reato e che per il procedimento di accertamento della responsabilità si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni del codice di procedura penale, assicurando l'effettiva partecipazione e difesa degli enti nelle diverse fasi del procedimento penale;

r) prevedere che le sanzioni amministrative di cui alle lettere g), i) e l) si prescrivono decorsi cinque anni dalla consumazione dei reati indicati nelle lettere a), b), c) e d) e che l'interruzione della prescrizione e' regolata dalle norme del codice civile;

s) prevedere l'istituzione, senza nuovi o maggiori oneri a carico del bilancio dello Stato, di un'Anagrafe nazionale delle sanzioni amministrative irrogate nei confronti dei soggetti di cui all'alea del presente comma;

t) prevedere, salvo che gli stessi siano stati consenzienti ovvero abbiano svolto, anche indirettamente o di fatto, funzioni di gestione, di controllo o di amministrazione, che sia assicurato il diritto dell'azionista, del socio o dell'associato ai soggetti di cui all'alea del presente comma nei confronti dei quali sia accertata la responsabilità amministrativa con riferimento a quanto previsto nelle lettere da a) a q), di recedere dalla società o dall'associazione o dall'ente, con particolari modalità di liquidazione della quota posseduta, ferma restando l'azione di risarcimento di cui alle lettere v) e z); disciplinare i termini e le forme con cui tale diritto può essere esercitato e prevedere che la liquidazione della quota sia fatta in base al suo valore al momento del recesso determinato a norma degli articoli 2289, secondo comma, e 2437 del codice civile; prevedere altresì che la liquidazione della quota possa aver luogo anche con onere a carico dei predetti soggetti, e prevedere che in tal caso il recedente ove non ricorra l'ipotesi prevista dalla lettera l), numero 3), debba richiedere al Presidente del tribunale del luogo in cui i soggetti hanno la sede legale la nomina di un curatore speciale cui devono essere delegati tutti i poteri gestionali comunque inerenti alle attività necessarie per la liquidazione della quota, compresa la capacità di stare in giudizio, agli oneri per la finanza pubblica derivanti dall'attuazione della presente lettera si provvede mediante gli ordinari stanziamenti di bilancio per liti ed arbitraggi previsti nello stato di previsione del Ministero della giustizia;

u) prevedere che l'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori delle persone giuridiche e delle società, di cui sia stata accertata la responsabilità amministrativa con riferimento a quanto previsto nelle lettere da a) a q), sia deliberata dall'assemblea con voto favorevole di almeno un ventesimo del capitale sociale nel caso in cui questo sia inferiore a lire cinquecento milioni e di almeno un quarantesimo negli altri casi. disciplinare coerentemente le ipotesi di rinuncia o di transazione dell'azione sociale di responsabilità;

v) prevedere che il riconoscimento del danno a seguito dell'azione di risarcimento spettante al singolo socio o al terzo nei confronti degli amministratori dei soggetti di cui all'alea del presente comma, di cui sia stata accertata la responsabilità amministrativa con riferimento a quanto previsto nelle lettere da a) a q), non sia vincolato dalla dimostrazione della sussistenza di nesso di causalità diretto tra il fatto che ha determinato l'accertamento della responsabilità del soggetto ed il danno subito prevedere che la disposizione non operi nel caso in cui il reato e' stato commesso da chi e' sottoposto alla direzione o alla vigilanza di chi svolge funzioni di rappresentanza o di amministrazione o di direzione, ovvero esercita, anche di fatto, poteri di gestione e di controllo, quando la commissione del reato e' stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi connessi a tali funzioni;

z) prevedere che le disposizioni di cui alla lettera v), si applicano anche nell'ipotesi in cui l'azione di risarcimento del danno e' proposta contro l'azionista, il socio o l'associato ai soggetti di cui all'alea del presente comma che sia stato consenziente o abbia svolto, anche indirettamente o di fatto, funzioni di gestione, di controllo o di amministrazione, anteriormente alla commissione del fatto che ha determinato l'accertamento della responsabilità dell'ente.

2. Ai fini del comma 1, per "persone giuridiche" si intendono gli enti forniti di personalità giuridica, eccettuati lo Stato e gli altri enti pubblici che esercitano pubblici poteri.

del codice penale”; c) i reati di cui agli articoli 589 e 590 c.p. (*omicidio colposo e lesioni personali colpose*) qualora fossero “stati commessi con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative alla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro”; d) “i reati in materia di tutela dell'ambiente e del territorio, che siano punibili con pena detentiva non inferiore nel massimo ad un anno anche se alternativa alla pena pecuniaria” previsti da numerosi testi legislativi contenenti tutti i reati in materia di ambiente/ecologia.

Il Governo, come sappiamo, pur consapevole che la strada della responsabilità amministrativa degli enti era ormai irreversibilmente imboccata, si era reso conto che una disciplina così innovativa ed invasiva non sarebbe stata immediatamente ed agevolmente metabolizzata dal sistema delle *Societas* e degli enti ai quali tale disciplina era indirizzata. Si optò, allora, per un'attuazione graduale della legge delega e la neo introdotta responsabilità fu circoscritta ai “reati presupposto” richiamati negli articoli 24 e 25 del D.lgs. n. 231/2001, vale a dire, quei reati incentrati su un danno patrimoniale, funzionale ed istituzionale della Pubblica Amministrazione o dello

Stato⁷². Pertanto, l'elenco iniziale comprendeva i reati di malversazione a danno dello Stato (art. 316-*bis* c.p.), indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato (art. 31-*ter* c.p.), concussione (art. 317 c.p.), corruzione (artt. 318-322-*bis* c.p.), truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico (art. 640, comma 2, n. 1, c.p.), truffa per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640-*bis* c.p.), frode informatica (art. 640-*ter* c.p.), oltre al reato di inosservanza della misura cautelare o della sanzione interdittiva applicata all'ente commesso nello svolgimento dell'attività dell'ente e nell'interesse o a vantaggio del medesimo (art. 23, D.lgs. n. 231/2001).

L'attesa dell'ampliamento delle fattispecie di reati-presupposto da cui deriva la responsabilità degli enti durò poco. A soli due mesi dall'approvazione del D.lgs. n. 231/2001 iniziò il processo di ampliamento.

A partire dall'art. 25 *bis* le nuove fattispecie non furono introdotte avvalendosi di poteri collegati alla legge delega, ma formarono oggetto di puntuali ed autonomi interventi legislativi *ad hoc* del Parlamento.

⁷²Cfr. GIARDA, *I reati presupposto*, in GIARDA, MANCUSO, SPANGHER e VARRASO (a cura di), *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, IPSOA, 2007, pag. 211 ss.

Da questo *modus operandi* si evidenziano due profili assai importanti: il primo fu il richiamo di nuovi e successivi interventi normativi per l'introduzione della singola fattispecie, il secondo fu l'evoluzione maggiore delle *aree criminalizzate*, andando ben oltre ai limiti imposti dalla legge 300/2000.

Oggi, la risultante di tutte le modifiche apportate al decreto presenta una *Sezione III del Capo I* necessariamente ricca di fattispecie incriminatrici⁷³ in risposta ai continui e repentini cambi del “Regno del Mercato” che vedono come principale interlocutore l'impresa e la sua naturale capacità di adattamento.

⁷³Capo I, Sezione III: *Responsabilità amministrativa da reato*
art. 24: “*Indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche e frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico*”.
art. 24-bis: “*Delitti informatici e trattamento illecito di dati*”
art. 24-ter: “*Delitti di criminalità organizzata*”
art. 25: “*Concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità e corruzione*”
art. 25-bis: “*Falsità in monete, in carte di pubblico credito, in valori di bollo e in strumenti o segni di riconoscimento*”
art. 25-bis.1.: “*Delitti contro l'industria e il commercio*”
art. 25-ter: “*Reati societari*”
art. 25-quater: “*Delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico*”
art. 25-quater.1.: “*Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili*”
art. 25-quinques: “*Delitti contro la personalità individuale*”
art. 25-sexies: “*Abusi di mercato*”
art. 25-septies: “*Omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro*”
art. 25-octies: “*Ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita*”
art. 25-novies: “*Delitti in materia di violazione del diritto d'autore*”
art. 25-decies: “*Induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria*”
art. 25-undecies: “*Reati ambientali*”.

2. Il procedimento di accertamento

Prima di concentrare il *focus* di questo elaborato sui suoi aspetti di dinamica gius-economica, è doveroso muovere le ultime considerazioni in tema di “Principi Generali” in seno al decreto 231.

Come si era accennato al capitolo precedente⁷⁴, in sede di attuazione di delega, il legislatore delegato, nonostante le ottime premesse, in fase di creazione del procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni amministrative ha “operato scelte tecniche del tutto prive del necessario supporto del potere delegante”⁷⁵.

Gli articoli 34⁷⁶ e 35⁷⁷ del D.lgs. 231/2001 dettano le disposizioni generali sul procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni amministrative. Le due norme assumono un rilievo fondamentale, perché stabiliscono, da un lato, che per tale

⁷⁴Cfr. *supra*, capitolo I, par.1, nota 5, pag. 5.

⁷⁵Cfr. GIARDA, MANCUSO, SPANGHER e MARRASO (a cura di), *Responsabilità “penale” delle persone giuridiche*, Ipsoa, 2007, pag. IX.

⁷⁶Art. 34. *Disposizioni processuali applicabili*

1. Per il procedimento relativo agli illeciti amministrativi dipendenti da reato, si osservano le norme di questo capo nonché, in quanto compatibili, le disposizioni del codice di procedura penale e del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271.

Nota all'art. 34:- Il decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, reca: "Norme di attuazione di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale".

⁷⁷Art. 35. *Estensione della disciplina relativa all'imputato*

1. All'ente si applicano le disposizioni processuali relative all'imputato, in quanto compatibili.

procedimento si osservano, oltre che le norme del decreto, quelle del codice di procedura penale, in quanto applicabili; dall'altro lato, che all'ente si applicano le disposizioni processuali relative all'imputato, in quanto compatibili. In sostanza, la scelta del Governo è stata, dunque, quella di privilegiare il procedimento penale come luogo dell'accertamento e di applicazione delle sanzioni, collocando inequivocabilmente l'ente nella stessa condizione dell'imputato.

Come abbiamo avuto modo di dire, e lo si vuol ripetere, la ragione di questo intervento è duplice e deriva dalla necessità di coniugare le esigenze di effettività e di garanzia dell'intero sistema. Per un verso, infatti, si è preso atto dell'insufficienza dei poteri istruttori riconosciuti alla pubblica amministrazione del modello procedimentale delineato dalla legge n. 689/1981 rispetto alle esigenze di accertamento che si pongono all'interno del sistema di responsabilità degli enti. Poiché l'illecito penale è uno dei presupposti di tale responsabilità, occorre disporre di tutti i necessari strumenti di accertamento di cui è provvisto il procedimento penale, nettamente più incisivi e penetranti rispetto all'arsenale di poteri istruttori contemplato

nella legge 689/1981.

In altre parole la scelta di sfruttare sia le potenzialità di accertamento sia le garanzie del processo penale è giustificata dalla connotazione fortemente afflittiva di alcune delle sanzioni comminabili all'ente⁷⁸ e dalla struttura complessa dell'illecito amministrativo, che presuppone la commissione di un fatto-reato⁷⁹. Per questo la *voluntas* del legislatore deve essere ritenuta un sicuro indice di estensione dell'ente di tutte le garanzie costituzionali in tema di processo penale.

La scelta compiuta è decisamente innovativa rispetto a quella a suo tempo operata dalla legge n. 689/1981, che assegna al giudice penale una cognizione del tutto occasionale dell'illecito amministrativo. Il “nuovo” decreto, infatti, introduce la regola secondo la quale l'accertamento della responsabilità amministrativa delle imprese deve avvenire in seno al processo penale.

Si avranno, naturalmente, delle conseguenze in tema di compiti e

⁷⁸Cfr. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti “amministrativi” da reato (Dal d. lgs. n. 231 del 2001 alla legge n. 146 del 2006)*, Torino, Giappichelli, 2006, pag. 100.

⁷⁹Cfr. CORVI, *Attribuzioni del giudice penale in materia di responsabilità degli enti*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti. D. Lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, Giuffrè, Milano, 2002, pag. 204 ss.

sui confini della giurisdizione penale. Infatti, al giudice penale competerà non solo l'accertamento in ordine alla sussistenza del reato contestato e dei presupposti per l'eventuale applicazione delle misure di sicurezza nei riguardi della persona fisica, ma anche la verifica circa l'applicazione delle sanzioni amministrative a carico dell'ente⁸⁰.

Il D.lgs. 231/2001 presenta i meccanismi processuali di accertamento della responsabilità degli enti «sull'ovvio presupposto del normale convergere di responsabilità»⁸¹ e per questo demanda al giudice penale l'accertamento di tale illecito, nella maggior parte dei casi in un contesto giudiziario riunito a quello che concerne la responsabilità penale.

A seguire, gli artt. 36 (“*Attribuzioni al giudice penale*”) e 38 (“*Riunione e separazione dei procedimenti*”) attestano, da un lato, la volontà del legislatore di ampliare l'ambito cognitivo del giudice penale, dall'altro, di favorire la trattazione unitaria del processo a carico dell'autore del reato-presupposto e del procedimento per

⁸⁰ Cfr. GIARDA, *Un sistema ormai a triplo binario*, cit., pag. 194; ID., *Aspetti problematici del procedimento di accertamento delle sanzioni amministrative*, in *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, in *Cass. Pen.*, 2003, suppl. al n. 6, pag. 112.

⁸¹ Cfr. PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti nell'ordinamento italiano*, in *Responsabilità degli enti per reati commessi nel loro interesse*, *Atti del convegno di Roma*, 30 novembre – 1° dicembre 2001, in *Cass. Pen.*, 2003, suppl. al n. 6, pag. 23.

l'accertamento dell'illecito amministrativo dell'ente, con conseguente appesantimento del processo a scapito dell'esigenza di celerità nella sua definizione.

Il primo dei due articoli - l'art. 36 - non modifica il sistema delle competenze stabilito dal codice di procedura penale e, in tal modo, garantisce il rispetto della garanzia costituzionale del giudice naturale precostituito per legge⁸². La norma citata stabilisce che la competenza a conoscere gli illeciti amministrativi dell'ente appartiene al giudice penale competente per i reati dai quali gli stessi dipendono, quindi, è giusto che per il procedimento di accertamento si osservino le disposizioni sulla composizione del tribunale e le disposizioni processuali collegate relative ai reati dai quali l'illecito amministrativo dipende. Tale potere cognitivo resta "immutato"⁸³ anche nel caso in cui, in forza del canone dell'autonomia della responsabilità dell'ente

⁸²Cfr. BELLUTA, *Le disposizioni generali sul processo agli enti tra richiami codicistici e autonomia di un sistema in evoluzione*, in BERNASCONI (a cura di), *Il processo de societatae*, Milano, 2007, pag. 23.

⁸³Immutato, ma non senza problemi. Infatti, in tale eventualità l'organo investito del giudizio sulla responsabilità, pur chiamato a risolvere "*incidenter tantum* la questione penalistica", laddove risulti ignoto l'autore del reato non è in grado di stabilire quali siano i criteri soggettivi di attribuzione della responsabilità cui occorre far capo e, più precisamente, se il reato sia stato commesso da un soggetto in posizione apicale ovvero subordinata, con ciò che ne consegue in ordine alla ripartizione dell'onere probatorio. In secondo luogo, bisogna notare che il giudice non ha modo di accertare la sussistenza del presupposto oggettivo fissato dall'art. 5, ovvero se l'autore del reato abbia agito nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

dettato dall'art. 8, dovesse instaurarsi o proseguire nei confronti del solo soggetto collettivo⁸⁴.

L'art. 38 regola i casi di riunione e di separazione dei procedimenti e accoglie il principio del *simultaneus processus*. La regola in esso contenuta si pone in controtendenza rispetto a quella riscontrabile nel codice di procedura penale, che, viceversa, opta per uno spiccato *favor separationis*. L'ipertrofia del procedimento, come l'esperienza della connessione ha insegnato, genera, secondo parte della dottrina, «macchine male governabili»⁸⁵ e, di conseguenza, la scelta espressa dal legislatore delegato nell'art. 38 non si sottrae a questa condizione⁸⁶. La pretesa, espressa da tale scelta legislativa, di un avvio e di una evoluzione congiunta del procedimento a carico della persona fisica e di quello celebrato nei confronti della persona

⁸⁴Tra i principi generali in seno al decreto, l'articolo 8 si presenta come una “norma di diritto processuale”. Sul punto cfr. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale d'impresa*, cit., pag. 330.

⁸⁵Cfr. CORDERO, *Procedura Penale*, VIII ed., Milano, Giuffrè, 2006, pag. 1386.

⁸⁶Cfr. GARUTI, *Persone giuridiche e “processo” ordinario di cognizione*, in *Dir. Pen. E Proc.*, 2003, pag. 137, «la soluzione normativa adottata nell'ambito del D.lgs. 231/2001 rappresenta sicuramente una anomalia dal punto di vista sistematico, ma risulta assai opportuna dal punto di vista pratico, in quanto permette di valutare in modo essenzialmente unitario –limitando dunque il pericolo di decisioni contrastanti– fattispecie tra loro strettamente legate. Sotto un profilo giuridico siamo di fronte ad un cumulo processuale –non necessario– di competenze principali conseguente ad un rapporto di *pregiudizialità ipso facto* connotato in termini di dipendenza dell'illecito amministrativo da quello criminoso».

giuridica può (*ed ha fatto*⁸⁷) complicare in svariati casi la conduzione di entrambi. Il rapporto di dipendenza intercorrente tra l'illecito amministrativo e il reato e, in ultima analisi, gli argomenti fondati sulla sostanziale unitarietà del fatto da cui gli illeciti prendono vita, tuttavia, hanno prevalso sulle controindicazioni adducibili nei confronti dell'istituzione di un meccanismo che favorisse al massimo il cumulo delle *res iudicandae*, in favore di una unitarietà di giudicati e di celerità processuale.

2.1. L'ente come imputato

Il sistema così come delineato dal D.lgs. 231/2001 prova a delineare un'equiparazione tra la persona giuridica e l'imputato. Tale affermazione si rinviene negli intenti dell'art. 35 del decreto, secondo il quale all'ente si applicano le disposizioni processuali relative all'imputato, in quanto compatibili⁸⁸.

Nella fattispecie, escludendo le teorie dottrinarie elaborate, le sole

⁸⁷A quasi 15 anni di applicazione del decreto 231/2001 si può rilevare come le perplessità iniziali mosse dalla dottrina trovino ancora oggi conferma nella prassi.

⁸⁸Nonché quelle concernenti la persona sottoposta ad indagini in ragione dell'applicabilità dell'art. 61 c.p.p., cfr. GIARDA, *Un sistema ormai a triplo binario*, cit., pag. 186. Nello stesso senso, cfr. BELLUTA, *La responsabilità degli enti, art. 35*, cit., pag. 353.

norme che riguardano l'ente come imputato sono quelle che lo vedono come soggetto del processo dotato di poteri, doveri, oneri, facoltà⁸⁹.

Il “nodo⁹⁰” che deve essere affrontato riguarda la presunzione di non colpevolezza. Infatti, per poter capire l'importanza dei Modelli organizzativi è opportuno capire come il legislatore abbia configurato l'onere della prova nei confronti degli enti.

L'art. 6 del decreto pone a carico dell'ente la prova della propria innocenza, costruzione, questa, che contrasta col fondamentale principio della presunzione di non colpevolezza che esige – viceversa – di far gravare sul pubblico ministero la dimostrazione della colpevolezza.

Quando la responsabilità dell'ente dipende dalla commissione di un reato da parte di un soggetto apicale, spetta all'ente (e non

⁸⁹GIARDA, *Aspetti problematici del procedimento di accertamento delle sanzioni amministrative, la responsabilità da reato degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, Atti del convegno di Roma, 30 novembre 1° dicembre 2001, in *Cass. Pen.*, 2003, suppl. al num. 6, pag. 115.

⁹⁰I nodi in realtà sono molteplici. Sotto il profilo di una ricostruzione “penale” del processo in capo all'ente si denota come molti istituti non siano compatibili con le garanzie offerte all'imputato persona fisica. Ad esempio: Art. 44 in materia di incompatibilità con l'ufficio di testimone nel caso di persona imputata del reato da cui dipende la responsabilità dell'ente, oppure, nel caso del rappresentante indicato nella dichiarazione di cui all'art. 39 comma 2 che rivestiva tale funzione anche al momento della commissione del fatto-reato; novità assoluta è contenuta nell'art. 43 secondo il quale l'“irreperibilità” dell'ente impone la sospensione del procedimento. Il legislatore ha preso in esame il caso in cui non si possa procedere alla notificazione, secondo le modalità determinate dall'art. 43 commi 1 e 2, per la difficoltà di rintracciare il legale rappresentante ovvero di individuare la sede sociale. In tale caso la *ratio sottesa* è quella di non instaurare un processo senza la prova che l'ente ne abbia avuta effettiva conoscenza.

all'accusa) dimostrare l'adozione ed il corretto funzionamento dei piani di organizzazione e di gestione, con il serio pericolo di coltivare e pervenire ad affermazioni di responsabilità *in re ipsa*. Sul punto si deve precisare che l'onere della prova della responsabilità dell'ente appare diverso a seconda che l'autore dell'illecito sia un soggetto posto in posizione apicale, ovvero subordinata, valendo nei due casi le differenti regole di imputazione soggettiva presenti agli artt. 6 e 7 del D.lgs. n. 231/2001⁹¹. In particolare, se il reato presupposto è stato commesso da un soggetto in posizione “apicale”, il pubblico ministero pare sia gravato di un onere più “leggero”⁹². Alla pubblica accusa basterà dimostrare un triplice ordine di elementi, costitutivi dell'addebito mosso all'ente ai sensi dell'art. 59: inclusione del reato nell'elenco previsto dall'articolo 24 e ss.; la corrispondenza tra l'imputato e una delle persone indicate nell'ambito dell'art. 5 comma 1 lett. a); l'interesse o il vantaggio conseguito dall'ente a seguito del

⁹¹Cfr. DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. Amministrativa degli enti: la parte “generale” e la parte “speciale” del d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, in GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, Cedam, 2002, pag. 57 ss.

⁹²Cfr. BERNASCONI, *Modelli organizzativi, regole di giudizio e profili probatori*, in BERNASCONI (a cura di), *Il processo penale de societate*, Milano, Giuffrè, 2006, pag. 55 ss., in cui viene analizzato «l'alleggerimento probatorio dell'onere dimostrativo della pubblica accusa».

compimento del reato.

In questo caso risulta, in capo alla difesa, una *probatio diabolica* della scusante di cui all'art. 6. Infatti, come già più volte detto, spetta all'ente provare che ha adottato un adeguato sistema di prevenzione e protezione del rischio di commissione dei reati a livello apicale, che ha provveduto a istituire un autonomo organo di controllo cui sono demandati i poteri di vigilanza, che il reato è stato commesso eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione adottati dall'ente, infine, che non vi è stata omessa od insufficiente vigilanza da parte dell'organo di controllo.

Il rischio della mancata prova da parte dell'ente di una delle citate circostanze ricade sul medesimo, imponendo al giudice una sentenza di condanna⁹³.

⁹³Cfr. BERNASCONI, *I profili della fase investigativa e dell'udienza preliminare*, in GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, Cedam, 2002, pag. 299 e ss. « confortata da una regola di giudizio a maglie larghe, la contestazione dell'illecito amministrativo all'ente per un fatto commesso da persona in posizione di vertice (*ex art. 5 lett. a*) vanta elevate probabilità non solo di approdare al dibattimento ma, altresì, di sfociare in una sentenza di condanna. Infatti, l'art. 6 comma 1 specifica che l'ente non risponde solo se riesce a dimostrare che “l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire i della specie di quello verificatosi” (lett. a), il compito di “vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli, di curare il loro aggiornamento è stato affidato ad un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di controllo” (lett. b), le persone “hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e gestione” (lett. c), non vi è stata – infine – “omessa o insufficiente vigilanza” da parte dell'organismo di controllo (lett. d). L'onere di probatorio grava sull'impresa, la quale potrà

Unica nota a favore dell'ente sarà riscontrabile qualora esista un dubbio circa la sussistenza dell'interesse o del vantaggio in capo all'ente a seguito della commissione del reato, ovvero circa la realizzazione del reato presupposto.

Viceversa, valutando il caso in cui l'illecito sia commesso da un soggetto “subordinato”, ai sensi dell'art. 7, l'ente non risponderà se risulta l'adozione di protocolli di comportamenti aziendali, la cui efficacia deve essere costantemente garantita e verificata attraverso un sistema di controllo preventivo e repressivo. Spetta in questo caso all'accusa dimostrare sia la mancata adozione di un efficace modello di comportamento sia l'omessa vigilanza. Ne consegue che l'insufficienza o la contraddittorietà degli elementi probatori sul punto dovranno condurre ad una assoluzione.

In ultima analisi, problematica, dal punto di vista procedurale, appare la norma contenuta nell'art. 8 (*autonomia della responsabilità amministrativa degli enti*), laddove è stabilito che la responsabilità amministrativa sussiste anche nel caso di mancata identificazione

dimostrare la propria estraneità “soltanto provando la sussistenza di una serie di requisiti tra loro concorrenti”: facile prevedere come questo compito non sia agevole.

dell'autore dell'illecito. Sulla base di quanto detto, il diverso regime di onere probatorio previsto dal legislatore del 2001 dipende proprio dall'identificazione del reo. Pertanto, si ritiene che nel caso di mancata identificazione il pubblico ministero non possa esimersi dal dovere contestare in modo chiaro e preciso tutti gli elementi su cui si fonda l'ipotesi di responsabilità dell'ente e, dunque, sarà la contestazione dell'illecito amministrativo a delineare e circoscrivere il conseguente onere probatorio.

3. L'introduzione dei *reati ambientali* e la connessa responsabilità amministrativa degli enti

Per effetto di una modifica legislativa⁹⁴, introdotta nel luglio 2011, ossia il D.lgs. 7 luglio 2011 n. 121⁹⁵, il legislatore italiano

⁹⁴Si veda la Circolare Assonime del 28 Maggio 2012 n. 15, la quale esamina il provvedimento legislativo che ha dato luogo ad una ulteriore modifica al D.lgs. 231/2001, estendendo la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche ai principali reati ambientali (art. 25-*undecies*). Dopo aver illustrato le novità più significative della disciplina, per valutare le conseguenze dell'applicazione della nuova normativa sull'assetto organizzativo dell'impresa, la Circolare affronta alcune questioni problematiche – natura dei reati, coordinamento con le Direttive europee sulla tutela penale dell'ambiente e con il Testo Unico dell'ambiente – e si sofferma, in particolare, sul rapporto tra sistemi di gestione ambientale e i modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire i reati previsti dal D.lgs. 231/2001 così come integrato dal D.lgs. 121/2011.

⁹⁵Decreto emanato in attuazione dell'art. 19 della l. 4 giugno 2010, n. 96 (Legge Comunitaria 2009).

aggiunge i principali reati ambientali nel catalogo dei reati da cui può derivare la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche.

All'elenco previsto dal D.lgs. 231/2001 si aggiungono, dunque: i reati in tema di specie animali e vegetali protette; distruzione di habitat all'interno di un sito protetto; scarichi idrici; gestione dei rifiuti; bonifica dei siti inquinati; emissione in atmosfera; riduzione e cessazione dell'impiego di sostanze lesive per l'ozono; sversamento di idrocarburi e altre sostanze da parte delle navi, nonché, i nuovi reati di cui agli articoli 727-*bis* e 733-*bis*⁹⁶ del codice penale.

Il decreto legislativo n. 121/2011, anche se non ha realizzato l'obiettivo sperato di riformare la materia⁹⁷, si è reso necessario per attuare la Direttiva n. 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente e la Direttiva n. 2009/123/CE (che ha modificato la direttiva n. 2005/35/CE) relativa all'inquinamento provocato dalle navi.

⁹⁶ Su cui, *supra* nel testo.

⁹⁷ In considerazione della limitazione derivante dall'entità delle pene previste dall'art. 2 della legge delega n. 96/2010, il legislatore delegato ha preferito rinviare un più completo ripensamento dei reati ambientali ad un successivo intervento normativo. Perciò, il decreto 121/2011 include soltanto quelle disposizioni strettamente necessarie a garantire l'adempimento agli obblighi comunitari scaturenti dalla direttiva 2008/99/CE. Del resto, l'esigenza di rafforzare il sistema sanzionatorio introducendo sanzioni dotate di maggiore afflittività era stata già avvertita dal legislatore che, nel corso della precedente legislatura, conclusasi anzitempo nel 2008, aveva visto la presentazione del d.d.l. 24 aprile 2007 (recante "Disposizioni concernenti i delitti contro l'ambiente") con cui si prevedeva l'inserimento di un autonomo titolo VI-*bis* del Libro secondo del codice penale dedicato ai «*Delitti contro l'ambiente*».

In particolare, la prima Direttiva citata risultò molto importante per l'aver imposto agli Stati membri di approntare sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive in relazione a condotte, offensive per l'ambiente, imputabili a persone fisiche o giuridiche, idonee a provocare danni alla salute delle persone ovvero un significativo deterioramento della qualità dell'aria, del suolo, delle acque o della fauna o della flora. Con riguardo a tali ipotesi si richiedeva, infatti, che gli Stati prevedessero anche la responsabilità delle persone giuridiche, quando gli illeciti venissero commessi con dolo o grave negligenza.

In attuazione della Direttiva⁹⁸, il D.lgs. 121/2011 ha introdotto nel codice penale una norma relativa all'uccisione, distruzione, cattura, prelievo e detenzione di esemplari di specie animali o vegetali selvatiche protette (art. 727-bis); e un'altra norma che punisce la distruzione o deterioramento di habitat all'interno di un sito protetto (art. 733-bis). È stato poi aggiunto l'articolo 25-undecies ai reati previsti dal D.lgs. 231/2001 che, oltre ai due nuovi reati sopra

⁹⁸Si fa presente che l'attuazione della direttiva 2008/99/CE è stata però parziale, in quanto delle nove fattispecie ivi descritte la legge italiana ha espressamente ripreso solo le due norme inserite nel codice penale. Non sono state prese in considerazione con la stessa formula prevista dalla direttiva le altre fattispecie, perché – come si evince dalla Relazioni Illustrativa – gran parte delle condotte sono già presenti nel nostro ordinamento nel codice dell'ambiente e in altre leggi speciali.

menzionati, ha incluso altre figure di reato già disciplinate come illeciti nel Testo Unico dell'ambiente e nelle altre leggi speciali.

Le condotte considerate dall'art. 25-undecies sono quelle poste in essere da chiunque: - effettui lo scarico di acque reflue industriali contenenti le sostanze pericolose (art. 137 del TUA); - raccolga, trasporti, recuperi, smaltisca, commeri e faccia intermediazione di rifiuti in mancanza della prescritta autorizzazione, iscrizione o comunicazione (art. 256, comma 1); - realizzi o gestisca una discarica non autorizzata (art. 256, comma 3); - non osservi le prescrizioni contenute nell'autorizzazione alla gestione di una discarica o alle altre attività concernenti rifiuti (art. 256, comma 4); - misceli in modo non consentito i rifiuti (art. 256, comma 5); - depositi temporaneamente presso il luogo di produzione rifiuti pericoli sanitari (art. 256, comma 6); - predisponga un certificato di analisi dei rifiuti contenente indicazioni false sulla natura, composizione e caratteristiche chimico-fisiche dei rifiuti nonché, chi faccia uso di un certificato falso durante il trasporto (art. 258, comma 4); - effettui una spedizione di rifiuti costituente traffico illecito (art. 259, comma 1); - Al fine di conseguire

un ingiusto profitto, con più operazioni e attraverso l'allestimento di mezzi e attività continuative organizzate, cede, riceve, trasporta, esporta, importa, o comunque gestisca abusivamente ingenti quantità di rifiuti (art. 260, commi 1 e 2); - nella predisposizione di un certificato di analisi di rifiuti, utilizzato nell'ambito del sistema di controllo della tracciabilità dei rifiuti (SISTRI⁹⁹) fornisce false indicazioni sulla natura, sulla composizione e sulle caratteristiche chimico-fisiche dei rifiuti e inserisca un certificato falso nei dati da fornire ai fini della tracciabilità dei rifiuti (art. 260-bis, comma 6); - durante il trasporto fa uso di un certificato di analisi di rifiuti contenente false indicazioni sulla natura, sulla composizione e sulle caratteristiche chimico-fisiche dei rifiuti trasportati (art. 260-bis, comma 7) o dal trasportatore che accompagna il trasporto di rifiuti con una copia cartacea della scheda SISTRI-AREA Movimentazione fraudolentemente alterata (art. 260-bis, comma 8); - inquina il suolo, il

⁹⁹La legge 148/2011 prevede che al fine di garantire un adeguato periodo transitorio per consentire la progressiva entrata in operatività del *Sistema di controllo della tracciabilità dei rifiuti* (SISTRI), nonché l'efficacia del funzionamento delle tecnologie connesse al SISTRI, il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, di concerto con il concessionario SISTRI e le associazioni di categoria maggiormente rappresentative assicura la verifica tecnica dei software ed hardware con lo sviluppo di test di funzionamento con l'obiettivo della più ampia partecipazione degli utenti.

sottosuolo, le acque superficiali o sotterranee con il superamento delle concentrazioni soglia di rischio, se l'autore del reato non provvede alla bonifica in conformità al progetto approvato dall'autorità competente nell'ambito del procedimento di cui agli articoli 242 e seguenti. Si applica una maggiore sanzione in caso di inquinamento determinato da sostanze pericolose (art. 257); - determini il superamento dei valori limite di emissione cagionando anche il superamento dei valori limite di qualità dell'aria previsti dalla vigente normativa (art. 279, comma 5); - in violazione di quanto previsto dal decreto del Ministero del commercio con l'estero del 31/12/1983, importi o esporti, sotto qualsiasi regime doganale, detenga, venda, offra in vendita, trasporti, anche per conto terzi, esemplari di specie protette (art. 1 e 2 L. 150/1992).

3.1. Applicazione dell'articolo 25-*undecies*

Le ipotesi di reato sopra richiamate risultano di notevole interesse ai fini della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche. Tuttavia, non appare chiaro il criterio seguito nella selezione operata

dal legislatore interno che, da un lato, attribuisce rilievo a condotte solo formali, mentre, dall'altro lato, esclude fattispecie connesse ad un possibile disastro ambientale riconducibili agli artt. 434 (Crollo di costruzioni e altri disastri dolosi) e 449 c.p. (delitti colposi di danno)¹⁰⁰.

Per quanto riguarda il sistema sanzionatorio, a carico degli enti sono previste sanzioni di carattere pecuniario, interdittive, di confisca e di pubblicazione della sentenza.

Vale dunque la pena di distinguere la “Criminalità d'impresa” dalla “Impresa Criminale”. La varietà dei reati presupposto in materia ambientale, che estendono ulteriormente l'ambito di applicazione del D.lgs. 231/2001, induce cioè a distinguere le ipotesi in cui l'evento dannoso o pericoloso può essere il risultato di un comportamento frutto di un'occasionale negligenza oppure di un'intenzionale condotta da parte di un'impresa che, nell'esercizio della sua attività, sia consapevole di incorrere in un reato ambientale.

Il meccanismo premiale che è alla base della disciplina introdotta

¹⁰⁰SCARCELLA, *Responsabilità degli enti e modelli organizzativi ambientali: il recepimento della direttiva 2008/99/CE*, in *Resp. amm. soc. e Enti*, 2011, pag. 64 ss.

con il D.lgs. 231/2001, e che può portare all'esonero delle responsabilità dell'ente, è fondato sull'idea che la società deve cercare di prevenire la commissione di reati, commessi da apicali o da soggetti sottoposti all'altrui direzione, nell'interesse o a vantaggio dell'impresa, attraverso la predisposizione di adeguati modelli organizzativi. Sull'osservanza di questi è chiamato poi a vigilare l'Organismo di Vigilanza. L'ente andrà esente da responsabilità se dimostra, nel caso di reati commessi da soggetti in posizione di vertice, di avere in tal senso: “adeguatamente organizzato l'impresa e vigilato sull'attuazione dei modelli di organizzazione”. L'ente è, inoltre, esonerato se dimostra l'elusione fraudolenta dei modelli organizzativi medesimi.

La disciplina introdotta con il decreto è stata dunque, lo si ripete, originariamente creata con l'obiettivo primario di contrastare la criminalità d'impresa, prevenendo la commissione dei reati piuttosto che andando a sanzionare direttamente l'impresa, in quanto, un'adeguata organizzazione interna non appare sufficiente ad impedire l'attività dell'impresa criminale. Appare difficile infatti, che un modello organizzativo, per quanto ben strutturato, possa essere efficace se è

l'attività nel suo complesso ad essere illegale (se l'ente ha, per esempio, come unico scopo il traffico illecito di rifiuti, tutta la catena produttiva sarà coinvolta sistematicamente nella violazione della legge). In questi casi l'unica misura efficace può essere, e deve esserlo, l'interdizione definitiva dall'attività.

Tuttavia, la constatazione della progressiva estensione del decreto 231/2001 anche a tipi di reati caratteristici dell'impresa criminale dimostra che la finalità attuale del decreto è ormai tanto preventiva, quanto punitiva¹⁰¹.

Come si evince dalla lettura del citato articolo *25-undecies* l'elenco delle condotte illecite rilevanti coincide sostanzialmente con quello contenuto nelle Direttive 2008/99/CE e 2009/123/CE, ma il risultato interpretativo che ne deriva è fondamentalmente diverso e merita attenzione. Il confronto tra normativa comunitaria e D.lgs. 121/2011 rivela, infatti, che le condotte contemplate dalle Direttive riguardano reati di Evento ad eccezione della “spedizione illecita di rifiuti” (art. 3 *lett. c*) Direttiva 2008/99/CE).

In primo luogo, le Direttive subordinano l'applicazione della

¹⁰¹Cfr. Circolare Assonime n. 15/2012, pag. 12 e ss.

sanzione penale all'ipotesi in cui dalla commissione dell'illecito derivi un danno o un pericolo per l'ambiente e per la salute dell'uomo. Si richiede dunque, ai fini della condanna, che venga dimostrata la relazione tra la condotta posta in essere ed il pregiudizio sofferto dall'ambiente e/o dalle persone.

Nel nostro sistema, invece, le condotte che integrano i reati ambientali rilevano anche come violazioni formali, a prescindere dal verificarsi di un evento dannoso o pericolo. Inoltre, la maggior parte dei reati contemplati hanno natura contravvenzionale.

Come abbiamo avuto modo di vedere, si contrappone cioè un modello di reati di “Evento” (voluti dalle Direttive) a un modello di reati di “Pericolo” (attuato dalla legge italiana). La differenza tra l'una e l'altra ipotesi è rilevante sul piano delle conseguenze, dal momento che nel nostro sistema si è adottata una tecnica di tutela anticipata che punisce la condotta in quanto astrattamente pericolosa, prescindendo dall'offesa ad un concreto bene giuridico.

In secondo luogo, la Direttiva 2008/99/CE richiede che il reato sia posto in essere con dolo o grave negligenza, mentre il D.lgs.

121/2001 non precisa nulla sul profilo psicologico della condotta con l'effetto che, nel nostro sistema, nella parte in cui si prevede che i reati di cui si discute siano delle contravvenzioni (e non dei delitti) ad integrare il reato è sufficiente anche la colpa semplice, da intendersi come negligenza, imprudenza e imperizia nello svolgimento dell'attività non connotata da alcun grado di gravità. Si afferma in dottrina che: «data tale struttura, che non sempre li rende gravemente offensivi, i reati sono previsti in forma di contravvenzione, quindi imputabili indifferentemente a titolo di dolo e di colpa, e sono sanzionati con pene blande, di scarsa effettività, potendo godere nella maggior parte dei casi, del beneficio dell'obiezione e, sempre, dalla sospensione condizionale»¹⁰².

Dal punto di vista soggettivo, dunque, i reati ambientali rilevanti ai fini del D.lgs. 231/2001 finiscono per essere imputabili all'ente talvolta anche a titolo di colpa, talvolta a titolo di dolo e talvolta, come già accennato, indifferentemente a titolo di entrambi.

Si sottolinea inoltre, che il diritto penale dell'ambiente non è stato

¹⁰²Cfr. MADEO, *Un recepimento solo parziale della Direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente*, in *Riv. pen. e proc.*, 2011, pag. 1064 e ss.

munito di quelle sanzioni “proporzionate, efficaci e dissuasive volute dalla Direttiva”, né per quanto riguarda le condotte poste in essere da persone fisiche autori del reato, né per le persone giuridiche chiamate a rispondere a titolo di responsabilità amministrativa. Da un lato, infatti, «si realizza, anche nei confronti degli enti, una forte anticipazione della tutela penale, estesa a comportamenti prodromici rispetto alla realizzazione di tali fatti dannosi, in quanto tali, sforniti di per sé di una diretta lesività per i beni giuridici tutelati, con un effetto moltiplicatore delle sanzioni a carico delle imprese palesemente sproporzionato»¹⁰³. Dall'altro lato, il sistema sanzionatorio delineato dall'art. 25-*undecies* rivela come, in relazione ad alcune ipotesi, le sanzioni siano previste nella medesima misura per reati di gravità notevolmente diversa, con difetto di proporzione.

Nella prospettiva della costruzione di modelli organizzativi adeguati a prevenire gli illeciti ambientali, questa difficoltà si traduce in un ulteriore sforzo da parte dell'impresa nell'individuazione concreta delle condotte vietate e, in conseguenza di questo fatto, nell'attività di

¹⁰³In questi termini, *Osservazioni di Confindustria* allo “Schema di decreto legislativo di recepimento della Direttiva 2008/99/CE e della Direttiva 2009/123/CE che modifica la Direttiva 2005/35/CE relativa all'inquinamento provocato dalle navi, del 29 aprile 2011”.

monitoraggio delle aree di rischio.

L'estrema eterogeneità dei reati presupposto rappresenta inoltre, in concreto, la maggiore difficoltà che si pone all'impresa che intenda adeguarsi all'art. 25-*undecies* del D.lgs. 231/2001.

3.2. *Corporate Social Responsibility* e sistemi di controllo ambientale

Fino ad oggi, l'attenzione da parte delle imprese verso l'ambiente è rientrata tra gli obiettivi della *Corporate Social Responsibility*¹⁰⁴. Con questa espressione si fa riferimento, stando alla definizione inizialmente data dalla Commissione Europea, all'«integrazione volontaria delle preoccupazioni sociali ed ecologiche delle imprese nelle loro operazioni commerciali e nei loro rapporti con le parti interessate. Essere socialmente responsabili significa non solo soddisfare pienamente gli obblighi giuridici applicabili, ma anche andare al di là investendo “di più” nel capitale umano, nell'ambiente e

¹⁰⁴Va segnalato che, di recente, il tema della Responsabilità Sociale d'Impresa è indicato come una priorità nell'azione della Commissione Europea. Cfr. EUCOM, 25 ottobre 2011 che offre una definizione di RSI più ampia guardando agli impatti dell'attività d'impresa sulla società nel suo complesso.

nei rapporti con le parti interessate».

Si tratta comunque di *Soft Law*, nel senso che è una scelta dell'impresa quella di adeguarsi alla *best practice* di settore quando essa viene tradotta in norme, seppure non vincolanti in quanto non emanate dal legislatore. Nel carattere non vincolante della disciplina si coglie un tratto comune con il D.lgs. 231/2001 che prevede la possibilità di essere esonerati dalla responsabilità amministrativa per gli enti che abbiano osservato le prescrizioni in esso contenute, ma non prevede alcuna sanzione per il fatto di non adeguarsi¹⁰⁵.

Le imprese, specie di grandi dimensioni, partecipano alla RSI mediante l'adozione di bilanci, rapporti sociali, ambientali, di sostenibilità. Assumono rilievo anche le creazioni di *Sistemi di Gestione* socialmente responsabili per i quali si prevede il meccanismo delle certificazioni rilasciate da Enti terzi indipendenti.

Attraverso l'implementazione di un SGA è peraltro possibile monitorare costantemente il rispetto della normativa in materia ambientale. Per costruire l'SGA l'impresa deve dunque osservare

¹⁰⁵Cfr. MANACORDA, *Responsabilità amministrativa e responsabilità sociale delle imprese: divergenze e convergenze*, in *Resp. amm. soc.*, 2007, pag. 59 e ss. In cui si evidenzia il confronto tra la *filosofia 231* e la RSI.

alcune procedure che prevedono passaggi obbligati. Innanzitutto deve: predisporre un documento di politica ambientale (per certi versi assimilabile al *Codice Etico*); prevedere l'attività di pianificazione con identificazione dei più significativi aspetti ambientali dell'organizzazione, al fine di valutare quali dei propri aspetti ambientali possano determinare impatti ambientali rilevanti (il criterio di identificazione e valutazione deve essere definito sulla base di elementi oggettivi). Occorre cioè svolgere un'analisi sulle attività aziendali dirette ed indirette che mostrino possibili interazioni dirette con l'ambiente.

A questa fase segue quella fondamentale di ricognizione degli obblighi giuridici che incombono sull'impresa previsti per legge o assunti con l'autoregolamentazione. Completata l'analisi, l'impresa deve stabilire gli obiettivi che intenderà raggiungere e la relativa tempistica, i responsabili del SGA, i processi di formazione del personale e le procedure che intende attuare.

L'ultima fase è rivolta alla creazione dei meccanismi per il monitoraggio delle attività, per tenere sotto controllo il mantenimento

e l'efficacia del medesimo SGA¹⁰⁶.

Inquadrate le fasi più rilevanti di progettazione ed attuazione di un sistema di gestione ambientale, va precisato che nella prospettiva di conformità ai requisiti del Modello Organizzativo 231, vi sono alcune attività integrative che è comunque necessario realizzare per potenziare il sistema. In particolare si tratterà di: integrare l'analisi ambientale inizialmente svolta con una specifica identificazione degli ambienti aziendali di interesse rispetto ai reati ambientali; valorizzare le sinergie tra Politica ambientale e Codice Etico; curare ed evidenziare maggiormente, nell'ambito dell'assetto organizzativo e delle responsabilità, la separazione tra compiti e funzioni per le attività a rischio, evitando l'eccessiva sovrapposizione su singole figure; arricchire le procedure e gli strumenti di gestione ambientale, di controllo e monitoraggio, con misure dedicate specificatamente alla prevenzione dei reati; istituire l'OdV e definirne chiaramente i compiti, soprattutto in rapporto alle attività dei certificatori/verificatori e degli auditor interni.

¹⁰⁶Si veda anche PANSARELLA, *Reati ambientali: il set dei controlli a presidio*, in *Resp. amm. soc. e degli enti*, 2012, pag. 241 e ss.

A quest'ultimo riguardo, se la società decidesse di attribuire i compiti dell'OdV al Collegio Sindacale, esercitando la facoltà concessa dall'articolo 14, comma 12, L. n. 183 del 2011, è possibile per l'organo di controllo di avvalersi di consulenti esterni esperti in materia ambientale.

Inquadrate le specificità dei sistemi di gestione ambientale, uno degli aspetti più importanti da chiarire è quello relativo al rapporto che si pone tra questi e il modello di organizzazione e gestione finalizzato alla prevenzione dei reati, secondo quanto stabilito dall'art. 6 del D.lgs. 231/2001.

La giurisprudenza – sebbene chiamata a pronunciarsi in relazione all'idoneità dei modelli organizzativi in materia di sicurezza sul lavoro e a tracciare la distinzione tra questi ed i documenti di valutazione del rischio – ha chiarito con un ragionamento di carattere generale che può essere esteso anche al caso di specie. Infatti, un modello di organizzazione è ispirato a diverse finalità che debbono essere perseguite congiuntamente: quella organizzativa, orientata alla mappatura e alla gestione del rischio specifico nella prevenzione del

reato che si vuole evitare; quella di controllo sul sistema operativo, onde garantirne la continua verifica ed effettività. Esso è inoltre caratterizzato dal sistema di vigilanza che, pure attraverso obblighi diretti ad incanalare le informazioni verso la struttura deputata al controllo sul funzionamento e sull'osservanza, culmina nella previsione di sanzioni per le inottemperanze e nell'affidamento di poteri disciplinari al medesimo organismo dotato di piena autonomia.

Il modello organizzativo è infatti sempre funzionale al raggiungimento dell'obiettivo di prevenire la commissione di reati e dunque normalmente impone all'impresa che voglia rispettare il D.lgs. 231/2001 adempimenti specifici. In particolare, esso «non potrebbe limitarsi a favorire la riduzione dei potenziali rischi per l'ambiente di un determinato processo produttivo, in termini di “efficienza” e “sostenibilità”, ma dovrebbe costituire un “modello di diligenza” vincolante ed autosufficiente sotto il profilo della effettività, per i soggetti in posizione apicale e i dipendenti, eludibile solo in modo fraudolento»¹⁰⁷.

¹⁰⁷Cfr. VENEROSO, *I modelli di organizzazione e gestione, ex. D.lgs. 231/2001, nella prevenzione dei reati ambientali* (parte II), in *Ambiente e Sviluppo*, 2012, pag. 60 e ss.

Come abbiamo avuto modo di ricostruire fino ad ora, ci si può chiedere se l'impresa che adotti un efficace SGA sia tenuta anche a predisporre un separato modello di organizzazione e controllo *ex. 231/2001* oppure se questo possa essere contenuto all'interno del SGA stesso.

La soluzione nell'uno o nell'altro senso non è priva di conseguenze. Qualora, ad esempio, si ritenga possibile implementare il SGA con il modello organizzativo 231 e si sottoponga poi il Sistema di Gestione Ambientale alla procedura di “Certificazione”, una questione da risolvere è se operi una “presunzione di conformità” anche del modello organizzativo. La risposta data fino ad oggi sembra dover essere negativa¹⁰⁸, considerando che l'obiettivo dell'impresa nel sottoporre a certificazione il SGA è quello di gestire al meglio gli aspetti ambientali e non quello di prevenire eventuali patologie legate a comportamenti criminosi, dolosi o colposi. Tuttavia, entrambi i sistemi sono orientati alla prevenzione e ciò apre la via alla possibilità

¹⁰⁸ Il dialogo tra standard internazionali e modelli organizzativi è peraltro già stato sperimentato con successo nella materia della sicurezza sul lavoro quando l'art. 25-*septies* ha esteso l'ambito di applicazione del D.lgs. 231/2001 ai reati di omicidio e lesioni colpose sul lavoro.

di valutare le integrazioni tra i due¹⁰⁹.

L'imprenditore che operi in campo ambientale non può perciò avvalersi, se adotta il meccanismo della delega di funzioni, di alcuna presunzione favorevole in relazione alla *culpa in vigilando*, anche se dimostra di avere predisposto e attuato un modello organizzativo¹¹⁰.

Si possono però ritenere applicabili i criteri elaborati in generale dalla giurisprudenza in tema di delega di funzioni¹¹¹. La colpa da organizzazione andrà verificata sulla base dell'art. 6 D.lgs. 231/2001 e potrà fondarsi anche sulla non idoneità della delega, trattandosi di una ipotesi tipica di carenza organizzativa. In questo caso, anche il delegante, è considerato autore o co-autore del reato presupposto. Quando, invece, la delega è idonea e utilmente conferita, il reato è commesso dal delegato e l'accertamento della colpa da organizzazione

¹⁰⁹Cfr. SETTIS, *Le ricadute dell'apparato sanzionatorio sul sistema produttivo: aspetti gestionali e modelli organizzativi ex. D.lgs. 231/2001*, in D'AGOSTINO e SALOMONE (a cura di), *Trattato di Diritto penale dell'Impresa*, vol. XI, *La tutela dell'ambiente: profili penali e sanzionatori*, 2011, Padova, Cedam, pag. 934 e ss.

¹¹⁰Cfr. SCARCELLA, *Responsabilità degli enti e modelli organizzativi ambientali: il recepimento della direttiva 2008/99/CE*, *op. cit.*, pag. 68.

¹¹¹I requisiti per la delega di funzioni sono i seguenti: la delega deve essere formale ed espressa; deve essere specifica; vi deve essere un effettivo trasferimento di poteri decisionali in capo al delegato, con attribuzioni di autonomia gestionale; le dimensioni dell'impresa devono giustificare la scelta di decentramento; il delegato deve avere competenze e capacità di svolgere la funzione. In caso di reato ambientale, ci vuole la prova della mancata conoscenza della negligenza o sopravvenuta inidoneità del delegato; l'inquinamento non deve derivare da cause strutturali dovute ad omissioni di scelte generali.

va fatta dimostrando, ai sensi dell'art. 7 del D.lgs. 231/2001, che il reato è stato reso possibile per l'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza¹¹².

Nel complesso, la normativa sulla sicurezza sul lavoro, sebbene precedente a quella in esame, mostra una maggiore maturità e può pertanto essere guardata dall'interprete per risolvere alcuni profili interpretativi che possono sorgere in materia di RSI, in materia di responsabilità ai fini del D.lgs. 231/2001 e in materia di reati ambientali. Entrambe le discipline sono state introdotte soprattutto per estendere la responsabilità amministrativa degli enti ad alcuni tra i più gravi reati colposi e, in questo senso, esse condividono una *ratio* comune.

Proprio in tal senso, la costruzione del modello “Ambientale” non deve prescindere da un'attenta analisi dei rischi di reato in relazione alla specifica attività svolta dalla società, alle sue dimensioni e alla sua struttura organizzativa. La fase di individuazione dei rischi si completa con l'identificazione delle possibili modalità di realizzazione dei reati

¹¹²Cfr. VENEROSO, *I modelli di organizzazione e gestione, ex. D.lgs. 231/2001, nella prevenzione dei reati ambientali* (parte II), *op.cit.*, pag. 59.

nelle diverse aree aziendali. In secondo luogo, la possibilità che, nel caso di responsabilità ambientale, il reato sia realizzato dai soggetti apicali o da altri soggetti operanti con l'impresa qualora pongano in essere una condotta nell' "interesse" o "a vantaggio" dell'ente. Quest'ultimo aspetto, relativo all'ipotesi in cui il reato sia commesso da un soggetto di cui l'impresa si avvalga per svolgere una parte dell'attività, mostra come il *risk assessment* debba essere effettuato considerando non solo i dipendenti e gli organi di vertice, ma anche tutti coloro che agiscono per conto dell'impresa¹¹³.

Di particolare rilevanza ai nostri fini, è la sentenza con cui i giudici hanno decretato che ai fini della sussistenza del dolo specifico richiesto per l'integrazione del delitto di gestione abusiva di ingenti quantitativi di rifiuti ai sensi dell'art. 260, il profitto perseguito dall'autore della condotta possa consistere anche nella semplice

¹¹³ In generale, ad esempio, la giurisprudenza è univoca nel sostenere che il produttore/detentore di rifiuti speciali non pericolosi, qualora non provveda con l'autosmaltimento o al conferimento dei rifiuti a soggetti che gestiscono il pubblico servizio, ha il dovere di accertarsi che coloro ai quali viene conferito il rifiuto per il suo smaltimento definitivo siano forniti, ognuno per le attività di pertinenza (trasporto, stoccaggio provvisorio, smaltimento definitivo) delle necessarie autorizzazioni e che l'omesso controllo sulla sussistenza di tale requisito comporti una responsabilità penale quantomeno a titolo di colpa. Cfr. Cass. Pen., Sez. III, del 25 maggio 2011, n. 24428, in CED Cass. 2011; Cfr. Cass. Pen., Sez. III, 25 novembre 2009, n. 8300, in *Ambiente e Sviluppo*, 2010, pag. 754; Cfr. Cass. Pen., Sez. III, 25 maggio 2011, n. 23971, in *Ambiente e Sviluppo*, 2011, pag. 1072.

riduzione dei costi aziendali¹¹⁴. Quest'ultima decisione assume una certa importanza soprattutto ai fini della definizione di “interesse” e “vantaggio”, che costituiscono quei criteri di imputazione oggettiva, come precedentemente analizzati, previsti dall'articolo 5 del D.lgs. 231/2001.

¹¹⁴Cfr. Cass. Pen., sez. IV, del 2 luglio 2007, n. 28158, in *Mass. Giur. It.*, 2007.

CAPITOLO TERZO

DAI COMPLIANCE PROGRAMS ALLA CORPORATE GOVERNANCE

SOMMARIO: 1. Il modello anglosassone dei *Compliance Programs*. - 2. Evoluzione della *Corporate Governance*. - 2.1. Il *Sarbanes Oxley Act*. - 2.2. Influenze del *SOX* sulla legislazione degli altri stati. - 3. Il problema dell'importazione dei *Compliance Programs* nell'ordinamento italiano.

1. Il modello anglosassone dei *Compliance Programs*

Gli ordinamenti giuridici di *common law* – anche in considerazione del fatto che si pongono come il riflesso del sistema economico-capitalista¹¹⁵ – sono stati i primi ad offrire esempi di

¹¹⁵ Partendo dal presupposto che i sistemi giuridici tendono a rispecchiare il sottostante sistema economico-sociale, e, altresì, che in un'economia capitalista l'obiettivo primario delle imprese è quello teso alla massimizzazione dei profitti, la conseguente esaltazione del successo economico provoca un appiattimento aziendale sul fronte dell'etica e favorisce condotte illecite da parte dell'organizzazione dell'impresa. Ciò è stato ben teorizzato da CLINARD, *Illegal Corporate Behaviour*, U.S. Department of Justice - Law Enforcement Assistance Administration, National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice, 1979, p. 57 per il quale «il desiderio di aumentare i profitti è la causa di un'ampia gamma di reati della persona giuridica; si va dal rifiuto

società sottoposte a procedimento penale per reati commessi al loro interno.

In secondo luogo, gli ordinamenti anglosassoni sono anche i primi a sviluppare una compiuta teoria della “*corporate criminal liability*”. Senza voler approfondire le singole tappe storiche attraverso cui si è arrivati ad affermare la responsabilità penale delle *Corporations*, occorre comunque rilevare che tale riconoscimento non si è perpetuato in maniera indolore, soffrendo delle difficoltà insite nella ricerca di un appagante criterio di imputazione soggettiva.

Infatti, anche nel sistema anglosassone ci si era chiesti, in altre parole, se esisteva una colpevolezza dell’ente e in quali termini potesse essere elaborato un simile concetto¹¹⁶. Tale interrogativo, peraltro, non rimane circoscritto alle cattedre e alla prassi nordamericana, ponendosi, al contrario, come un problema sentito anche in altri

di installare meccanismi di controllo del tasso d’inquinamento a decisioni ragionate di mettere in commercio un prodotto scadente che si consuma in fretta e necessita perciò di essere sostituito». La traduzione è ripresa da DE MAGLIE, *L’etica e il mercato*, op. cit., p. 259.

¹¹⁶ Il problema della *corporate culpability*, pur non essendo indifferente alla giurisprudenza, si profila come preoccupazione prettamente dottrinale, cfr. DE MAGLIE, *L’etica e il mercato*, op. cit., pag. 30 e ss.

ordinamenti di *common law*¹¹⁷. Infatti, secondo un'analisi dettagliata delle teorie penalistiche fino ad allora vigenti, i *common-lawyers* ritennero fallimentari, ai fini della ricostruzione della responsabilità penale degli enti, sia la regola del *respondeat superior* sia il modello descritto nel *Model Penal Code*¹¹⁸.

È facile notare, nell'ottica della *Corporate Culpability*, come entrambi i meccanismi di imputazione sopra richiamati (sia quello del *respondeat superior* sia quello del *Model Penal Code*) presentino risultati insoddisfacenti. Di fatti, la *Corporation* non veniva considerata organismo autonomamente colpevole bensì, era individuata come la proiezione della psicologia dei suoi rappresentanti. Si arriva a configurare una sorta di colpevolezza cosiddetta di

¹¹⁷ La spinta, sotto lo specifico profilo della colpevolezza, verso la ricerca di compiuti modelli di attribuzione della responsabilità penale alle persone giuridiche si registrò, infatti, anche in Australia e in Gran Bretagna.

¹¹⁸ In base al *Respondeat Superior*, infatti, gli enti rispondono penalmente del reato commesso dal *quibus de societate* nell'esercizio delle mansioni attribuitegli, allo scopo di recare beneficio alla società. Per quanto riguarda il *Model penal code*, invece, si denota come sia disciplinata diversamente la responsabilità delle persone giuridiche a seconda che si tratti di contravvenzioni o reati costruiti per colpire le imprese, commessi in nome e per conto delle stesse nella sfera di un determinato mandato, di reati che si sostanziano nell'omissione di comportamenti doverosi o attività imposte dalla legge, oppure, di reati "incoraggiati" dalla politica dell'impresa o quantomeno tollerato dai vertici. A seconda di tali presupposti il criterio di attribuzione del reato all'ente cambia. Ad esempio, nella prima ipotesi potrà essere applicata la formula del "*respondeat superior*", salva, per l'ente, la possibilità di "scagionarsi" provando di aver usato la dovuta diligenza nel prevenire la commissione del reato (*due diligence defense*). Nella seconda ipotesi, rileva il solo fatto omissivo (*strict liability* o responsabilità oggettiva) mentre, nella terza ipotesi, la condotta criminosa viene considerata quale estrinsecazione esplicita, o tacita, della strategia dell'impresa.

“rimbalzo”, ciò che conta, infatti, è la volontà criminosa dell’agente, non importa se apice o subordinato, la quale viene trasferita in via automatica alla società.

L’assetto appena descritto mutò con le *Federal Sentencing Guidelines* del 1991. Il legislatore approdò, a chiusura di un animato dibattito sul punto, ad una nozione di colpevolezza della persona giuridica concepita come difetto di organizzazione. Lasciando la parola alle stesse *Guidelines* «la colpevolezza si determina in base alle precauzioni prese dalla persona giuridica prima della commissione del reato e dirette a prevenire e a scoprire i comportamenti criminosi (...) e in base alla condotta susseguente al reato tenuta dall’impresa»¹¹⁹. Da queste affermazioni si evince lucidamente il cambio di prospettiva rispetto al passato.

La *Corporation* divenne un’entità suscettibile di rimprovero nella misura in cui la propria struttura organizzativa risultava sprovvista di validi dispositivi idonei ad arginare il rischio di perpetrazione dei reati, ovvero, nel caso in cui risultassero inefficaci. Tali dispositivi – detti

¹¹⁹ Cfr., UNITED STATES SENTENCING COMMISSION, *Federal Sentencing Guidelines Manual*, Introductory Commentary, 1992.

Compliance Programs – devono consistere in programmi effettivi di prevenzione del rischio di reato nell’attività d’impresa la cui predisposizione, particolarmente complessa, da parte del singolo ente deve essere calibrata su determinati fattori¹²⁰. L’adozione di questi protocolli risultò avere una prospettiva assai conveniente sia per l’ente che per lo Stato. Quest’ultimo, incentivando le imprese alla pratica della autoregolamentazione, ottiene una indispensabile collaborazione nell’attività di prevenzione e scoperta del *corporate crime*. L’ente, dal canto suo, può usufruire di una rosa di benefici. Essi vanno dalla riduzione del grado di colpevolezza, che si traduce nell’attenuazione della pena pecuniaria altrimenti particolarmente pesante, all’esclusione dalla *probation* – o ad una sua applicazione più mite¹²¹ – fino all’improcedibilità per il reato commesso qualora il *prosecutor* ritenga valida l’esistenza del *compliance program*.

¹²⁰ Ad esempio, le sue dimensioni, la tipologia di attività svolta, la sua storia

¹²¹ La *probation* è una sanzione che, originariamente destinata alle persone fisiche, viene successivamente estesa anche alle persone giuridiche trovando compiuta regolamentazione nelle *Federal Sentencing guidelines* accanto ad altre misure sanzionatorie: *fines, restitution, remedial orders* ecc. Quando riferita alle società, essa consiste essenzialmente in una sorta di supervisione giudiziale compiuta da un funzionario esterno nominato dal giudice che ha emesso la sentenza di condanna i cui compiti si risolvono nel serrato controllo della gestione dell’impresa per un determinato periodo di tempo; evidente lo scopo perseguito da questa sanzione, vale a dire conoscere e monitorare i gangli dell’organizzazione societaria in cui possibili si appalesano le opportunità di tenere condotte criminose onde prevenire la recidiva. Per ulteriori informazioni sull’evoluzione, le condizioni applicative, le sfumature contenutistiche della sanzione medesima, si rinvia a DE MAGLIE, *L’etica e il mercato*, cit., p. 89 ss.

Indiscutibile è l'influenza, peraltro già più volte espressa nel presente elaborato, che lo schema descritto, e segnatamente il *Compliance Program*, ha esercitato sulla disciplina italiana¹²².

Nonostante tale *incipit*, il legislatore italiano ha fatto la sua scelta discostandosi nettamente dal modello anglosassone. In effetti, l'efficacia esimente dei modelli organizzativi *ex. d.lgs. 231/2001* è fenomeno sconosciuto nel sistema dei *Compliance Programs*.

Infine, per dovere di completezza espositiva, è opportuno accennare brevemente al profilo processuale del sistema statunitense di responsabilità delle *Corporations*. Nel coacervo di ordinamenti e di fonti¹²³, il minimo comune denominatore del processo agli enti è senz'altro costituito, a livello federale, dalle *Guidelines* sopra richiamate. Esse fissano i criteri di commisurazione della pena che servono ad orientare il giudice nel *sentencing*, vale a dire la fase dedicata alla determinazione del trattamento sanzionatorio, successiva

¹²² Si veda la Relazione al d. lgs 8 giugno 2001, n. 231, in Appendice II.

¹²³ Per un inquadramento dell'organizzazione giudiziaria e normativa del sistema processuale statunitense, cfr., FANCHIOTTI, *Processo penale nei paesi di Common Law*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, 1995, Torino, Giappichelli, p. 160-169; ID., *Lineamenti del processo penale statunitense*, 1987, Torino, Giappichelli; si veda anche AA.VV., *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, AMODIO-BASSIOUNI (a cura di), 1988, Milano, Giuffrè; Cfr., AMODIO, *Processo penale, diritto europeo e common law*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 179-230.

e autonoma rispetto al *trial* (dibattimento). Tale indicizzazione, che impone al giudice di tenere in considerazione le condizioni organizzative dell'impresa condannata esistenti prima e dopo della scoperta del reato, oltre all'obiettivo di limitarne la discrezionalità, rivela chiaramente che le aspettative del sistema sono volte verso un'efficace funzione preventiva della pena.

2. L'evoluzione della *Corporate Governance*

Nell'evoluzione del pensiero gius-economico, il concetto di controllo interno è assunto con accezione ampia comprendendo controlli esterni e interni, controlli preventivi, concomitanti e consuntivi, controlli strategici, direzionali ed operativi, controlli a valenza economica, sociale e di gruppo, controlli individuali basati sull'autocontrollo. La classificazione dei controlli suddetti dipende dagli scopi che si intende perseguire, al fine di approfondire ora l'uno ora l'altro aspetto della vita aziendale¹²⁴.

D'altra parte, la funzionalità dell'azienda, secondo principi di

¹²⁴ Per un inquadramento sistematico dei controlli nella dottrina economico-aziendale si veda PALETTA, *Il controllo interno nella corporate governance*, Bologna, Il Mulino, 2004.

efficienza economica e di responsabilità sociale, appare indissolubilmente legata alla capacità di integrazione a sistema di diversi aspetti e dalle dimensioni del controllo¹²⁵ medesimo. Attraverso questa “multidimensionalità” di prospettive, la funzionalità delle aziende viene misurata, interpretata e modellata, costruendo attorno ad essa un senso di realtà con il quale gli individui si confrontano comunicando tra loro e, successivamente, render conto a terzi, ai fini di una corretta informativa verso l'esterno in vista del perseguimento razionale e responsabile degli obiettivi.

Nella *Corporate Governance* ci si riferisce ai controlli interni con un'espressione puntuale che è quella di *Sistemi di Controllo Interno* (SCI). Il concetto trova diffusione nell'ambito dei processi di autodisciplina della *corporate governance* a livello internazionale¹²⁶.

In Europa, il *Cadbury Report*¹²⁷ del 1992 sottolineava che «i

¹²⁵ Cfr. AMANDUZZI, *Il controllo integrato nel sistema aziendale*, 1970, Bari, Cacucci; e ancora, cfr. MATTEUZZI e MAZZONI (a cura di), *Analisi economiche e contabili per il controllo delle attività delle imprese*, Bologna, Clueb, 1976.

¹²⁶ Sul punto cfr. TARTAGLIA e POLCINI, *L'area del controllo nei modelli di Corporate Governance*, 2000, Padova, Cedam; DI TORO, *Governance, etica e controllo: assetti societari, codici di autodisciplina e audit interno*, Padova, Cedam, 2000; COMOLI, *I sistemi di controllo interno nella corporate governance*, Milano, Egea, 2002.

¹²⁷ A completamento si consiglia la lettura del *Working paper n. 277* edito dal ESRC (*Centre for business reserch*), *University of Cambridge*, dal titolo: *Understanding how issues in corporate governance develop: Cadbury report to HIGGS review*, Dicembre 2003.

consiglieri sono responsabili del mantenimento di adeguate registrazioni contabili e necessitano di un sistema di controllo interno sulla gestione finanziaria, incluse le procedure per minimizzare il rischio di frodi». Il *Combined Code* del 1999 accoglieva un concetto ben più ampio di SCI, ritenendo che una delle funzioni principali del consiglio di amministrazione doveva consistere proprio nel «mantenimento di un congruente sistema di controllo interno che salvaguardasse gli investimenti degli azionisti e gli *asset* aziendali. I consiglieri, almeno annualmente, dovrebbero condurre una revisione sull'efficacia dello SCI e dovrebbero relazionare agli azionisti su questa attività nell'*annual report*».

In effetti, il *Combined Code* accoglie la definizione di SCI promossa a livello internazionale dal *Committee of Sponsoring Organizations (COSO)*¹²⁸. Attraverso questo comitato, nel 1992 la

¹²⁸ Il *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO)* è frutto di un'iniziativa congiunta di cinque organizzazioni del settore privato, con sede negli Stati Uniti. Il suo ruolo consiste nel fornire una leadership di pensiero alla gestione esecutiva degli enti di governo sugli aspetti critici della gestione organizzativa, etica degli affari, controllo interno, la gestione aziendale dei rischi, la frode e di informativa finanziaria. Il Comitato (COSO) ha stabilito un modello comune di controllo interno con il quale le imprese e le organizzazioni possono valutare i loro sistemi di controllo. Le cinque organizzazioni che sostengono l'operato del COSO sono: l'*Institute of Management Accountants (IMA)*, l'*American Accounting Association (AAA)*, l'*American Institute of Certified Public Accountants (AICPA)*, l'*Institute of Internal Auditors (IIA)*, ed il *Financial Executives International (FEI)*.

*Treadway Commission*¹²⁹ si è fatta promotrice di un *framework*¹³⁰ integrato che è divenuto uno schema di riferimento in tutto il mondo.

In Italia, ad esempio, il comitato per la *Corporate Governance* delle società quotate¹³¹ ha accolto la prassi internazionale, puntualizzando la natura del SCI come meccanismo di identificazione e gestione dei rischi aziendali. A tal fine, il sistema di controllo interno, individua sia la responsabilità di indirizzo e di verifica in capo al consiglio di amministrazione, sia la responsabilità di progettazione, monitoraggio e realizzazione negli amministratori delegati.

Dalla pratica professionale dei codici di autodisciplina, l'espressione SCI è entrata a far parte anche dei provvedimenti legislativi in varie parti del mondo. Il primo importante esempio è il

¹²⁹ La commissione raggruppa le associazioni professionali più prestigiose d'America – il già richiamato AICPA, l'*American Accounting Association*, l'*Institute of Internal Auditors*, l'*Institute of Management Accountants*, il *Financial Executives Institute* – con lo scopo di porre rimedio alle cause di illegalità diffusa manifestatesi nel corso degli anni '80 e '90 sotto forma di falso in bilancio, corruzione e in generale mancata tutela degli interessi sociali.

¹³⁰ I framework internazionali sono entrati a far parte anche delle raccomandazioni degli organismi professionali e di regolazione italiani. Gli organismi professionali come CNDCEC e CONSRAG, rispettivamente, Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili (CNDCEC) e Consiglio Nazionale dei Ragionieri Commercialisti (CONSRAG), nel 2000 hanno elaborato la guida operativa sulla vigilanza del Sistema di Controllo Interno, allo scopo di fornire raccomandazioni al collegio sindacale in relazione a quanto previsto dal d.lgs. 58/1998.

¹³¹ Si veda in *Borsa italiana*, edizione del 1999

*Sarbanes-Oxley Act*¹³² che negli USA, nel 2002, ha introdotto l'obbligo per gli amministratori delegati e per i direttori finanziari delle società quotate di valutare l'efficacia e rendere pubblico un giudizio sull'adeguatezza del “controllo interno sul *financial reporting*”. La legge statunitense, come era prevedibile, ha influenzato a livello

¹³² Il *Sarbanes-Oxley Act* del 2002 (Pub.L. 107-204, 116 Stat . 745, emanata 30 luglio 2002), noto anche come Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act (in Senato) e Corporate e Auditing Accountability and Responsibility Act (al Congresso) e più comunemente chiamato Sarbanes-Oxley, Sarbox o SOX, è una legge federale degli Stati Uniti che ha disciplinato il nuovo sistema normativo o migliorato, integrato, quello esistente, per tutti i consigli di amministrazione pubblica degli Stati Uniti. È stato chiamato con il nome dei propri sponsor, il senatore americano Paul Sarbanes (D - MD) e il rappresentante degli Stati Uniti Michael G. Oxley (R - OH). Come risultato dei SOX, il top management deve certificare singolarmente l'esattezza delle informazioni finanziarie. Inoltre, le sanzioni per l'attività finanziaria fraudolenta sono molto più gravi. Il SOX ha aumentato l'indipendenza dei revisori esterni nel rivedere l'esattezza dei bilanci aziendali ed ha aumentato il ruolo di controllo dei consigli di amministrazione.

Il disegno di legge è stato emanato come reazione a una serie di grandi scandali societari e contabili, Enron, Tyco International, Adelphia, Peregrine Systems e WorldCom. Questi scandali costarono agli investitori miliardi di dollari, quando i prezzi delle azioni delle società interessate crollarono e scossero la fiducia del pubblico nei mercati mobiliari statunitensi.

L'atto contiene 11 titoli, o sezioni, che vanno da ulteriori responsabilità dei consigli di amministrazione di sanzioni penali, e richiede la Securities and Exchange Commission (SEC) per implementare le decisioni sui requisiti per rispettare la legge. Harvey Pitt, il 26° presidente della SEC, ha guidato la SEC all'adozione di decine di norme per l'attuazione della legge Sarbanes-Oxley. Ha creato una nuova agenzia semi-pubblica, la Public Company Accounting Oversight Board (PCAOB), incaricata di sovrintendere, regolare, controllare e disciplinare le società di revisione contabile nei loro ruoli di revisori dei conti delle aziende pubbliche. L'atto copre anche questioni come l'indipendenza del revisore, la corporate governance, la valutazione di controllo interno, e una maggiore informativa finanziaria.

Il presidente George W. Bush ha firmato la legge, affermando che includeva "le riforme più profonde di pratiche commerciali americane fin dai tempi di Franklin D. Roosevelt. L'era degli standard bassi e falsi profitti era finita. Nessuna Società in America è al di sopra o al di là della legge".

In risposta alla percezione che fossero necessarie norme di governance finanziarie severe, altre normative SOX-tipo sono state successivamente emanate in Canada (2002), Germania (2002), Sud Africa (2002), Francia (2003), Australia (2004), India (2005), Giappone (2006), Italia (2006), Israele e Turchia.

Il 10 ° anniversario della SOX ha coinciso con il passare del Jumpstart Our Business Startups Act (JOBS), progettato per dare alle aziende emergenti una spinta economica, e tagliando una serie di requisiti normativi.

internazionale le politiche di *governance* che successivamente sono state adottate anche da Paesi quali Canada, Giappone, India.

In Italia, la risposta a tale prassi economica si può riscontrare, oltre alla già citata previsione del d.lgs. 231/2001, nella legge di tutela del risparmio, ossia la L. n. 262 del 2005, che ha introdotto, oltre alla fattispecie di analoghe responsabilità, la figura del “dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili e societari”.

Il SCI, divenuto negli anni una pratica salda ai principi di buona amministrazione aziendale, è stato analizzato sotto molti profili: attese di investitori e mercati finanziari, funzioni degli organi di governo (consiglio di amministrazione, *audit committee* e collegio sindacale), rapporti con i revisori esterni e, non ultimo, dal punto di vista di chi, all'interno delle aziende, è chiamato ad organizzare e gestire la funzione di *internal auditing*.

Meno diffusa è invece l'analisi del SCI dal punto di vista del *management* aziendale che, in ultima analisi, dovrebbe essere il principale protagonista di un rinnovato corso delle pratiche di business incentrato sulla legalità e sull'etica d'impresa. Da questo punto di vista,

il SCI pone un duplice ordine di questioni: la delimitazione del campo rispetto al sistema dei controlli esterni; l'inquadramento rispetto al più ampio spettro dei controlli manageriali.

I controlli esterni sulle aziende si basano su linguaggi codificati nel rispetto di principi di generale accettazione per favorire la trasparenza, la comparazione e la verificabilità. A tale funzione rispondono i principi contabili, i principi di revisione, ma anche i principi che sottendono la redazione di rapporti sulla qualità o le dichiarazioni ambientali sottoposti ad agenzie di valutazione e di accreditamento. I controlli esterni si possono distinguere sia per la fonte da cui trovano legittimazione (che sia essa stessa di diritto e/o frutto di elaborazioni professionali), sia per l'oggetto ed il modo con cui si esplicano (quali ad esempio, revisioni obbligatorie o volontarie, ispezioni di organi di vigilanza, ispezioni di polizia tributaria, controlli della corte dei conti, valutazioni ed accertamenti).

Per contro, i controlli interni hanno tradizionalmente assunto scopi operativi, contenuti e linguaggi legati agli specifici contesti organizzativi di applicazione. Essi devono fornire ai direttori ed ai

manager informazioni pertinenti con le decisioni da assumere, secondo requisiti di rilevanza, significatività, tempestività ed approfondimento che dipendono dal tipo di decisione e dal livello organizzativo di riferimento (strategico, direzionale o operativo). I controlli interni si avvalgono di linguaggi strutturati, sistematici e di sintesi propri, ad esempio, del linguaggio contabile, ma, al tempo stesso, anche dei linguaggi ricchi di valenza pratica come quelli inerenti ai controlli organizzativi dei diversi processi del business.

Sulla base di quanto appena detto, potrebbe sembrare che la differenza tra controlli esterni e controlli interni appaia sempre meno netta. In effetti, ai controlli interni si può riconoscere una valenza pubblica nella misura in cui, da essi, la collettività possa trarre presupposti di economicità, affidabilità etica e legalità di comportamento dei vertici aziendali¹³³. I controlli esterni, invece, sono sempre più focalizzati sull'affidabilità dei controlli interni, venendo ad assumere il ruolo di verificare il buon funzionamento di questi ultimi, attestandone l'efficacia. Ne consegue che anche i controlli interni

¹³³ Cfr. CAPODAGLIO, *Revisione aziendale: verso una nuova professionalità*, Bologna, Clueb, 1997.

tendono ad essere codificati, almeno nei principi generali, per rispondere ai requisiti minimi di buon governo e per aiutare le aziende ad autovalutare l'efficacia dei propri sistemi.

Il *Sarbanes-Oxley Act* ne offre un esempio lampante. Come vedremo, esso impone ai manager di fare una valutazione e di stilare un rapporto sull'efficacia dei controlli interni sul bilancio basandosi su framework di generale accettazione come *COSO*¹³⁴ o *Turnbull Guidance*¹³⁵.

Il revisore della società, oltre a riportare i risultati della revisione effettuata sui bilanci della società stessa, deve redigere una relazione riguardante proprio l'efficacia dei controlli interni sui bilanci.

La codificazione di schemi uniformi per questi “Controlli Interni a valenza esterna” pone problemi metodologici di progettazione e di

¹³⁴ COSO, acronimo del *Committee of Sponsoring Organisations of the Treadway Commission*, in versione tradotta in italiano da COOPERS & LYBRAND del 1997.

¹³⁵ *Turnbull Guidance*, emesso dal Regno Unito Financial Reporting Consiglio.

Sulla base del *Turnbull Report* (Controllo Interno: Guida per Amministratori sulla *Combined Code*), pubblicato dal gruppo di lavoro per il controllo interno dell'*Institute of Chartered Accountants* in Inghilterra e Galles.

La Guida illustra come gli amministratori delle società quotate devono rispettare gli ex requisiti del *Combined Code* del Regno Unito in materia di controlli interni, anche finanziari, operativi, di *compliance* e *risk management*.

I precedenti requisiti del *Combined Code* sono ora incorporati nel Codice di Autodisciplina *UK-Corporate*. Il Codice di Autodisciplina del Regno Unito-emanato dal *Financial Reporting Council*-stabilisce norme di buona prassi per le grandi aziende in relazione alla loro leadership e l'efficacia, la retribuzione, responsabilità e rapporti con gli azionisti.

affidabilità in considerazione della specificità dei contesti organizzativi in cui trovano applicazione. In altre parole, uno stesso *framework* di controllo interno potrebbe rivelarsi bilanciato ed offrire valide garanzie in certe tipologie di aziende ed in particolari contesti operativi, mentre potrebbe creare forti rigidità in altre aziende e non offrire le stesse garanzie. Si pensi alle PMI nelle quali è frequente la mancanza di riscontro di molte delle condizioni indicate come *best practices* di controllo interno: la chiara separazione organizzativa dei compiti, l'elaborazione delle procedure, la formale definizione di obiettivi, l'individuazione di centri di responsabilità amministrativa e la valutazione dell'efficienza e dell'efficacia dei processi del business. Diverso è il caso delle imprese di grandi dimensioni, fortemente orientate alla formalizzazione delle procedure e altrettanto indirizzate alla creazione di sistemi, Modelli, che devono permetterle di piegarsi alle esigenze del mercato, limitando il caso di conservatorismo che potrebbe impedire di cogliere importanti occasioni di sviluppo.

2.1. Il Sarbanes Oxley Act

Sull'onda degli scandali che hanno travolto la comunità imprenditoriale e la professione contabile, gli ultimi dieci anni hanno visto l'intervento di governi nazionali, organi di vigilanza, associazioni professionali, nel tentativo di disegnare più efficaci sistemi di *corporate governance*. Un buon governo societario è apparso essere un presupposto indispensabile per ridare fiducia agli *stakeholder* e accrescere la reputazione delle imprese.

A livello internazionale, il sistema di controllo interno rappresenta un tassello fondamentale della *Corporate Governance*.

Come reazione agli scandali societari, nei principali Paesi sviluppati è stato richiesto alle imprese di rafforzare il controllo interno e di dimostrare questo impegno attraverso un'attestazione personale dei *senior manager* (direttori generali e finanziari).

Le nuove regole societarie hanno cercato di rispondere alla domanda dei mercati finanziari di maggiori rassicurazioni sull'operato delle imprese, su come le imprese gestiscono i rischi e tengono sotto

controllo l'affidabilità e l'efficienza dei processi operativi ed amministrativi.

Da una parte, ciò ha reso necessario allargare lo spettro delle informazioni societarie ai vari aspetti della responsabilità sociale (bilancio sociale), dall'altra, ha richiesto maggiore trasparenza sul modo in cui all'interno delle imprese si esercitano diritti di decisione e controllo.

Infatti, non è più sufficiente la certificazione esterna dei bilanci aziendali ottenuta secondo corretti principi contabili e che rappresenta fedelmente la situazione economica-finanziaria e patrimoniale della società. Le esigenze di *accountability* spingono a dimostrare che l'impresa ha il dominio di tutti i suoi processi di business, operativi e amministrativi, che intervenendo sulla formazione di costi, ricavi, investimenti e finanziamenti determinano l'attendibilità del bilancio di esercizio.

La regolamentazione esterna accede così ai processi di direzione delle imprese, obbligandole a dotarsi di adeguate politiche e procedure di controllo interno o più semplicemente suggerendo loro standard

conosciuti come le *best practices* internazionali. Tutto questo accresce i costi della regolamentazione e porta ad una attenta ponderazione rispetto ai benefici.

A livello globale, il disegno della nuova *Governance* d'impresa si basa su quattro "qualità istituzionali"¹³⁶ fondative del sistema di controllo interno.

I principali sistemi economici, come abbiamo visto, hanno seguito strade in parte diverse in materia di regolamentazione del sistema di controllo interno. La regolamentazione prevista negli USA con il *Sarbanes-Oxley Act* del 2002 ha contribuito ad esercitare una certa influenza sulla legislazione societaria a livello internazionale.

Tuttavia, non tutti i Paesi hanno messo mano al diritto societario, o quantomeno lo hanno fatto, ma non in maniera dura e repressiva

¹³⁶ Di seguito si riportano le quattro qualità istituzionali:

Le Qualità del consiglio di amministrazione (funzioni, composizione, articolazione interna), con particolare riguardo alla presenza di consiglieri indipendenti e dall'azione di monitoraggio di un *audit committee*;

La Qualità del management e la responsabilizzazione personale del senior manager in ordine all'efficacia dei controlli interni e dall'attendibilità delle comunicazioni societarie;

La Qualità della funzione amministrativa e di *Internal Auditing* nella prospettiva di gestione dei rischi aziendali a tutto campo, dai tradizionali rischi finanziari o assicurabili ai rischi strategici di business, di efficacia ed efficienza operativa, di attendibilità delle comunicazioni finanziarie e di conformità a leggi e regolamenti;

La Qualità dei revisori esterni in termine di indipendenza e competenza di giudizio esercitata sul bilancio e sugli stessi controlli interni al bilancio.

come negli Stati Uniti. In Europa e in molti altri Paesi¹³⁷ è prevalso un approccio *comply-or-explain*¹³⁸, in base al quale, un'impresa deve aderire ad un codice anche in modo obbligatorio, come nel caso dei codici di autodisciplina per le società quotate, ma può non conformarsi purché ne giustifichi le ragioni delle scelte adottate.

Nel Giugno del 2002 l'approvazione da parte del Congresso degli Stati Uniti del *Sarbanes-Oxley Act* (SOX) ha rappresentato una delle più importanti riforme delle pratiche di business, equiparabili a quelle

¹³⁷ Si segnala che per maggiori approfondimenti sui codici di *Corporate Governance* dei principali paesi del mondo è possibile consultare il sito dell'*European Corporate Governance Institute*, www.ecgi.org/wp/index.php.

¹³⁸ L'approccio *Comply-or-explain*, per l'Italia, rappresenta una caratteristica della via europea alla regolamentazione della *Corporate Governance* (*European Corporate Governance Forum, annual report, 16/02/2006*, http://ec.europa.eu/internal_market/company/ecgforum/index_eu.htm).

Questo approccio viene considerato preferibile rispetto alla applicazione di regole cogenti e di dettaglio perché tiene conto della varietà delle situazioni delle singole imprese e, se applicato in modo corretto, promuove quella "proiezione morale" dell'impresa nei confronti dei propri investitori. La legge di tutela del risparmio promuove un approccio *comply-or-explain*. Le società devono pubblicare annualmente, nei termini stabiliti dalla CONSOB, una *dichiarazione di adesione ai codici di comportamento* promossi da società di gestione di mercati regolamentati o da associazioni di categoria degli operatori (Art. 124-bis del TUF). Le società possono anche discostarsi dagli standard indicati nei codici, ma in questo caso devono spiegare le ragioni di diversi o mancati adempimenti. La mancata adesione ai codici, dovendo essere giustificata al mercato, potrebbe creare danni di immagine o avere impatti negativi sul *rating* espresso dagli analisti. D'altra parte non sono da trascurare le previsioni *ex art. 192-bis* del TUF che prevede, in capo ad amministratori, componenti degli Organi di Controllo e direttori generali, sanzioni amministrative pecuniarie da 10.000 Euro a 300.000 Euro, ma soprattutto la diffusione a livello nazionale del provvedimento sanzionatorio.

In considerazione dell'importanza che il nuovo ordinamento riconosce all'approccio *comply-or-explain*, la dichiarazione di adesione ai codici di comportamento diventa oggetto di specifico controllo da parte del collegio sindacale o di altro organo di controllo equivalente nei sistemi dualistico (consiglio di sorveglianza) e monistico (comitato per il controllo sulla gestione). L'organo di controllo, infatti, deve vigilare "sulle modalità di concreta attuazione delle regole di governo societario previste da codici di comportamento [...] cui la società, mediante informativa al pubblico dichiara di attenersi" (art. 149, comma 1, lett. *c-bis*, del TUF, introdotto con la legge 262/2005).

degli anni '30 del secolo scorso promosse in materia di regolamentazione dei mercati finanziari. Sull'onda emotiva dei casi Enron, WorldCom, Adelphia Communications e di altri grandi gruppi societari, la legge ha introdotto nuove disposizioni per rafforzare le responsabilità di amministratori e dirigenti, migliorare la trasparenza delle comunicazioni finanziarie e combattere le frodi contabili.

Il SOX è un atto costituito da undici titoli ognuno dei quali, da un diverso punto di vista, cerca di migliorare l'affidabilità della *Governance* aziendale e ristabilire la fiducia degli *stakeholder*.

I principi¹³⁹ intorno ai quali è costruito l'atto possono essere ricondotti ai seguenti punti.

Integrità, il processo di comunicazione agli *stakeholder* di informazioni rilevanti deve avvenire in modo onesto e veritiero, perché da questo dipendono la fiducia e la stabilità dei mercati.

Indipendenza, l'imparzialità e l'autonomia di giudizio dei revisori esterni e dei membri del consiglio di amministrazione sono fondamentali per assicurare nel modo migliore la completezza e

¹³⁹ Cfr. SANJAY, *Sarbanes-Oxley Act Guide for Fincancial and Information Technology professionals*, II edizione, New Jersey, Wiley, 2006.

l'accuratezza delle comunicazioni sociali. L'atto proibisce esplicitamente ai revisori esterni di offrire certi servizi *non-audit*¹⁴⁰.

Supervisione a tutti i livelli, la guida e la supervisione sono fattori chiave a tutti i livelli aziendali. Il *management*, il consiglio di revisori, ciascuno per la propria parte, dovrebbero essere dotati di strumenti adeguati per monitorare e valutare l'efficacia del controllo interno. Questo implica che gli organi di sorveglianza, governo e direzione, operino in maniera coordinata e cooperativa, condividendo metodi e informazioni.

Accountability, tutti gli *stakeholder*, dagli azionisti ai lavoratori, ai clienti, si aspettano che la gestione aziendale si svolga in modo trasparente e che in ultimo siano chiaramente individuabili le persone in capo alle quali grava il dovere di render conto di scelte o mancati controlli. Sotto questo aspetto il SOX assicura una più chiara individuazione delle responsabilità. *Chief Executive Officers* (CEO,

¹⁴⁰ Vi rientrano i seguenti servizi:

Mantenimento dei libri contabili, progettazione e implementazione dei servizi informativi, servizi peritali e di valutazione, servizi attuariali e di *internal audit*, servizi di gestione delle risorse umane, di intermediazione e *investment banking*, servizi legali non correlati al servizio di audit. Inoltre, viene introdotto un meccanismo di rotazione dei revisori ogni 5 anni e sancito un conflitto di interessi se alcune figure chiave della società cliente (AD, *Financing Director*, *Controller*, ecc.) hanno lavorato alle dipendenze della società di revisione durante l'anno precedente.

AD) e *Chief Financial Officers* (CFO, Direttori Finanziari) devono certificare, in occasione della presentazione del bilancio annuale e dei bilanci infra-annuali, che le informazioni fornite rappresentano fedelmente la condizione finanziaria ed i risultati aziendali. Gli stessi soggetti devono attestare che la società ha in essere un efficace sistema di controlli interni sul bilancio di esercizio. La società esterna di revisione deve attestare ed esprimere un giudizio sulla valutazione da parte del management dell'efficacia del sistema di controllo interno, in accordo con appositi standard definiti dal *Public Company Accounting Oversight Board* (PCAOB), l'agenzia costituita per sorvegliare le attività della società di revisione.

Deterrenza, per scoraggiare comportamenti non accettabili e rafforzare il senso di responsabilità, il SOX introduce pene molto più severe per coloro che distruggono od omettono registrazioni, commettono frodi o fanno false comunicazioni sociali.

Come avviene normalmente negli Stati Uniti, con l'emanazione di nuove leggi, l'atto fornisce solamente un *framework* generale per la regolamentazione dei mercati, rinviando alla *Security and Exchange*

Commission (SEC) l’emanazione delle regole operative. Da parte sua, la SEC lascia che siano le società che gestiscono le borse valori e che hanno capacità di autoregolamentazione (NYSE e NASD) a definire le regole di maggiore dettaglio che attuano gli indirizzi generali previsti dalla legge e quelli operativi previsti dalla medesima SEC.

Come abbiamo avuto modo di vedere, le nuove regole societarie statunitensi rivelano il ruolo centrale riconosciuto ai revisori esterni come *Gatekeepers* degli aspetti chiave di *Corporate Governance*. In base alla SOX *section- 404* e all’*Auditing standard N.2 AS2*, un revisore deve esprimere un giudizio sul bilancio e sull’efficacia dell’*Audit Committee* e della funzione di *internal auditing*, deve esaminare i controlli connessi alla *Compliance* con leggi e regolamenti applicabili al settore e all’impresa che hanno effetti rilevanti sull’affidabilità del bilancio, anche se in modo indiretto. Infine, deve esaminare i controlli per prevenire ed accertare frodi “che hanno almeno una ragionevole probabilità di produrre effetti rilevanti sul bilancio di esercizio”.

A fronte di queste ampie e qualificate funzioni, permangono forti

incertezze sull'operatività dei revisori esterni e delle relazioni con i loro clienti.

2.2. Influenze del SOX sulla legislazione di altri Paesi

Come è facilmente intuibile il *Sarbanes-Oxley Act* ha esercitato, dal momento della sua emanazione, un'ampia influenza sia sui comportamenti che sulla normativa societaria di tutte le imprese moderne. D'altra parte, per gli ordinamenti di *common law* era facilmente prevedibile un'integrazione quasi automatica, come, ad esempio, dimostrato dalla normativa canadese che con il *Bill 198* dell'ottobre del 2003, forniva una serie di previsioni equivalenti al SOX, al fine di proteggere gli investitori e migliorare l'attendibilità delle comunicazioni societarie. Per questo motivo la legge canadese è anche nota con il nome di *Canadian Sarbanes and Oxley (C-SOX)*.

Diversamente, il Giappone, sull'onda degli scandali societari che hanno colpito aziende come Kanebo e Livedoor, nel giugno del 2006 è approdato ad una normativa equivalente al SOX, denominata J-SOX.

L'agenzia che in Giappone regola i mercati finanziari, attraverso

il Comitato sulla Contabilità d'impresa, ha emanato, nel febbraio del 2007, nuovi standard per l'implementazione di linee guida relative dei controlli interni. Analogamente da quanto previsto dal SOX statunitense, il management delle società quotate, a partire dall'esercizio finanziario 2008, doveva valutare l'efficacia dei controlli interni sul bilancio di esercizio e comunicarne i risultati attraverso i consueti rapporti societari.

In Europa, la Francia è approdata alla legge sulla sicurezza finanziaria nell'agosto del 2003 con riguardo a tutte le società, comprese quelle non quotate. La legge introdusse l'obbligo, a carico del presidente del CdA o del CdS, di rendere conto, attraverso il rapporto pubblico, dei controlli interni messi in atto dalla società. Pur essendo analoghe sia le motivazioni che gli obiettivi che hanno portato alla stesura delle nuove regole societarie in USA e in Francia, esistono importanti differenze¹⁴¹.

¹⁴¹ Si approfondiscono di seguito le differenze più importanti.

La legge francese prevede la responsabilizzazione del presidente e non dell'amministratore delegato;

La responsabilizzazione si limita ad un obbligo di comunicazione e non di valutazione e di certificazione di efficacia;

Mentre la legge statunitense restringe il perimetro dei controlli interni obbligatori a quelli sul bilancio di esercizio, nella legge francese tale limitazione non è presente;

Alcuni dei principi cardine del SOX sono entrati a far parte anche del nostro ordinamento giuridico attraverso la predisposizione dei Modelli Organizzativi introdotti con il D.lgs. n. 231/2001 e, successivamente, con la legge di tutela del risparmio (Legge 262/2005).

3. Il problema dell'importazione dei *Compliance Programs* nell'ordinamento italiano

La disciplina introdotta con il decreto legislativo n. 231/2001 sulla responsabilità da reato delle persone giuridiche rappresenta il primo tentativo, nel nostro Paese, di “co-regolamentazione statale-privata”¹⁴² dei rischi derivanti dalla gestione illecita di attività economiche¹⁴³. Le ragioni dell'impotenza dei tradizionali strumenti penalistici sono state ampiamente illuminate dagli studi criminologici

Il SOX prevede il ricorso ai COSO e ad altri *framework*, rispetto a cui il management aziendale è chiamato ad esprimere una valutazione di efficacia dei controlli interni. Per contro, la legge francese non specifica i modelli di controllo interno, lasciando una più ampia discrezionalità di impostazione.

¹⁴² Cfr. CENTONZE, *La co-regolamentazione della criminalità d'impresa nel d.lgs. n. 231/2001. Il problema dell'importazione dei “compliance programs” nell'ordinamento italiano*, in *Analisi giuridica dell'economia*, vol. II, 2009, pag. 219 e ss.

¹⁴³ Cfr. SIEBER, *Staatlich-private Ko-Regulierung*, 2008, pag. 449 e ss., in cui l'idea di fondo è che lo Stato sia incapace di assicurare la prevenzione del *Corporate Crime* con il classico modello repressivo, incentrato sulla deterrenza verso le persone fisiche, e che occorra quindi dare vita ad una “tacita coalizione” (*Stillschweigende Koalition*) con il mondo delle imprese, ad una “*Partnership* pubblico-privato” (in questi termini, HEFENDEHL, 2007, pag. 846), incentivando gli enti collettivi ad assumersi in prima persona il compito di prevenire i fatti criminosi che possano maturare nel contesto dell'organizzazione imprenditoriale.

sui *White Collar Crimes* e anche dalla dottrina penalistica italiana¹⁴⁴.

Nelle ricerche sull'illecito economico vi è oggi un diffuso consenso, anche tra gli studiosi stranieri¹⁴⁵, in merito alla fenomenologia del *corporate crime*, all'inadeguatezza dei rimedi repressivi verso le persone fisiche e alla necessità di puntare anche contro l'ente l'arsenale sanzionatorio (penale o amministrativo): non è invece emerso, nel quadro internazionale, un modello punitivo delle persone giuridiche stagliatosi, con la forza del dato empirico come superiore in termini di *efficacia preventiva*.

L'ordinamento italiano si è mosso, come abbiamo già avuto modo di accennare, sulla scia di quello statunitense e delle sue riforme degli anni '80 e '90 del secolo scorso¹⁴⁶, considerate ormai superate le teorie criminologiche che ritenevano sufficiente, in chiave preventiva, punire la società e i suoi agenti scommettendo sulla prevenzione generale operata dalla mera minaccia della sanzione, mutuando la filosofia dei *Compliance Programs* nordamericani. Infatti, anche il nostro legislatore

¹⁴⁴ Cfr., *supra*, cap. I e II del presente elaborato.

¹⁴⁵ Cfr. VAUGHAN, *Beyond macro-and micro-levels of analysis, organization and the cultural fix*, in PONTELL e GEIS (a cura di), *International handbook of white collar and corporate crime*, New York, Springer, 2007, pag. 3 e ss.

¹⁴⁶ Cfr. LAUFER, *Corporate bodies and guilty minds*, Chicago, the University of Chicago press, 2006, pag. 31 e ss.

ha quindi scelto di affidarsi alle teorizzazioni secondo le quali, per impedire il verificarsi di illeciti nel contesto societario, è piuttosto indispensabile *indurre la società all'autocontrollo* mediante un diritto penale "interattivo" che fa ampio ricorso ad un articolato sistema di incentivi: è il cosiddetto *Carrot-Stick Approach*, il modello del "Bastone e della Carota"^{147 148 149}.

La società – sotto la minaccia di pesanti sanzioni, il *bastone* – si impegna a disinnescare il rischio della commissione di illeciti da parte dei propri manager e dipendenti, mettendo in piedi una serie di *misure organizzative e protocolli aziendali* finalizzati alla prevenzione dei reati. In cambio – la *carota* – nel caso in cui un esponente aziendale ponga comunque in essere una fattispecie criminosa, l'ente potrà godere di una serie di meccanismi premiali derivanti dall'impegno profuso nell'attività preventiva.

Il nuovo approccio politico-criminale al mondo degli affari

¹⁴⁷ Cfr. SWENSON, *The organizational guidelines' "Carrot and Stick" philosophy, and their focus on "effective" compliance*, in atti del convegno, *Second Symposium On Crime and Punishment in the United States*, Washington, D.C., 1995.

¹⁴⁸ Cfr. STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Ec.*, 1998, pag. 459 e ss.

¹⁴⁹ Cfr. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, Giuffrè, 2002.

importato e promosso in Italia è dunque, «*Something more than just “lie and wait” and impose a fine*»¹⁵⁰, ed implica il coinvolgimento della *societas* nella prevenzione dei reati d’impresa.

La peculiare “delega” al privato controllo del rischio criminale¹⁵¹
¹⁵² - implicita nel modello della co-regolamentazione – sembra iscriversi al più generale mutamento di paradigma del *ruolo dello Stato* nella regolamentazione di fenomeni sociali sempre più complessi e articolati¹⁵³: è “l’idea post Keynesiana di uno Stato che si ritrae dalla diretta regolamentazione della vita economico-sociale, incentivando strategie di autodisciplina e *compliance* da parte dei soggetti privati¹⁵⁴”.

Si parla, in proposito, di “*governance* ibrida” per sottolineare appunto la rinuncia dello Stato a svolgere integralmente compiti di regolamentazione di una realtà ormai troppo complessa: stanno emergendo, su impulso dei governi, nuovi *regulators* privati che

¹⁵⁰ Cfr. SWENSON, *The organizational guidelines’ “Carrot and Stick” philosophy, and their focus on “effective” compliance*, op.cit.

¹⁵¹ Cfr. BAMBERGER, *Regulation as delegation: private firms, decisionmaking, and accountability in the administrative State*, in *Duke Law Journal*, vol.56, 2006, pag. 380 e ss.

¹⁵² Cfr. HEFENDEHL, *Außerstrafrechtliche und strafrechtliche Instrumentarien zur Eindämmung der Wirtschaftskriminalität*, in *ZStW*, vol.IV, 2007, pag. 816 e ss.

¹⁵³ Cfr. LOBEL, *The renew deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought*, in *Minn. L. Rev.*, vol. 89, 2004, pag. 262 e ss.

¹⁵⁴ Cfr. FORTI, *La “chiara luce della verità” e “l’ignoranza del pericolo”. Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione*, in *Scritti per Federico Stella*, Napoli, Jovene, 2007, pag. 639 e ss.

assumono le funzioni di regolazione, di sorveglianza e di controllo¹⁵⁵.

Lo Stato, in altri termini, mediante la delega alle società e alle organizzazioni imprenditoriali, finisce per assumere compiti di *meta-regulation*, ossia di *regolamentazione dell'autoregolamentazione*: si tratta della “proliferazione di differenti forme di regolamentazione soggette, a loro volta, a reciproche forme di regolamentazione”¹⁵⁶.

Si capirà nel prossimo futuro se la recente crisi finanziaria e le conseguenti istanze di re-regolamentazione e di interventismo statale modificheranno la tendenza e magari finiranno per sciogliere la “coalizione” per il controllo della criminalità con il mondo delle imprese. Intanto, la strategia della moltiplicazione dei controlli interni e della proceduralizzazione dei meccanismi privati di sorveglianza appare costellata da continui fallimenti e attende ancora conferme empiriche¹⁵⁷. Dunque, è arrivato il momento di interrogarsi su almeno due questioni cruciali: innanzitutto, se la “rasserenante promessa di responsabilità” offerta dai doveri di autocontrollo non possa finire in

¹⁵⁵ Cfr. BRIGHWAITE, *Neoliberalism or regulatory capitalism*, in *RegNet occasional paper n.5*, disponibile sul sito, <http://ssrn.com/abstract=875789>, 2005, pag 7 e ss.

¹⁵⁶ Cfr. PARKER, *Meta-regulation: legal accountability for corporate social responsibility* in MC. BARNET, VOICULESCU, CAMPBELL (a cura di), *The new corporate accountability: corporate social responsibility and the law*, Cambridge, 2007, pag 207 e ss.

¹⁵⁷ Cfr. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 2009.

ultima analisi per “distogliere l’attenzione” della gente dalla necessità di leggi o norme più severe, o convincerla che il problema non sussista affatto¹⁵⁸; in secondo luogo, quanto siamo disposti ad accettare il futuro di una crescente «privatizzazione della prevenzione della criminalità e del controllo della criminalità mediante il *sistema autoreferenziale* della “regolamentata auto-regolamentazione”»¹⁵⁹.

È presto per dire se tale innesto, fortemente connotato dall’ideologia neo-liberista e germogliato nel tessuto sociale e produttivo statunitense, risulterà davvero efficace nella prevenzione della criminalità d’impresa in Italia: di certo l’adattamento alla *tradizione giudiziaria* e alla *realtà imprenditoriale* italiana risulta e risulterà oltremodo difficile.

Deve essere anche detto che uno sguardo alle concrete esperienze straniere, in materia di responsabilità degli enti, offriva ed offre un *panorama assai vario e magmatico*: da un lato, la maggior parte dei sistemi che si sono dotati di apparati punitivi rivolti alle persone

¹⁵⁸ Cfr. REICH, *Supercapitalism. The transformation of business, democracy; and everyday life*, New York, trad. It., *Supercapitalismo. Come cambia l’economia mondiale e I rischi per la democrazia*, Roma, Fazi, 2008.

¹⁵⁹ Cfr. SIEBER, *Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht. Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität*, in AA.VV., *Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*. Köln/München, Duncker & Humblot, 2008, p. 449 e ss.

giuridiche hanno finito per soccombere davanti ai vari cicli di frodi finanziarie succedutisi negli ultimi decenni e, dall'altro, molti ordinamenti sono caratterizzati, a conferma della mancanza di ricette efficaci prontamente disponibili, da continue trasformazioni, ad opera del legislatore e della prassi, degli originari modelli di responsabilità degli enti collettivi.

Di fatti, anche nel nostro Paese è la singola società, “delegata” dall'ordinamento a elaborare strategie interne di controllo della criminalità, che deve *doversi* dotare di *misure organizzative e procedurali* di neutralizzazione dei programmi criminosi avviati nel contesto dell'attività d'impresa, nella prospettiva poi di poter beneficiare, qualora il sistema di autoregolamentazione sia stato giudicato comunque *adeguato* in sede giudiziale, di un esonero da eventuali sanzioni o di una riduzione significativa della misura delle stesse. Pertanto, si può sottolineare che, a differenza dal sistema nordamericano, non assume alcun rilievo, ai fini del giudizio sulla colpevolezza della *societas*, la *cooperazione* dell'ente, *successiva* alla realizzazione del fatto di reato, sotto forma di scoperta e rilevazione

dell'illecito (*prima* che la *notitia criminis* raggiunga comunque l'autorità giudiziaria), di collaborazione nelle indagini, di accettazione della responsabilità.

L'ordinamento italiano – che come anticipato, teoricamente, *esclude* in radice la responsabilità dell'ente in presenza di un preesistente modello effettivo e idoneo – si limita, *post factum*, a considerare meritevole di un'attenuazione del trattamento sanzionatorio la circostanza che l'ente abbia assunto *iniziative riparatorie* o *risarcitorie* (basta anzi che l'ente si sia “efficacemente adoperato in tal senso”) o abbia *rimediato alle proprie carenze organizzative*. In tali ipotesi può persino venir meno l'applicazione delle sanzioni interdittive, mentre, con riguardo alla sanzione pecuniaria è previsto che possa essere ridotta addirittura fino ai due terzi (si vedano in proposito gli articoli 12 e 17 del D.lgs. 231/2001).

Tuttavia, non è richiesto, al fine di godere dei benefici premiali, un serio impegno della società a rendersi davvero *partner* dello Stato nella lotta alla criminalità economica, portando a conoscenza dell'autorità giudiziaria gli illeciti e accettando di “giocare” un ruolo

attivo dopo la *notitia criminis*.

Per concludere, si deve sottolineare che dall'elaborazione del modello statunitense che consacra la *societas* come “spalla” dello Stato nella lotta ai *corporate crimes*, il modello italiano ha preferito gravare di un “*dovere di auto-organizzazione*” il cui mancato adempimento fonda la “colpa di organizzazione” e permette di “rivolgere un rimprovero, di taglio squisitamente normativo all'ente”¹⁶⁰. La società viene sanzionata perché l'organizzazione dell'impresa non è appropriata rispetto alla tutela degli interessi coinvolti dalla sua attività, è dunque, una colpa “colma di istanze preventive”¹⁶¹.

La creazione dei modelli organizzativi, dunque è la “chiave di volta” adottata dal sistema italiano che costruisce una “presunzione” di adeguatezza della società nei confronti degli interessi collettivi che la medesima non può e non deve andare ad intaccare con la propria attività.

¹⁶⁰ Cfr. PALIERO e PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *La Resp. amm. Delle soc. e degli enti*, 2006, pag. 171 e ss.

¹⁶¹ Cfr. ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in ALESSANDRI (a cura di), *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, Guffrè, 2002, pag. 25 e ss.

CAPITOLO QUARTO

MODELLI ORGANIZZATIVI DI GESTIONE E VALUTAZIONE DEI RISCHI.

SOMMARIO: 1. I rischi delle società – la *Società del rischio*. – 2. Il Rischio di “*Non-Compliance*” nel complesso sistema dei rischi d’impresa. – 2.1. La mappatura dei Rischi . – 2.2. (Segue): L’Individuazione dell’area di Rischio. – 3. I modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo ai sensi del D.lgs. n. 231/2001. - 3.1. Configurazione dell’Odv nei modelli organizzativi – 4. Il sistema di Control Governance. – 4.1. Modelli di organizzazione e Sistema integrato di gestione dei rischi.

1. I rischi delle società – la *Società del rischio*

Come abbiamo avuto modo di commentare, a partire dall’inizio del nuovo millennio si è potuto leggere con sempre maggior chiarezza che l’età moderna non poteva più vivere delle certezze passate. Tale premessa ha avuto le sue ripercussioni in una vasta area di discipline

tanto da potersi configurare una *World risk Society*¹⁶².

La percezione dei rischi è per sua natura correlata alla reale risposta “caotica”¹⁶³ che può seguire ad ognuna delle decisioni assunte dalla nostra civiltà, dalle nostre scelte, che siano esse scientificamente provate, etiche o frutto di idee innovative.

Viene così a delinearci, in una parte della sociologia, la convinzione che i rischi, in quanto frutto di decisioni umane, vadano distinti dai pericoli, che, invece, producono i loro effetti principalmente su collettività inconsapevoli¹⁶⁴.

Per allontanare le ombre dei rischi dalle attività umane non rimane che andare alla ricerca delle “buone decisioni”, volte cioè al

¹⁶² Il riferimento è una chiara citazione di BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1986, trad. It. ad opera di PRIVITERA, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, Carocci editore, 2000. Si sottolinea che la letteratura sul punto è ormai sterminata, tra i contributi più significativi ricordiamo RESCHER, *Risk: a philosophical introduction to the theory of risk evaluation and management*, Washington DC, University press of America, 1983; DOUGLAS, *Risk acceptability according to the social sciences*, New York, Russel Sage Foundation, 1985, trad. It, *Come percepiamo il pericolo. Antropologia del rischio*, Milano, Feltrinelli, 1991; GIDDENS, *Risk Society. The context of British politics*, in FRANKLIN (a cura di), *The politics of risk society*, Cambridge, Cambridge Polity Press, 1998; LUHMANN, *Soziologie des risikos*, Berlino, W. de Gruyter, 1991; LUPTON, *Risk*, London, Taylor & Francis Books Ltd., 1999, trad. It. di FILIPPI, *Il rischio. Percezione, simboli, culture*, Bologna, Il Mulino, 2003.

¹⁶³ Il riferimento è precipuamente alla cosiddetta Teoria del Caos, le cui applicazioni in ambito della scienza economica, quindi, non solo connessi allo studio attraverso modelli della fisica matematica dei sistemi fisici che esibiscono una sensibilità esponenziale rispetto alle condizioni iniziali, hanno portato ad una critica sul modello del Mercato Efficiente, *Efficient Market Hypothesis*.

¹⁶⁴ Cfr. PASSALACQUA, *Diritto del rischio nei mercati finanziari: prevenzione, precauzione ed emergenza*, Milano, Cedam, 2012, pag. 11 e ss.

calcolo del rischio medesimo e a prevenirne gli effetti. Tale ricerca, inizialmente intrapresa dai matematici e dagli statistici¹⁶⁵, si è avvalsa del sempre maggior contributo degli economisti, dei sociologi e dei giuristi.

Dal “trionfo del calcolo dei rischi”¹⁶⁶, che rende calcolabile l’incalcolabile¹⁶⁷, consegue una qualificazione dei rischi come “eventi sistematici”, suscettibili di regolamentazione politica generale, e dunque forieri di una qualche sicurezza sotto forma di previsione, precauzione e assicurazione¹⁶⁸.

Rispetto a istituti e branche del diritto, come il diritto delle obbligazioni e dei contratti, dell’impresa e della concorrenza, chiamati a valutare quel rischio individuabile come “probabilità di una futura perdita economica”, quindi suscettibile di valutazione patrimoniale, il

¹⁶⁵ L’economista Frank Hyneman Knight, nel 1921, aveva distinto il rischio dall’incertezza, proprio perché soltanto nel primo caso si aveva un’incertezza misurabile, cfr. *Rischio, incertezza e profitto*, Firenze, La Nuova Italia, 1960.

¹⁶⁶ Cfr. BECK, *World risk society*, Oxford, Polity Press, 1999, trad. It., *La società globale del rischio*, Trieste, Asterios, 2001.

¹⁶⁷ L’espressione è di EWALD, *L’Etat Providence*, Paris, Edition Grasser & Fasquell, 1986. Fa riflettere come, la teoria della probabilità, elaborata da Pascal e Fermat, fu formulata per guidare l’aristocratico, *Cavalier de Mèrè*, nel gioco d’azzardo. Si deve invece a Louis Jean-Baptiste Alphonse Bachelier l’applicazione della teoria ai mercati finanziari, cfr. BACHELIER, *Théorie de la spéculation*, in *Annales Scientifiques de l’École Normale Supérieure*, vol. XVII, 1900, pag. 21 e ss.: «ce n’était pas pour vérifier des formules établies par les methods matematicque, mains pour montrer seulemnet que le marché, à son insu, obtéit à une loi qui le domanie: la loi du probabilité».

¹⁶⁸ Cfr. BECK, *La società globale del rischio*, op. cit., pag. 67.

cosiddetto “Diritto del Rischio” intende riferirsi agli effetti sul diritto con l’avvento della citata *Società del Rischio*¹⁶⁹.

I rischi che si presentano fuori controllo dovrebbero essere affrontati, dal diritto civile mediante un affinamento dell’istituto della responsabilità, e dal diritto amministrativo mediante l’azione preventiva, praticata per la tutela di beni ed interessi pubblici.¹⁷⁰

Premesso il fascino di questa branca di studi, che per motivi oggettivi non può essere approfondita in questa sede, a parere di chi scrive, il D.lgs. n. 231/2001 può essere pienamente definito come uno dei frutti del Diritto del Rischio. I connotati di natura penalistica sin qui analizzati, non bastano a giustificare l’esistenza di una normativa così complessa e così atipica per il nostro ordinamento. Proprio per questo, si ritiene plausibile incorniciare l’analisi dei Modelli di gestione con il più ampio tema della risposta economico-sociale ai rischi derivanti dall’attività d’impresa¹⁷¹.

¹⁶⁹ Cfr. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1986, trad. It. ad opera di PRIVITERA, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, Carocci editore, 2000.

¹⁷⁰ Cfr. STELLA, *Il rischio da ignoto tecnologico e il mito delle discipline*, in AA.VV., *Il rischio da ignoto tecnologico*, Milano, Giuffrè, 2002, in part. 15.

¹⁷¹ Si veda PASSALACQUA, *Diritto del rischio nei mercati finanziari: prevenzione, precauzione ed emergenza*, Milano, Cedam, 2012, pag. 21.

2. Il Rischio di “Non-Compliance” nel complesso sistema dei rischi d’impresa

Posto che il sistema di controllo interno dovrebbe inquadrarsi nel più complesso sistema di gestione dei rischi d’impresa, ciò che assume immediata rilevanza, ai fini della analisi qui circoscritta, è l’identificazione del ruolo e dell’impatto dell’analisi dei rischi di *non-compliance*. Tale rischio è tradizionalmente contemplato come rischio di impresa; nei riflessi patrimoniali e reputazionali, la sua determinazione e gestione sono di norma soggetti a criteri metodologici omogenei alla gestione degli altri rischi d’impresa.

In particolare, la valutazione dei rischi d’impresa è operata in relazione agli obiettivi della stessa ed in funzione dei seguenti elementi: a) probabilità di verifica dell’evento rischioso e misurazione dell’impatto dello stesso sui risultati dell’impresa; b) propensione al rischio dell’impresa (*risk appetite*); c) determinazione dei presidi e dei controlli volti a mitigare il rischio alla luce della definizione del grado di rischio accettabile (*risk tolerance*); d) analisi costi-benefici tra risorse destinate a mitigare o eliminare i rischi e i

connessi benefici reddituali e patrimoniali per l'impresa¹⁷².

L'identificazione dei rischi e l'attribuzione agli stessi di una valutazione quantitativa e qualitativa, alla luce della stima della probabilità dell'evento e del relativo impatto sulla attività di impresa e sugli obiettivi della stessa, è di sicuro l'unico modo per guidare ad una selezione delle misure idonee a ridurre gli effetti alla luce del criterio del cosiddetto *rischio residuo accettabile*. Posto che l'annullamento totale del rischio possa aversi solamente con la cessazione dell'attività d'impresa e che, in ogni caso, l'impresa è soggetta a vincoli di scarsità di risorse, sembra, a parere di chi scrive, che l'unico criterio adottabile nel processo di gestione del rischio *non-compliance*, al fine di contemperare la libertà di iniziativa economica con l'interesse alla legalità, sia quello della minimizzazione del rischio del rischio, ossia della riduzione al massimo possibile del rischio stesso.

La disomogeneità necessaria tra criteri di gestione degli ordinari rischi imprenditoriali e dei rischi di *non-compliance* sembra, peraltro, stare all'origine del principio di separazione tra la funzione del *Risk-Management* e la *funzione di compliance*, come raccomandata nel

¹⁷² Cfr. COSO, 2004, I, pag. 40; Root, 1998, pag.140.

settore bancario e finanziario dalle autorità di vigilanza, là dove si demanda alla funzione di *compliance* anche il ruolo di identificare e gestire i *rischi di non-compliance*.

2.1. La mappatura dei Rischi

Come sopra accennato, il perno del sistema preventivo è costituito dalla cosiddetta mappatura del rischio di reato, che rappresenta una fase fondamentale del metodo di elaborazione dei modelli organizzativi e gestionali. Essa, più precisamente, segna il passaggio della riflessione dalla funzione del modello al suo *modus operandi*. La fase immediatamente successiva alla mappatura del rischio, infatti, è costituita dalla individuazione delle regole virtuose, la cui effettività, come si diceva, è assicurata dal sistema di controllo svolto dall'organismo di vigilanza. L'aggiornamento del modello, in presenza di nuovi fattori di rischio o di nuovi reati astrattamente ascrivibili, chiude un processo circolare, una sorta di moto perpetuo, destinato a cessare con la fine dell'ente.

In verità, l'articolo 6, comma 2, lett. *a*), d.lgs. n. 231/2001, nel

descrivere molto sinteticamente funzioni, caratteristiche e tecnica di progettazione dei modelli, non parla di “Mappatura del rischio”, ma fa riferimento, più genericamente, alla necessità di «individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi i reati». Ebbene, al di là dei termini utilizzati, il punto di partenza per l’elaborazione di un sistema preventivo efficace è costituito dal censimento dei fattori *criminogeni*¹⁷³, ossia delle situazioni o attività che comportino rischi di realizzazione di un reato da parte di persone interne all’ente collettivo, siano esse poste in posizione apicale o a queste subordinate.

L’espressione “mappatura” può risultare fuorviante nella misura in cui lascia pensare a un’operazione meramente ricognitiva e descrittiva. Le cose, però, non sono orientate in questo senso: si tratta, infatti, di un’attività non priva di momenti valutativi in relazione sia all’inferenza probabilistica di determinati rischi di reato, sia al suo grado di accettabilità. I rischi suscettibili di ricognizione sono infatti solo quelli significativi, ossia dotati di verosimiglianza, con conseguente perdita di interesse per i rischi possibili, ma improbabili.

¹⁷³ Noti anche con il nome di “*Sintomatologie da illecito*”, così cfr. Trib. Milano, sez. XI, *giudice del riesame*, ord. 28 ottobre 2004.

Anche dal sistema italiano deve valere la precisazione, formulata con riguardo all'esperienza statunitense, di non pretendere dal sistema preventivo «il grado dell'onnipotenza»¹⁷⁴.

Quest'affermazione, forte del suo contenuto, non sorprende di certo, ove si consideri che la mappatura del rischio di reato presenta un nesso evidente con un fondamentale carattere del modello, ovverosia la sua idoneità preventiva in concreto. L'articolo 6, comma 1, lett. a), è chiaro sul punto: la funzione esimente del modello è legata all'adozione e all'efficace attuazione, da parte dell'organo dirigente e prima della commissione del fatto, di un "modello di organizzazione e gestione idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi". Ne consegue che il modello deve tenere conto delle caratteristiche dell'ente, ossia delle sue specificità societarie e aziendali. È una sorta di abito su misura, che non prevede delle "taglie" ideali, tali da consentire ad una società di mutuare il modello di un'altra società consimile per attività e organizzazione¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Cfr. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, Giuffrè, 2002.

¹⁷⁵ Cfr. GIUNTA, *Il reato come rischio d'impresa e la colpevolezza dell'ente collettivo*, in AGE, vol.II, 2009.

Proprio perché l'idoneità preventiva del modello deve misurarsi con la realtà aziendale concreta, il suo ottimale perseguimento non può prescindere dalla sostenibilità anche economica del sistema preventivo, che deve attestarsi entro standard di ragionevolezza.

Inoltre, la mappatura del rischio di reato si collega logicamente alla scelta legislativa italiana di ancorare la responsabilità degli enti ad un catalogo chiuso di fattispecie, i già citati *Reati-presupposto*. È nel perimetro di illiceità tracciato dall'anzidetto catalogo che la mappatura del rischio trova la sua base di riferimento e al contempo il suo massimo confine, distinguendo l'area del rischio rilevante per l'ente da quello, assai più ampio, che interessa unicamente le persone fisiche.

Per riprendere il discorso in chiave di comparazione, come al capitolo precedente, si vede che l'esperienza italiana si discosta dalle sue correnti ispiratrici e non ha, dunque, esteso la responsabilità da qualunque reato agli enti.

Tali sistemi possono funzionare solo grazie alle strette prescrizioni contenute nelle *Guidelines*¹⁷⁶, le quali si rivolgono al

¹⁷⁶ Cfr. *Federal Sentencing Guidelines*, vedasi cap. 3 del presente elaborato.

giudice al fine di orientarne la discrezionalità sanzionatoria¹⁷⁷.

Il nostro sistema, per converso, rimette l'enucleazione di queste regole direttamente in capo all'ente, che deve provvedervi con normazione interna, sulla falsariga – molto poco orientativa quanto a specifici contenuti precettivi – delle summenzionate linee-guida. Il modello italiano, dunque, è interamente centrato sul risultato, ossia sulla sua efficacia preventiva (la legge parla di *idoneità*), pressoché impossibile da valutarsi *ex ante*.

2.2. L'Individuazione dell'area di Rischio

Da quanto detto sino ad ora, discende che la prima operazione che deve effettuare l'ente, in base al D.lgs. n.231/2001, è quella di escludere le aree di rischio che sono prive di rilevanza, tenuto conto sia dell'intero catalogo dei reati ascrivibili, sia delle attività svolte dall'ente. In questa prospettiva assume notevole importanza l'anamnesi delle eventuali infrazioni penali in cui sono incorsi in passato – in connessione, s'intende, con l'attività lavorativa – gli amministratori e i dipendenti dell'ente. In tal senso si orienta anche la

¹⁷⁷ Cfr. DE VERO, *La responsabilità delle persone giuridiche*, Milano, Giuffrè.

giurisprudenza, secondo la quale il modello deve caratterizzarsi: *a)* per concreta e specifica efficacia, dovendo scaturire da una visione realistica ed economica dei fenomeni aziendali e non soltanto giuridico-formale¹⁷⁸; *b)* per *dinamicità*, necessitando il modello di un continuo aggiornamento che segua parallelamente l'evolversi della struttura del rischio di commissione degli illeciti; *c)* per l'attenzione della *storia* dell'ente, cioè alle sue vicende, anche giudiziarie, passate, nonché per la considerazione delle caratteristiche degli altri soggetti operanti nel medesimo settore.

Esemplificando: il modello organizzativo e gestionale di una Società Chimica-Industriale può escludere di considerare la corruzione tra i fattori di rischio, non perché esso sia estraneo al tipo di attività svolta dalla società, ma unicamente perché, al momento, tale delitto risulta, statisticamente, di minor rilievo rispetto alla possibilità di un illecito ambientale. Parimenti, dovranno escludersi i fattori di rischio connessi ad attività potenzialmente rilevanti, quali ad esempio la *Research and Development (R&D)*, ma che non rientrino tra quelle svolte “*prevalentemente*” dall'ente. Tornando all'esempio fatto

¹⁷⁸ Cfr. Trib. Milano, G.I.P., ord. Del 20 settembre 2004.

precedentemente, la corruzione, esso non avrà impatto su di una Società che non fornisca beni o servizi alla pubblica amministrazione. Differente sarebbe il caso in cui un amministratore fosse stato condannato in passato per tale reato, orbene, il modello dovrà ripercorrerne la dinamica ed analizzare i fattori che l'hanno agevolata, evitando che nella sua società possa ripresentarsi tale eventualità.

Per mettere a fuoco una buona gamma di rischi di cui si è avuto modo di parlare nei capitoli precedenti (*supra* Cap. II) , si renderà necessario considerare: *a)* il suo ambito di rilevanza, ossia il tipo di attività svolta, comprensiva dell'area geografica dove opera l'ente, dei soggetti con cui entra in contatto e dello specifico settore commerciale; *b)* i fattori organizzativi che lo favoriscono, tenuto conto sia dell'organigramma aziendale e dei soggetti a rischio, sia della veste giuridica che assume l'ente, sia della concreta gestione delle risorse finanziarie¹⁷⁹.

Quanto al metodo, la valutazione del rischio deve partire dall'analisi della documentazione aziendale e va completata attraverso

¹⁷⁹ Cfr. Trib. Milano, sez. IV, 11 dicembre 2006, secondo cui "il modello deve essere seriamente orientato a prevenire ogni forma di *situazione a rischio*".

il ricorso a strumenti di conoscenza concreta, quali le interviste al personale.

Il raffronto tra ambiti di rilevanza del rischio e fattori predisponenti al reato consente di individuare possibili negligenze e movimenti criminosi, prevedendo, su base statistica o empirica, le concrete modalità di realizzazione dei reati rientranti nell'area di rischio. Inoltre, concede la possibilità di valutare se l'assetto organizzativo dell'ente consenta il passaggio all'atto, ossia la concretizzazione del rischio, di conseguenza, si potrà distinguere i rischi specifici, ossia tipici del settore di attività dell'ente, da quelli generici, ossia comuni a diversi settori di attività. La possibilità di valutare la gravità del rischio di reato in ragione della probabilità di verifica e delle conseguenze sanzionatorie e di classificare i rischi in base alla loro natura, con conseguente distinzione tra rischi individuali, legati alle persone, rischi strutturali, legato all'organizzazione, rischi di business, collegati all'attività e rimanenti rischi culturali, collegati all'ambiente sociale.

È sulla base del rischio di reato così ricavato che vanno tracciate

le procedure aziendali necessarie ed eventualmente carenti. Ne consegue che il sistema preventivo non imponga l'azzeramento di fattori di rischio generici e soggettivi (ossia collegati all'ampia gamma dei comportamenti umani possibili), ma richiede di almeno ridurre apprezzabilmente i rischi specifici, oggettivi e verosimili.

Come abbiamo avuto modo di analizzare, l'adozione di un modello organizzativo e gestionale, che aspiri a svolgere una duratura efficacia preventiva, si accompagna all'obbligo di aggiornamento delle procedure, previsto espressamente dal D.lgs. 231/2001 (articolo 6, comma 1, *lett.b*). L'ampliamento del catalogo dei reati che fanno scattare la responsabilità dell'ente, la successiva modificazione delle attività della società e gli stessi mutamenti di organizzazione (questi ultimi espressamente previsti dall'articolo 7, comma 4, *lett.b*) costituiscono importanti fattori che rendono obbligatoria la revisione e l'aggiornamento del modello.

3. I modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo ai sensi del D.lgs. n. 231/2001

In ambito di *Corporate Governance*, il D.lgs. 231/2001 ha

contenuti equivalenti alle disposizioni introdotte con il *Foreign Corrupt Practices Act* statunitense e rappresenta un fattore di assoluta innovazione nel quadro governativo italiano¹⁸⁰.

L'impatto di *Direct Governance* di questa previsione legislativa risiede nel fatto che l'ente non risponde di questi reati solo se dimostra che le persone che li hanno commessi hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi. Al fine dell'esonero totale dalle sanzioni, l'ente dovrà inoltre dimostrare di aver adottato ed efficacemente attuato, prima che il reato fosse commesso, un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quelli commessi. Il modello sarà riconosciuto idoneo se chi ha commesso il reato era a conoscenza di quanto in esso previsto, rendendo palese la volontarietà della commissione dell'illecito contro ad una normativa interna all'impresa volta a dissuadere dalla perpetrazione di tale fatto. L'art. 6 del D.lgs. 231 non disciplina in dettaglio i modelli di organizzazione, gestione e controllo, ciononostante, la norma stabilisce le esigenze di base che tali modelli devono soddisfare, ponendo, di fatto, al centro degli stessi modelli la

¹⁸⁰ Cfr. *supra*, capitolo I del presente elaborato.

gestione dei rischi da reato. Elementi costitutivi del modello organizzativo cosiddetto “Salva Impresa” sono: 1) *Il Codice Etico*, atto a diffondere all’interno dell’azienda una cultura del controllo in grado di sensibilizzare i destinatari circa i reati richiamati nel decreto; 2) La formalizzazione della *Mappa dei rischi-reato* (si veda *supra*), con la quale l’azienda fornisce una rappresentazione a matrice delle principali attività a rischio e dei corrispondenti rischi previsti dal decreto 231/2001. Tale elemento costitutivo è fortemente incentrato sull’analisi dei processi del business per comprendere i soggetti che intervengono nel processo e con quali compiti, il grado di separazione dei compiti, il modo in cui sono attribuite le responsabilità (*Sistema delle deleghe*), i poteri di rappresentanza (*Sistema delle Procure*) e i poteri di spesa, la documentazione delle attività svolte. Tutti questi elementi sono basilari per identificare in modo consapevole i soggetti e le possibili modalità di effettuazione dei reati; 3) *“Specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l’attuazione delle decisioni dell’ente in relazione ai reati da prevenire”*. Con tale espressione la legge si riferisce alle procedure di controllo interno, identificate attraverso una valutazione

analitica delle aree a rischio individuate nella matrice di cui al punto precedente. In altri termini, per poter stabilire il profilo di rischio della società, rispetto ai reati previsti dal D.lgs. 231/2001, occorre considerare i presidi di controllo in essere, manuali e informatizzati, che regolano lo svolgimento delle attività. Sulla base dei rischi e dei controlli esistenti, è possibile valutare l'allineamento della struttura di controllo con quanto stabilito dal decreto e definire un piano di miglioramento a cura del *gap* esistente; 4) La nomina e l'effettiva operatività di un apposito *Organismo di Vigilanza* rappresenta una componente fondamentale dei “modelli organizzativi 231”. Si deve trattare di un organismo dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, il cui compito è proprio quello di vigilare sul funzionamento, l'efficacia e l'osservanza del modello organizzativo. A tal fine, l'organismo di vigilanza deve poter accedere ad un sistema di *Reporting* che fornisca informazioni rilevanti e tempestive rispetto ad eventi che potrebbero ingenerare responsabilità. D'altra parte, lo stesso organismo deve poter comunicare al vertice aziendale con un'attività di report periodico, le attività svolte, le criticità riscontrate nel modello

organizzativo, le segnalazioni ricevute dal personale e di relativi accertamenti; 5) Infine, il modello organizzativo deve prevedere un *Sistema disciplinare* idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate in tale modello. Le azioni disciplinari devono essere previste a prescindere da un'eventuale instaurazione del giudizio penale. L'impresa può applicare una valutazione disciplinare dei comportamenti che non coincide necessariamente con quella del giudice penale, in tale modo anticipando l'azione penale e rendendo maggiormente tempestivo l'intervento sanzionatorio. In ogni caso, devono essere salvaguardati i generali principi di "certezza" della sanzione (identificando esplicitamente per amministratori, manager, subordinati e collaboratori esterni le ipotesi disciplinari) e di gradualità delle azioni disciplinari in considerazione della loro gravità (biasimo verbale o scritto, trasferimento ad altra unità organizzativa, licenziamento o risoluzione di contratti con fornitori).

Definiti in linea generale i componenti del modello organizzativo, la norma rinvia all'autoregolamentazione di settore, prevedendo che i modelli di organizzazione e di gestione possano essere adottati sulla

base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti¹⁸¹.

Secondo una recente indagine¹⁸² condotta dall'*Associazione Italiana Internal Auditors* (AIIA), sull'adozione del modello di organizzazione 231 nelle società non quotate, risulta che su 88 società esaminate, il 62,5% ha formalmente adottato un proprio modello organizzativo, il 25% è in fase di definizione del modello e nei restanti casi non sono state intraprese iniziative in tal senso.

Tutte le società che ricadono nelle prime due categorie hanno segnalato di aver adottato il modello organizzativo 231 prendendo a riferimento le linee guida, i codici di comportamento, le circolari, definiti dalle associazioni di categoria (Confindustria, ASSTRA, ABI, ANIA e ASSONIME) così come previsto dall'art. 6 del D.lgs. 231/2001.

Le regole definite nei vari documenti emanati dalle associazioni di categoria riprendono quelle che possono essere considerate le *best*

¹⁸¹ I codici di comportamento vanno comunicati al ministero della Giustizia che, di concerto con i ministeri competenti, può formulare, entro trenta giorni, osservazioni sull'idoneità dei modelli a prevenire i reati.

¹⁸² Disponibile sul sito di Confindustria alla pagina:
<http://www.confindustria.it/Aree/lineeg.nsf/All/F98F4F6AF6DA8B74C12572760042B987?openDocument&MenuID=A026260EC83A7E04C1256F90002FC1ED>

practices internazionali¹⁸³ e convergono sugli aspetti di fondo che trovano poi contestualizzazione nelle diverse realtà produttive e finanziarie.

Uno dei primi documenti è quello di Confindustria che, con le sue Linee Guida, configurò un modello di organizzazione 231 basato sulla gestione dei rischi da reato i cui pilastri concettuali possono essere ricondotti ai seguenti punti: a) Il concetto di *Rischio Accettabile* quale premessa per la costruzione di un sistema di controllo preventivo, partendo dal presupposto che la generale affidabilità dei controlli interni ha una soglia minima di accettabilità che consiste nell'esistenza di un controllo preventivo tale da non poter essere aggirato se non "intenzionalmente"; b) Il modello organizzativo visto come sistema di *Risk Management* le cui fasi principali comprendono: la mappa delle aree aziendali a rischio; la mappa documentata delle potenziali modalità attuative degli illeciti nelle aree a rischio (analisi dei rischi potenziali); la descrizione, anche questa su base documentale, del sistema dei controlli preventivi in essere (corrispondente ai "protocolli" di cui parla la legge); c) Il controllo preventivo come

¹⁸³ Cfr. DITTMEIER, *Internal Auditing. Chiave per la Corporate Governance*, 2007, Milano, Egea.

sistema di componenti (o “protocolli”) interdipendenti, relativi ai seguenti aspetti: elementi del codice etico che si riferiscono ai reati previsti; sistema organizzativo sufficientemente formalizzato e chiaro; procedure manuali e informatiche di controllo, con particolare riguardo alla separazione dei compiti; poteri autorizzativi e di firma; sistema di controllo di gestione in grado di fornire tempestiva segnalazione dell’esistenza e dell’insorgere di situazioni di criticità; comunicazione al personale e sua formazione.

Nelle linee guida di Confindustria, così come negli altri documenti, particolare rilievo viene dato all’*Organismo di Vigilanza*. L’ente, infatti, deve dimostrare di aver dotato questo organismo di “autonomi poteri di iniziativa e di controllo” con il compito di valutare l’adeguatezza del modello dal punto di vista della capacità di prevenire i reati, anche con verifiche periodiche ed aggiornamenti, quando richiesto dal cambiamento delle attività e dei modi di organizzazione.

Nella prassi (Fig.1)¹⁸⁴, l'organismo riporta direttamente al consiglio di amministrazione ed al collegio sindacale, assumendo una posizione di raccordo con la struttura manageriale dell'impresa. Questo organo, oltre ad avere competenze di valutazione dei rischi da reato e progettazione delle procedure interne, dovrebbe essere costituito da individui capaci di esprimere un elevato livello di autonomia e indipendenza.

L'organismo di vigilanza può essere un organo monocratico o collegiale, ma soprattutto, nelle società quotate, l'organo è di tipo collegiale. La composizione collegiale appare preferibile per l'articolazione delle funzioni di questo organismo. In effetti, la diversità dei ruoli, la contrapposizione degli interessi e le diverse competenze professionali dei componenti possono consentire di controbilanciare il mancato rispetto del requisito di autonomia e di

¹⁸⁴ Fig.1, esempio di Organigramma di Gestione in applicazione della Corporate



Governance

indipendenza dei membri e di rafforzare l'autonomia rispetto ai vertici aziendali.

Sebbene i membri del collegio sindacale possano far parte dell'organismo di vigilanza, il collegio sindacale in se non può svolgere i compiti dell'organismo di vigilanza. D'altra parte, il collegio dei sindaci deve vigilare sull'osservanza della legge e sull'adeguatezza dei sistemi di controllo interno, compresi dunque i controlli di conformità e di prevenzione di reati societari.

L'articolo 6 del D.lgs. n. 231/2001 pone particolare rilievo sui flussi informativi da e verso l'organismo di vigilanza. Quest'ultimo deve poter accedere ad un sistema di *reporting* tempestivo ed efficace, in grado di garantire un'informazione costante rispetto ad eventi che potrebbero ingenerare responsabilità. Alcune informazioni devono essere rilevate quando si verifica l'evento collegato (ad esempio, in occasione di ogni gara d'appalto o della stipula di contratti con professionisti), altre verifiche possono avere carattere periodico fisso (mensile, trimestrale, ecc.) o variabile a seconda delle verifiche in corso. Nell'ambito di tali flussi devono essere incoraggiate le

segnalazioni di violazioni da parte di ciascun dipendente con riferimento alla commissione dei reati o a comportamenti in contrasto con le regole di comportamento adottate dall'ente. Per altro verso, l'organismo deve assicurare una reportistica periodica al vertice aziendale riguardo all'attività svolta. Particolarmente importante è l'attivazione da parte di questo organo di meccanismi di miglioramento continuo del modello di organizzazione 231, segnalando agli organi di vertice le criticità del modello, le anomalie e le atipicità, anche rispetto alle normative.

3.1. Configurazione dell'Organismo di Vigilanza nei modelli organizzativi

Come ricostruito sino ad ora, l'articolo 6 del decreto 231/2001 prevede che l'ente possa essere esonerato se, oltre ad aver adottato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire i reati nel decreto considerati, ha anche affidato il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza del modello e, quindi, di curarne l'aggiornamento ad un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo. L'articolo 7, comma 4, ribadisce, inoltre, che

l'efficace attuazione del modello richiede, oltre all'istituzione di un sistema disciplinare, una sua verifica periodica, sempre da parte dell'Organismo di Vigilanza.

Sebbene in via di principio la composizione sembri indifferente per il legislatore, la scelta tra l'una o l'altra soluzione deve tenere conto delle finalità perseguite dalla legge e, quindi, deve assicurare il profilo di effettività dei controlli in relazione alle dimensioni ed alla complessità organizzativa dell'ente medesimo¹⁸⁵.

Nel dettaglio, le attività che l'OdV è chiamato a svolgere, anche sulla base degli stessi articoli 6 e 7 del D.lgs. n. 231/2001, possono così schematizzarsi: a) vigilanza sull'*effettività* del modello, che si sostanzia nella verifica della coerenza tra i comportamenti concreti ed il modello istituito; b) disamina in merito all'*adeguatezza* del modello, ossia della sua reale capacità di prevenire, in linea di massima, i comportamenti non voluti; c) analisi circa il *mantenimento* nel tempo dei requisiti di solidità e funzionalità del modello; d) presentazione di *proposte di adeguamento* del modello verso gli organi/funzioni

¹⁸⁵ A dovere di completezza si ricorda che nel caso di PMI, l'articolo 6, comma 4, prevede una deroga alla configurazione dell'OdV in virtù dell'assimilazione dei suoi poteri da parte dell'organo dirigente.

aziendali in grado di dare loro concreta attuazione nel tessuto sociale. A seconda della tipologia e della portata degli interventi, le proposte saranno dirette verso le funzioni di Personale ed Organizzazione, Amministrazione, ecc., o, in taluni casi di particolare rilievo, verso lo stesso Consiglio di Amministrazione; e) *follow-up*, ossia, verifica dell'attuazione e dell'effettiva funzionalità delle soluzioni proposte.

Come si può notare si tratta di attività specialistiche, prevalentemente di controllo, che presuppongono la conoscenza di tecniche e strumenti *ad hoc*, nonché una continuità di azione elevata.

Per una maggior comprensione del funzionamento di tale organismo è sicuramente necessario specificare il significato dell'attribuzione a quest'ultimo di due principi fondamentali: Autonomia e Indipendenza. Tali requisiti vanno intesi in relazione alla funzionalità dell'OdV e, in particolare, ai compiti che la legge assegna allo stesso. La posizione dell'OdV nell'ambito dell'ente deve garantire l'autonomia dell'iniziativa di controllo e da ogni forma di interferenza e condizionamento da parte di qualunque componente dell'ente. Pare, quindi, opportuno che l'inserimento dell'OdV avvenga come unità di

staff in una posizione gerarchica la più elevata possibile e prevedendo il “riporto” al massimo Vertice operativo aziendale, ovvero al C.d.A nel suo complesso.

Per assicurare la necessaria autonomia di iniziativa e l’indipendenza è poi indispensabile che all’OdV non siano attribuiti compiti operativi che, rendendolo partecipe di decisioni ed attività operative, ne minerebbero l’obiettività di giudizio nel momento delle verifiche sui comportamenti e sul modello.

Un altro punto focale da analizzare concerne i necessari requisiti di *professionalità e continuità di azione* che sono necessari affinché il meccanismo interno all’OdV continui a funzionare in maniera corretta. Il primo connotato si riferisce al bagaglio di strumenti e tecniche che l’Organismo deve possedere per poter svolgere efficacemente l’attività assegnatagli. Si tratta di tecniche specialistiche proprie di chi svolge attività “ispettiva”, ma anche consulenziale di analisi dei sistemi di controllo ed, infine, di tipo giuridico-penalistico.

In secondo luogo, al fine di garantire il sopradetto *follow-up* deve potersi avere una continuità di azione da parte dell’Organismo. A tale

scopo, sarebbe opportuno che i membri possiedano, oltre alle competenze professionali descritte, i requisiti soggettivi formali che garantiscano ulteriormente l'autonomia e l'indipendenza richiesta dal compito.

Logicamente, tutti i principi che vanno a dare l'*imprinting* all'Organismo saranno riportati nel modello di organizzazione che ne consacra i poteri ed il ruolo.

Come emerge da una oculata lettura delle Linee Guida di Confindustria, il tema di rilievo prioritario per la creazione del Modello di Organizzazione consta proprio del come far sì che esso sia sempre in "contatto diretto" con la realtà che vuole descrivere. In assenza di indicazioni normative specifiche, le citate Linee Guida svolgono un ruolo di supporto interpretativo oltre che "costruttivo"¹⁸⁶.

In particolare, anche le Linee Guida insistono sul ribadire che l'indipendenza dell'OdV vada intesa nel senso di indipendenza di giudizio e valutazione rispetto ai soggetti sottoposti a controllo.

¹⁸⁶ I dati emersi a seguito delle indagini sui modelli organizzativi mostrano che, nella prassi applicativa, la composizione plurisoggettiva dell'OdV è ormai la scelta prevalente, proprio in ragione dei criteri di professionalità sopra citati, che sono indispensabili per l'effettuazione dei controlli e per la cura e mantenimento dei modelli.

4. Il sistema di *Control Governance*

Il codice di autodisciplina delle Società quotate del 2002¹⁸⁷ definiva il sistema di controllo interno come “l’insieme dei processi diretti a monitorare l’efficienza delle operazioni aziendali, l’affidabilità dell’informazione finanziaria, il rispetto di leggi e regolamenti, la salvaguardia dei beni aziendali”.

Il nuovo codice apporta sostanziali modifiche alla definizione del controllo interno: *“il sistema di controllo interno è l’insieme delle regole, delle procedure e delle strutture organizzative volte a consentire, attraverso un adeguato processo di identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi, una conduzione dell’impresa sana, corretta e coerente con gli obiettivi prefissati. Un sistema efficace di controllo interno contribuisce a garantire la salvaguardia del patrimonio sociale, l’efficienza e*

¹⁸⁷ Per quanto riguarda le società quotate e non, Borsa Italiana S.p.A, attraverso il Comitato per la Corporate Governance, [è stato costituito, nell’attuale configurazione, nel giugno del 2011 ad opera delle Associazioni di impresa (ABI, ANIA, Assonime, Confindustria) e di investitori professionali (Assogestioni), nonché di Borsa Italiana S.p.A. Nel dicembre del 2011 il Comitato ha approvato l’attuale versione del Codice di Autodisciplina delle Società Quotate, apportando alcune significative modifiche al Codice del 2006 (già emendato nel 2010). Il 9 dicembre 2013 il Comitato ha approvato la sua seconda relazione annuale contenente il primo rapporto sull’applicazione del Codice di Autodisciplina], ha redatto il primo codice di autodisciplina nel 1999, rivedendolo dapprima nel 2002 e poi nel 2006 alla luce dell’esperienza nel frattempo maturata a seguito del consumarsi dei dolorosi scandali societari e del rinnovato quadro legislativo.

l'efficacia delle operazioni aziendali, l'affidabilità dell'informazione finanziaria, il rispetto di leggi e regolamenti (cd. Compliance)''.

In questa definizione possono essere messi in luce diversi aspetti del sistema di controllo, inteso come sistema avente una dimensione strutturale e una dimensione di processo tra loro interdipendenti. In secondo luogo, il controllo interno visto come processo per la gestione dei rischi associati al perseguimento degli obiettivi aziendali.

Il concetto di controllo interno accolto nel codice rispecchia le migliori prassi a livello internazionale che si sono venute ad affermare a partire dai due *framework* maggiormente influenti¹⁸⁸.

La definizione accolta nel nuovo codice sottolinea la natura sistemica del controllo interno, visto come insieme di “regole, procedure e strutture” che devono essere strettamente coordinate tra di loro per renderne efficace il funzionamento.

Lo SCI ha un ruolo chiave nella gestione dei rischi¹⁸⁹ che sono

¹⁸⁸ Si vedano, *supra*, cap.III, il *COSO* e il *TURNBULL ACT*.

¹⁸⁹ Come si era avuto modo di accennare al capitolo precedente, si parla di *Risk Assessment*, quando si compie una valutazione dei rischi che è la determinazione del valore quantitativo o qualitativo del rischio correlato a una situazione concreta e una minaccia riconosciuta (chiamato anche pericolo). Valutazione quantitativa del rischio richiede calcoli dei due componenti di rischio (R): l'entità della perdita potenziale (L), e la probabilità (p) che si verifichi la perdita. Il Rischio accettabile è un rischio che è compreso e tollerato solito perché il costo o difficoltà di implementare una contromisura efficace per la vulnerabilità associata supera l'aspettativa di perdita. Metodi per la

rilevanti per il perseguimento degli obiettivi aziendali. L'ambiente in cui opera un'azienda, i suoi obiettivi e la sua organizzazione sono in continua evoluzione, di conseguenza, lo sono anche i rischi ai quali si espone sono mutevoli. Un efficace sistema di controllo interno dipende da una completa e regolare attività di valutazione della natura e dell'estensione dei rischi.

Data la natura dell'azienda di produzione, "ordine economico dell'istituto impresa"¹⁹⁰, l'assunzione di un rischio generale è connaturata alla sua stessa esistenza. Pertanto, lo scopo dello SCI è di aiutare gli amministratori ed i manager a gestire i rischi in modo appropriato, ma certamente non di eliminarli completamente¹⁹¹. Questo significa che un efficace sistema di controllo interno fornisce soltanto una ragionevole, ma non assoluta, rassicurazione che l'impresa stia esercitando un controllo sui fattori che possono impedirne il raggiungimento degli obiettivi o che possono determinare errori, perdite di beni e frodi.

valutazione del rischio possono differire tra le industrie e si può riferire a decisioni finanziarie generali, valutazione del rischio sanitario ambientale, ecologico, da contenzioso legale, o pubblico.

¹⁹⁰ Cfr. ZAPPA, *Le produzioni nell'economia delle imprese*, tomo I, 1956, Milano, Giuffrè.

¹⁹¹ Cfr. Financial Reporting Council, *Internal Control: revised guidance for directors on the combined code, 2005*, London.

Nell'impostazione dello SCI i concetti di propensione al rischio e di accettabilità dei rischi residui sono fondamentali. La definizione delle politiche di controllo interno rappresenta una primaria responsabilità del consiglio di amministrazione. Essa è basata sulla valutazione della natura e dell'estensione dei rischi ai quali è esposta l'impresa per effetto di fattori come la localizzazione geografica, la diversificazione, le strategie competitive, le tecnologie, le competenze organizzative e le scelte di *outsourcing*, la struttura degli investimenti e dei finanziamenti. In secondo luogo, sono da prendere in considerazione il livello e la tipologia dei rischi che l'impresa può accettabilmente sostenere, nonché la probabilità che questi si manifestino. Alla luce di quest'analisi sui rischi, deve essere considerato anche l'attuale abilità di esercizio della funzione di controllo, intrinseca nella cultura e nei sistemi organizzativi, per ridurre l'incidenza e l'impatto dei rischi sulla sopravvivenza e sullo sviluppo dell'impresa. Infine, si deve valutare la capacità dell'impresa di farsi carico dei costi di controllo rispetto ai benefici ottenibili con la gestione dei rischi.

L'influenza del *Turnbull Report* sul codice di autodisciplina è particolarmente evidente sul punto relativo agli obiettivi di controllo. Un efficace sistema di gestione dei rischi è possibile se il controllo interno facilita il perseguimento di condizioni di efficacia ed efficienza delle attività aziendali, aiuta ad assicurare l'affidabilità e la trasparenza del *Reporting* sia per la gestione delle relazioni con gli investitori (*Out-Reporting*) che nei processi decisionali all'interno dell'impresa (*Inside-Reporting*), e permette di gestire la conformità con leggi e regolamenti.

L'accoglimento di una concezione del sistema di controllo interno basata sulla gestione dei rischi permette di delineare le finalità dello SCI medesimo in ossequio al raggiungimento di obiettivi di controllo multi-dimensionali.

Più in generale, tutti gli obiettivi di controllo accolti nel codice di autodisciplina non possono essere considerati isolati gli uni dagli altri. Non solo gli obiettivi sono interdipendenti, ma sono in buona parte comuni le strutture (Ambiente di Controllo, strutture organizzative e politiche aziendali) ed i processi (valutazione dei rischi, attività di

controllo, flussi informativi e monitoraggi) attraverso i quali gli obiettivi vengono perseguiti. In questi termini si deve necessariamente parlare di un approccio sistemico ai controlli interni ed alla gestione dei rischi, in forza delle interdipendenze esistenti tra gli obiettivi e tra componenti di controllo¹⁹².

D'altra parte, le interdipendenze all'interno del sistema di controllo si riflettono anche sui compiti e sulle responsabilità degli organi preposti a particolari controlli. Ammettere sul piano teorico ed operativo l'unitarietà dei controlli interni non contraddice l'esigenza organizzativa di separare i controlli e specializzare funzioni e professionalità all'interno delle imprese. Piuttosto, ci ricorda che se i controlli sono unitari allora le persone e gli organi preposti hanno bisogno di lavorare in modo strettamente coordinato. La necessità di integrazione organizzativa per linee verticali e orizzontali è tanto maggiore quanto più numerosi e articolati sono i controlli e gli organi

¹⁹² L'approccio sistemico accolto dal codice civile trova conferma nella previsione che il CdA esercita le proprie funzioni relative allo SCI tenendo in adeguata considerazione i modelli di riferimento e le *Best Practices* esistenti in ambito nazionale ed internazionale, con particolare riguardo ai modelli di organizzazione e gestione adottati ai sensi del D.lgs. 231/2001 (art. 8 comma 2).

coinvolti¹⁹³.

4.1. Modelli di organizzazione e Sistema integrato di gestione dei rischi

L'esposizione che precede ha tentato di delineare i confini normativi del sistema di controllo interno e dei modelli organizzativi previsti dal D.lgs. n. 231/2001. In particolare, si è segnalato come al cuore di entrambi gli strumenti organizzativi vi sia l'analisi, la gestione e il controllo di determinate categorie di rischio. Tale osservazione consente di inquadrare gli istituti segnalati nell'ambito del più complesso *Sistema di Gestione dei Rischi dell'impresa* – oggetto di recenti attenzioni a livello internazionale^{194 195} – inteso come sistema integrato concernente i progressi di individuazione, misurazione e controllo dei rischi e la selezione degli obiettivi di impresa congruenti.

Più analiticamente, si è segnalato come l'analisi della categoria dei rischi non-*compliance*, alla quale possono dirsi appartenere i rischi

¹⁹³ Cfr. LORSCH e ALLEN, *Managing diversity and interdependence: an organizational study of multy.divisional firms*, Cambridge, Harvard University Press, 1973.

¹⁹⁴ Cfr. COSO, *Enterprise risk management – integrated approach*, I-II, 2004.

¹⁹⁵ Cfr. BERETTA, *Valutazione dei rischi e controllo interno*, Milano, Egea, 2004

di compimento dei reati, debba soggiacere a criteri metodologici di analisi e gestione svincolati da quelli che tradizionalmente guidano la gestione dei restanti rischi d'impresa. Il criterio della minimizzazione del rischio deve, infatti, guidare il giudizio di idoneità delle misure volte a mitigare i rischi di comportamenti illeciti. Ciò ha suggerito, sul piano delle posizioni individuali *garanti* del funzionamento del sistema, una divisione di ruoli tra responsabili del controllo del sistema nel suo complesso (*internal audit*), responsabili della gestione dei rischi d'impresa (*risk manager*) e responsabili della funzione di *compliance* (*compliance officer*).

I modelli organizzativi introdotti dal D.lgs 231/2001 non si discostano, sul piano strutturale e funzionale, da una parte qualificata del sistema integrato dei rischi d'impresa e dalla sua componente rappresentata dal sistema di controlli interno. Al di là, infatti, delle indicazioni contenutistiche minime previste dal legislatore, la stessa Relazione di accompagnamento al decreto legislativo segnala come: «... Le previsioni non intendono ovviamente essere tassative e *fanno comunque salvi ulteriori protocolli comportamentali che, nel caso*

concreto, consentano di azzerare o di minimizzare il rischio». Tale precisazione segnala coerenza con l'impostazione tipicamente funzionale della disciplina interessata.

Il modello organizzativo, dunque, può a pieno titolo configurarsi come strumento di efficiente gestione e controllo dei rischi di illegalità nell'impresa e, con ciò, componente qualificata del sistema di controllo interno e del più complesso sistema di gestione dei rischi in generale. In particolare, i modelli organizzativi sono volti a configurare, sia sul piano delle posizioni individuali nell'impresa (funzioni), sia sul piano dei processi e dei meccanismi decisionali e materiali, strumenti di prevenzione e controllo di comportamenti illeciti. L'attività di analisi dei rischi-reato e di valutazione *ex ante* ed *ex post* dell'efficacia dei presidi volti alla minimizzazione di tali rischi, ben si attaglia all'attività richiesta dall'attuale normativa alla funzione di *Compliance*. In tale direzione, il compito di vigilare sul funzionamento del modello ed il rispetto dello stesso potrebbe essere, in linea di principio, conferito al responsabile della funzione di *Compliance (compliance officer)* o, dove assente tale funzione, al

responsabile della funzione di revisione interna (*internal audit*).

La vera novità, tuttavia, della disciplina dei modelli organizzativi, la quale difficilmente potrebbe trovare spiegazione nell'esigenza di adottare un lessico naturale rispetto alla concreta formula organizzativa adottata dall'ente, sembrerebbe rappresentata dalla necessaria istituzione di un organismo di vigilanza ad *hoc*. In questo senso, infatti, il precetto è inteso correttamente dalla dottrina, dalla giurisprudenza e dalla prassi. Tale soluzione, al di là di un giudizio in ordine alla sua efficacia ed effettività, non toglie, tuttavia, che l'attività di alta vigilanza svolta da un organismo ad *hoc* dotato di specializzazione funzionale, possa coesistere con l'attività di controllo più analitico ed operativo, svolta da funzioni dedicate nell'ambito dell'impresa (ad esempio, *internal audit* o *compliance*)¹⁹⁶. Anche sotto tale profilo, dunque, ci sentiamo di concludere che la disciplina sostanziale contenuta nel D.lgs. n. 231/2001 non sembra rappresentare un elemento di rottura rispetto all'attuale assetto normativo inerente la *governance* dell'impresa. Piuttosto, le precisazioni contenute nel

¹⁹⁶ Cfr. BERNASCONI, *Commento all'Art.6*, in PRESUTTI, BERNASCONI e FIORIO, *La responsabilità degli enti*, Padova, Cedam, 2008, pag. 134 e ss.

decreto, costituiscono un ulteriore tassello normativo volto a riconoscere rilevanza giuridica *esterna* alle modalità di organizzazione dell'impresa e contribuiscono al processo ricostruttivo del dovere di adeguatezza organizzativa a cui si ispirano tutti i principi sin qui analizzati e commentati¹⁹⁷.

¹⁹⁷ Cfr. SFAMENI, *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori ed organismo di vigilanza*, in *Riv. Soc.*, 2006, pag. 154 e ss.

CONCLUSIONI

Al fine di riuscire a tirare le fila delle argomentazioni sin qui proposte si cercherà di offrire ora una sintetica, quanto più completa possibile, visione d'insieme.

Si è trattato dei Modelli Organizzativi *ex* D. Lgs. 231/2001, ripercorrendone i tratti essenziali.

È stata proprio la parola “Rischio” il vero collante di questo elaborato.

Siamo partiti da quel *rischio* che ha spinto il legislatore ad adeguarsi alle prassi internazionali, munendosi della disciplina *ex* 231/2001 con cui è stato definitivamente accolto il principio del *Societas Puniri Potest*. Il legislatore-regolatore si era reso conto, infatti, di dover approntare meccanismi giuridici idonei e

funzionalizzati a soddisfare esigenze di prevenzione.

A parere di chi scrive, parlare di *Tertium Genus* o responsabilità “ibrida” è sempre la stessa cosa se lo si guarda dalla parte dell’ente.

I principi su cui il legislatore ha costruito questa ipotesi di responsabilità degli enti, siano essi di matrice extranazionale che di matrice nazionale, sono chiari e “puntano il dito” verso tutte quelle Entità che fino al 2001 non sentivano il bisogno di ispirarsi a criteri di prevenzione e al controllo delle situazioni a rischio-reato.

Le criticità sono state affrontate dal legislatore con la costruzione del D. Lgs. n. 231/2001, cercando di affiancare tutte le garanzie proprie del sistema penale ai canoni elastici delle realtà imprenditoriali.

Come è stato detto, forti sono state le pressioni giunte dall’esterno che, mosse da principi ben diversi dall’ordinamento italiano, hanno *de facto* trasformato i *Compliance Programs* nei noti Modelli Organizzativi.

Il “cuore” della *Compliance* insita nel diritto americano iniziò a rivelarsi quando la *Corporation* divenne un’entità suscettibile di

rimprovero nella misura in cui la propria struttura organizzativa risultava sprovvista di validi dispositivi idonei ad arginare il rischio di perpetrazione dei reati, ovvero, nel caso in cui tali strumenti risultassero inefficaci. I noti *Compliance Programs* dovevano consistere in programmi effettivi di prevenzione del rischio di reato nell'attività d'impresa la cui predisposizione, particolarmente complessa, da parte del singolo ente doveva essere calibrata su determinati fattori.

Dopo questa fase di analisi comparatistica, è emerso che la corrente extranazionale verteva, *principaliter*, su di un'ulteriore spinta verso la pratica dell'autoregolamentazione. Lo Stato infatti, incentivando le imprese all'applicazione dell'autoregolamentazione, ottiene una indispensabile collaborazione nell'attività di prevenzione e scoperta del *corporate crime*. L'ente, dal canto suo, può usufruire di una rosa di benefici che possono andare dalla riduzione del grado di colpevolezza, traducibile nell'attenuazione della pena pecuniaria altrimenti particolarmente pesante, all'esclusione dalla *probation* – o ad una sua applicazione più mite –, fino all'improcedibilità per il reato

commesso qualora il *prosecutor* ritenga valida l'esistenza del *compliance program*.

Nell'ordinamento italiano si apprezza lo sforzo di interpretazione del sistema anglosassone, che ha trovato, fortunatamente, il tempo di adattarsi prima della crisi economica del 2008.

In effetti, l'aver preso le misure con questa nuova visione della responsabilità delle società ha fatto sì che si iniziassero a mettere in moto tutta quella serie di meccanismi interni all'ente volti alla conoscibilità delle criticità.

Questo elaborato, non poteva prefiggersi e non può raggiungere l'obiettivo massimo di inquadrare nella complessità ed integrità propria dell'Analisi Giuridica dell'Economia le "mille sfaccettature" che il tema del D.Lgs. n. 231/2001 ha posto sino ad oggi. Il nostro obiettivo è consistito nel cercare di tradurre, in chiave giuridica, quei sistemi propri del mondo economico volti alla stima e alla prevenzione dei rischi d'impresa (*Risk Management*).

Per fare ciò abbiamo provato ad estendere l'analisi del Decreto e, soprattutto, dei suoi modelli, al tema della valutazione dei Rischi che

sono alla base della creazione dei modelli stessi.

Il lungo discorso fatto sulla responsabilità amministrativa degli enti e sui connessi modelli organizzativi *ex* 231, esplorandone le finalità e le applicazioni, è servito proprio a dimostrare che, il legislatore, negli ultimi tredici anni, nella costruzione delle fattispecie da cui può scaturire una responsabilità in capo agli enti, ha voluto sempre più “*delocalizzare*” sugli enti i caratteri di tutela e prevenzione che fino a quel momento gravavano solo sullo Stato.

A parere di chi scrive, la creazione di questa disciplina non è altro che un “messaggio di aiuto” da parte di uno Stato-legislatore che non riesce più a seguire e a vigilare su quella che *Z. Bauman* definisce puntualmente *Società Liquida*. Per riuscire in quest’intento, il legislatore, propone l’attuazione di un sistema preventivo basato su di una sensibilizzazione. Tale è la creazione di una responsabilità che minaccia direttamente gli operatori economici, ma che può essere facilmente arginata seguendo delle buone – ottime – regole di condotta.

Infatti, bisogna ricordare che, nonostante, ad oggi, l’applicazione

dei modelli organizzativi non sia obbligatoria, oltre il 70% degli operatori economici si sono dotati di tali sistemi.

Inoltre, ad oggi, la prassi giurisprudenziale ha visto sia casi di successo dei modelli che clamorosi fallimenti, ma certo è che la *Compliance* aziendale è divenuta negli anni una materia sempre più importante, che sta formando giuristi d'impresa sempre più competenti e che possono e potranno aiutare alla creazione di *nuove procedure* volte ad una sempre più accorta gestione dei rischi e alla loro mitigazione.

Occorre chiedersi, infine, se, allo stato attuale, il risultato ottenuto dalla compressione del principio di legalità che vede la responsabilità penale esclusivamente personale e che ha portato alla definizione della responsabilità degli enti come “amministrativa”, abbia avuto come frutto la creazione di un efficace sistema di modelli di prevenzione dei rischi-reato.

In realtà, non possiamo esimerci dal ricordare come, nella prassi delle imprese, i costi dei modelli, che oscillano dai pochi Euro (pubblicati online) fino a 100.000 Euro (se realizzati da società

specializzate), sono spesso indirizzati alla mera creazione di documenti volti a scagionare il rischio *formale* di incriminazione dell'ente.

D'altro canto, la vera *efficacia* dei modelli è comunque lasciata a procedure aziendali che esistono da sempre e che da sempre hanno ingenerato intoppi.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, Milano, Giuffrè, 1988;

AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, atti del convegno di studi tenuto a Roma – Lido di Ostia, il 9 Dicembre 2002, presso la *Scuola di polizia tributaria della Guardia di Finanza*, Roma, 2003;

AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti. D. Lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, Milano, Giuffrè, 2002;

AA.VV., *Scritti in onore di Francesco Capriglione*, Padova, Cedam, 2010;

ABRIANI, *La responsabilità da reato degli enti: modelli di preservazione e linee evolutive del diritto societario*, in *Analisi Giur. Economia*, vol.II, 2009;

ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, Ipsoa, 2002;

ALESSANDRI (a cura di), *La responsabilità amministrativa degli enti, D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, Ipsoa, 2002;

ALESSANDRI, *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, Milano, Giuffrè, 1984;

AMODIO, *Processo penale, diritto europeo e common law*, Milano, Giuffrè, 2003;

ASSOSIM, *Linee guida ex d.lgs. 8 giugno 2001, n.231*, approvate dal Ministero della Giustizia in data 10 settembre 2013;

ASTROLOGO, *Brevi note sull'interesse e il vantaggio nel d.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. e Enti*, 2006;

BASSI, EPIDENDIO (a cura di), *Enti e responsabilità da reato: accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, Giuffrè, 2006;

BERETTA, *Valutazione dei rischi e controllo interno*, Milano, Egea, 2004;

BERNASCONI (a cura di), *Il processo de societatae*, Milano, Giuffrè, 2007;

BERNASCONI, *Commento all'Art.6*, in PRESUTTI, BERNASCONI e FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti*, Padova, Cedam, 2008;

BERTI, *I “modelli di organizzazione e gestione” previsti dal d.lgs. n. 231/2001: natura ed inquadramento giuridico*, in *Contratto e impresa*, fasc. 4 e 5, 2012;

BRICOLA, *Il costo del principio “societas delinquere non potest” nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970;

CAPODAGLIO, *Revisione aziendale: verso una nuova professionalità*, Bologna, Clueb, 1997;

CHIEPPA e GIOVAGNOLI, *Manuale breve di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2009;

COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, *Riv. it. dir. pen. e proc.*, 2005;

COMOLI, *I sistemi di controllo interno nella corporate governance*, Milano, Egea, 2002;

CONFINDUSTRIA, *La responsabilità Amministrativa delle Società: un'indagine sull'adozione del modello organizzativo previsto dal d.lgs. 231/2001 nelle società non quotate*, gennaio 2007;

CONFINDUSTRIA, *Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. 231/2001*, marzo 2008;

CONSOB, *L'autodisciplina in materia di Corporate Governance: un'analisi dell'esperienza italiana*, ALVARO, CICCAGLIONI e SICILIANO (a cura di), vol. II, 2013;

CORDERO, *Procedura Penale*, VII Edizione, Milano, Giuffrè, 2003;

CORDERO, *Procedura Penale*, VIII Edizione, Milano, Giuffrè, 2006;

CUTELLI, *L'Odv nell'esperienza di Solvay*, atti dal convegno, *Dal 2001 ai reati ambientali: evoluzione del D.Lgs. 231/01, giurisprudenza ed esperienze del settore chimico*, Milano, 2011;

D'AGOSTINO e SALOMONE (a cura di), *La tutela dell'ambiente. Profili penali e sanzionatori*, in Trattato di Diritto penale d'Impresa, Padova, Cedam, 2011;

DE DOELDER e TIEDEMANN (a cura di), *La criminalisation du comportement collectif, Criminal liability of corporation*, XIV° Congrès international de droit comparé, Kluwer Law International, 1996;

DE FEO, *Manuale dell'illecito amministrativo e depenalizzato*, Maggioli Editore, 2001;

DE MAGLIE, *L'etica e il mercato: la responsabilità penale delle società*, Milano, Giuffrè, 2002;

DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. Amministrativa degli enti: la parte "generale" e la parte "speciale" del D. lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, in GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, Cedam, 2002;

DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. pen. e proc.*, 2006;

DE VERO, *Trattato di diritto penale: la responsabilità delle persone giuridiche*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 2008;

DI TORO, *Governance, etica e controllo: assetti societari, codici di autodisciplina e audit interno*, Padova, Cedam, 2000;

DITTMEIER, *Internal Auditing. Chiave per la Corporate Governance*, Milano, Egea, 2007;

FANCHIOTTI, *Processo penale nei paesi di Common Law*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Torino, Giappichelli, 1995;

FERRARINI, *Modelli organizzativi e responsabilità "da reato" delle società*, in *Riv. pen.*, fasc. XII, 2012;

FERRUA, *Procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2001;

FINANCIAL REPORTING COUNCIL, *Internal Control: revised guidance for directors on the combined code*, London, 2005;

FORTI, *Uno sguardo ai "piani nobili" del d.lgs. n. 231/2001* (Relazione introduttiva al Convegno "A dieci anni dal decreto legislativo n. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma",

Università La Sapienza di Roma, 14-15 aprile 2011) in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012;

GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, Cedam, 2002;

GARUTI, *Persone giuridiche e “processo” ordinario di cognizione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003;

GIARDA, MANCUSO, SPANGHER e VARRASO (a cura di), *Responsabilità “penale” delle persone giuridiche*, Milano, Ipsoa, 2007;

GIUNTA, *Il reato come rischio d'impresa e la colpevolezza dell'ente collettivo*, in *Analisi Giur. Economia*, vol.II, 2009;

GRILLO, *La teoria economica dell'impresa e la responsabilità della persona giuridica: considerazioni in merito ai modelli di organizzazione ai sensi del d.lgs. 231/2001*, in *Analisi Giur. Economia*, vol.II, 2009;

KING e SCHULZ, *Invisible Wealth, the hidden story of how markets work*, New York, London, Encounter Books, 2009;

LATTANZI, AGHINA e LUPO (a cura di), *Depenalizzazione: e nuova disciplina dell'illecito amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2001;

LONGHI, *La persona giuridica come soggetto di responsabilità penale*, in *Riv. pen.*, 1906;

LORSCH e ALLEN, *Managing diversity and interdependence: an organizational study of multy.divisional firms*, Cambridge, Harvard University Press, 1973;

MADEO, *Un recepimento solo parziale della Direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente*, in *Riv. it. dir. pen. e proc.*, 2011;

MANACORDA, *Responsabilità amministrativa e responsabilità sociale delle imprese: divergenze e convergenze*, in *Resp. amm. soc.*, 2007;

MANCINI, *L'esperienza bancaria: riflessioni in tema di composizione dell'organismo di vigilanza*, in *Analisi Giur. Economia*, vol.II, 2009;

MANNA, *La c.d. Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002;

MATTEUZZI e MAZZONI (a cura di), *Analisi economiche e contabili per il controllo delle attività delle imprese*, Bologna, Clueb, 1976;

MERUZZI, *Un nuovo ruolo per i modelli di organizzazione e gestione: il progetto di modifica Arel-PwC alla disciplina della responsabilità degli enti ex D.lgs. 231/2001*, in *Contr. Impresa*, 2012;

MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e interdizioni*, in *Diritto e Giustizia*, 2001;

ORESTANO, *Persona e persone giuridiche nell'età moderna*, in ORESTANO, *Azioni, diritti soggettivi, Persone giuridiche: scienza del diritto e storia*, Bologna, Il Mulino, 1978;

PADOVANI, *Diritto Penale*, IX Edizione, Milano, Giuffrè, 2009;

PALAZZO, *Associazioni illecite e illeciti delle associazioni*, in *Riv. it. dir. pen e proc.*, 1976;

PALETTA, *Il controllo interno nella corporate governance*, Bologna, Il Mulino, 2004;

PALIERO, *Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente nell'ordinamento penale italiano*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996;

PANSARELLA, *Reati ambientali: il set dei controlli a presidio*, in *Resp. amm. soc. e degli enti*, 2012;

PANUCCI e LA ROTONDA, *Il ruolo delle associazioni di imprese: l'esperienza di Confindustria*, in *Analisi Giur Economia*, vol. II, 2009;

PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti "amministrativi" da reato (Dal d. lgs. n. 231 del 2001 alla legge n. 146 del 2006)*, Torino, Giappichelli, 2006;

PASSALACQUA, *Diritto del rischio nei mercati finanziari: prevenzione, precauzione ed emergenza*, Padova, Cedam, 2012;

PASSALACQUA, *Possibile ricostruzione di un'amministrazione di rischio nei mercati finanziari*, Report Annuale 2013, Italia;

PELISSERO e FIDELBO (a cura di), *La nuova responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *Legislazione Penale*, 2002;

PETTITI, *I modelli organizzativi 231: spunti per un nuovo decalogo delle funzioni gestorie*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbligazioni*, fasc. IV, 2012;

PIERGALLINI, *sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001;

PULITANO', *La responsabilità da "reato" degli enti e criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. pen. e proc.*, 2002;

PULITANÒ, *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. dir.*, agg., VI, 2002;

ROMANO, *Societas delinquere non potest (nel ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995;

SANJAY, *Sarbanes-Oxley Act Guide for Fincancial and Information Technology professionals*, II edizione, New Jersey, Wiley, 2006;

SCARCELLA, *Responsabilità degli enti e modelli organizzativi ambientali: il recepimento della direttiva 2008/99/CE*, in *Resp. amm. soc. e enti*, 2011;

SFAMENI, *Idoneità dei modelli organizzativi e sistema di controllo interno*, in *Analisi Giur. Economia*, vol.II, 2009;

SFAMENI, *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori ed organismo di vigilanza*, in *Riv. Soc.*, 2006;

TARTAGLIA e POLCINI, *L'area del controllo nei modelli di Corporate Governance*, Padova, Cedam, 2000;

VENEROSO, *I modelli di organizzazione e gestione, ex d.lgs. 231/2001, nella prevenzione dei reati ambientali (parte II)*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2012;

WEIL, GOTSHAL & MANGES LLP, *Comparative Study of Corporate Governance Codes Relevant to the European Union and Its Member States*, on Behalf of the European Commission, Internal Market Directorate General, 2002;

ZAPPA, *Le produzioni nell'economia delle imprese*, tomo I,
Milano, Giuffrè, 1956;