

opinioni e documenti

C. PIERGALLINI

| 123 PARADIGMATICA DELL'AUTOCONTROLLO PENALE (DALLA FUNZIONE ALLA STRUTTURA DEL "MODELLO ORGANIZZATIVO" EX D.LG. N. 231/2001) (*) (PARTE I)

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

La prima parte del saggio ha come obbiettivo quello di illustrare la duplice funzione (esimente e riparatrice) del modello di organizzazione, previsto dal d.lg. n. 231/2001. In particolare, è proprio l'analisi di tali funzioni che consente all'Autore di ricavare la struttura (paradigmatica) del modello nell'ottica della riduzione del rischio-reato. Dopo una riflessione sul dovere di auto-organizzazione dell'ente, il saggio si sofferma sulla struttura della Parte Generale del modello di organizzazione (rivolta ad individuare la fisiologia istituzionale del modello, di generale applicazione), riservando una particolare attenzione al ruolo dell'Organismo di Vigilanza e al sistema sanzionatorio e di rilevamento degli illeciti.

The objective of the first part of this essay is to illustrate the duplicate function (extenuating and restorative) of the organizational model as foreseen by d.lg. n. 231/2001. In particular, it is literally the analysis of such features that allows the author to elicit the structure of this model with a view toward the reduction of risky crime. After reflecting on an entity's obligation of self-organization, this essay focuses on the structure of the Parte Generale of the compliance program (aimed at individualizing the model's institutional physiognomy, in its general application), paying particular attention to the role of the Supervisory Board and the sanctionary system and the discovery of illicit behaviour.

Sommario Parte I: 1. Le funzioni del modello di prevenzione del rischio-reato. — 2. Il dovere di 'auto-organizzazione' dell'ente e la sua natura giuridica. — 3. L'intelaiatura del modello: premessa. — 4. La Parte Generale del modello. — 4.1. Il modello di *governance*, i sistemi organizzativi e di controllo interno. — 4.2. Il sistema delle procure e delle deleghe. — 4.3. Il Codice etico. — 4.4. L'attività di informazione e di formazione. — 4.5. Le modalità di rilevamento delle violazioni del modello. — 4.6. Il sistema disciplinare. — 5. L'istituzione, la composizione e le funzioni dell'Organismo di Vigilanza (OdV): premessa. — 5.1. La struttura dell'Organismo di Vigilanza. — 5.2. Le funzioni dell'Organismo di Vigilanza. — 5.3. Gruppo di società e Organismo di Vigilanza. — 5.4. La responsabilità dei membri dell'Organismo di Vigilanza. — **Parte II:** 6. La Parte Speciale del modello. — 6.1. La "mappatura" delle attività a rischio-reato (*risk assessment*). — 6.2. I reati-presupposto della responsabilità dell'ente: dal catalogo formale a quello effettivo. — 6.3. I protocolli di gestione del rischio-reato (*risk management*). — 6.3.1. La decisione dell'ente come "processo". — 6.3.2. La struttura dei protocolli. — 6.3.3. Il contenuto delle cautele. — 6.3.4. Cautele "autonormate" e cautele "eteronormate". — 6.3.4.1. Il banco di prova della prassi. — 6.3.5. I protocolli di gestione nelle aree cc.dd. strumentali. — 7. Il modello come strumento "cautelare" e "cautelativo". — 8. La costruzione delle cautele 'sostanziali' e il problema della loro "positivizzazione": la scorciatoia, impraticabile, delle 'certificazioni'. — 9. Lineamenti del percorso di 'positivizzazione' delle cautele.

| P.376

cassazione penale - n. 01 - 2013

1. LE FUNZIONI DEL MODELLO DI PREVENZIONE DEL RISCHIO-REATO

Il decreto n. 231/2001, nella consapevolezza che il reato d'impresa affonda stabilmente le sue radici in una struttura organizzata, che partorisce una propria cultura, ha puntato direttamente al cuore delle organizzazioni complesse, con l'obiettivo di implementare l'adozione di regole di comportamento che orientino l'agire verso la prevenzione ragionevole del rischio-reato e, dunque, in direzione della legalità. Per conseguire un simile obiettivo, il legislatore si è esplicitamente ispirato alla filosofia dei *compliance programs* statunitensi che, sviluppando l'esperienza dei codici etici, costituiscono modelli di comportamento destinati a prevenire i reati e a scoprirne l'esistenza⁽¹⁾. Solo l'adozione di effettivi programmi di prevenzione e di riduzione del rischio-reato può determinare, infatti, la dissociazione tra la responsabilità (la colpevolezza) della persona fisica e quella dell'ente collettivo nel cui interesse la prima ha agito. I modelli di prevenzione impingono, pertanto, nelle dinamiche dell'imputazione soggettiva⁽²⁾.

Il decreto distingue, come è noto, a seconda dei soggetti che hanno commesso il reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente. La vicenda è più semplice da decrittare quando l'illecito è stato commesso da soggetti che rivestono la qualifica di dipendenti, perciò estranei alla struttura verticistica. In questo caso, disciplinato dall'art. 7 del decreto, la responsabilità dell'ente fa capo ad un difetto di vigilanza e di controllo, cioè alla violazione di *standard* di diligenza "particolareggiati", formalizzati in altrettanti modelli di prevenzione e di controllo funzionali alla minimizzazione di uno specifico rischio-reato. Qui, la colpevolezza (rimproverabilità) dell'ente assume sembianze ben definite: cioè quella di una responsabilità da agevolazione colposa, per non aver impedito un reato commesso da soggetti "controllati".

Il meccanismo di ascrizione si rivela più complicato quando il reato è stato commesso da soggetti collocati ai vertici della struttura aziendale. In questa evenienza, opera la teoria dell'identificazione dell'ente con la persona fisica: la responsabilità dell'ente non è colposa (per difetto di organizzazione, cioè), ma autenticamente dolosa, perché la persona fisica, a causa della sua collocazione apicale, costituisce la mano visibile del vertice aziendale, il soggetto, cioè, che incarna all'esterno la strategia messa in atto dagli apici dell'azienda. Al cospetto di un criterio di ascrizione sostanzialmente incontrovertibile, il legislatore del 2001 si è chiesto se questa forma di responsabilità dolosa fosse sempre e in ogni caso rimproverabile all'ente, o se si dessero ipotesi in cui il vertice aziendale potesse legittimamente dissociare la propria responsabilità da quella di chi lo ha rappresentato all'esterno. L'interrogativo è scaturito dall'esigenza di tenere conto delle moderne dinamiche organizzative azien-

di

Carlo Piergallini

—
Ordinario

di Diritto penale

Università di Macerata

(1) Il presente saggio riproduce, con alcune integrazioni, quello pubblicato negli *Scritti in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, vol. III, p. 2049 ss. In questo fascicolo della rivista, viene pubblicata la Parte I del saggio; nel prossimo numero, sarà pubblicata la Parte II.

(2) Sui *compliance programs*, v. l'approfondita analisi di DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La respon-*

sabilità penale delle società, Giuffrè, 2002, p. 102 ss.

(2) Per una recente, stimolante riflessione, di natura dogmatica e politico-criminale, sulla criteriologia imputativa del fatto-reato commesso nell'interesse dell'ente, v. PALIERO, *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 1516 ss.

dali, sempre più pervase da una compartimentazione orizzontale delle funzioni, che mette in crisi la validità dell'asserto secondo il quale non sarebbe mai possibile prefigurare l'esistenza di un diaframma che separi la volontà della persona fisica da quella dell'ente⁽³⁾. A ben vedere, se ciò può dirsi vero in relazione al modello tradizionale di ente collettivo (emblematico quello imperniato sull'amministratore unico), non altrettanto vale per la situazione societaria attuale, in cui il *management* non si sviluppa più secondo un modello rigidamente verticistico, ma si distende su un'ampia base orizzontale⁽⁴⁾, alla quale i poteri di amministrazione sono delegati dal consiglio di amministrazione, che conserva, dunque, il potere-dovere di vigilare sull'andamento della gestione e di impedimento degli atti pregiudizievoli (art. 2392 c.c.). Può, dunque, accadere che il compimento di un illecito da parte di uno degli svariati soggetti in posizione apicale non rifletta la politica di impresa espressa dal consiglio di amministrazione, che, nei casi di delega delle funzioni o di parti di esse, finisce con l'essere un organo intermedio (con funzioni di generale sovrintendenza sull'amministrazione) tra l'assemblea e l'organo di vera e propria gestione della società (comitato esecutivo o gli amministratori delegati). Per queste ragioni, il legislatore ha introdotto, all'art. 6, un paradigma di colpevolezza, per il vertice societario, costruito negativamente, alla stregua cioè di una scusante con inversione dell'onere della prova a carico dell'ente⁽⁵⁾. Ferma la regola di identificazione sopra esposta, l'ente (di regola, il consiglio di amministrazione) può evitare di incorrere nella responsabilità se prova: 1) di aver adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; 2) di aver affidato il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curare il loro aggiornamento a un organismo interno dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; 3) che le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente⁽⁶⁾ i modelli di

⁽³⁾ Per una sottolineatura di questi aspetti, cfr., volendo, PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 589-590.

⁽⁴⁾ Su questi aspetti, cfr. MINTZBERG, *La progettazione dell'organizzazione aziendale*, Il Mulino, 1996, p. 165 ss. L'organizzazione industriale sta, peraltro, conoscendo nuovi fenomeni di deverticalizzazione: si pensi alle forme dell'impresa-rete, che attua le proprie strategie attraverso relazioni non competitive, ma collaborative, con altre imprese, per ricercarne vantaggi comuni; in argomento cfr. BASTIA, *Gli accordi tra imprese*, Clueb, 1989.

⁽⁵⁾ Così, efficacemente, DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la «parte generale» e la «parte speciale» del d.lg. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Cedam, 2002, p. 107. È da rimarcare che l'esistenza di una compartimentazione orizzontale delle responsabilità si atteggia come *condicio sine qua non* per invocare l'operatività dell'art. 6, in dero-

ga alla "teoria dell'identificazione": è di intuitiva evidenza che, al cospetto di un ente di piccole dimensioni, governato da un amministratore unico, è impensabile costruire un modello di organizzazione volto a contenere il rischio-reato che si appunta su tale figura apicale; vi ostano ragioni logiche prima che giuridiche, atteso che l'amministratore unico non può certo costruire e incardinare un modello per controllare se stesso. Per contro, in simili realtà, in cui risalta la 'semplicità' della struttura organizzativa (in cui, cioè, il vertice e la base operativa si 'toccano', senza una significativa presenza della linea intermedia – il *management*), il modello potrà essere adottato nei confronti dei dipendenti (o di un dirigente) sì che, in tale evenienza, l'amministratore unico potrà esercitare personalmente le funzioni di controllo di pertinenza dell'Organismo di Vigilanza (v. art. 6, comma 4).

⁽⁶⁾ Si sofferma, di recente, sul significato da attribuire al termine "fraudolentemente", PALIERO, *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza: decisione «lassista» o interpretazione costi-*

organizzazione e di gestione di cui al n. 1. Ne deriva, allora, che l'adozione di un sistema di prevenzione, la cui effettività trova un limite solo nell'elusione fraudolenta (non agevolata da un difetto di controllo), rende non rimproverabile all'ente la realizzazione dell'illecito consumato da un soggetto formalmente deputato ad incarnarne la politica d'impresa (funzione esimente del modello) ⁽⁷⁾.

Va, poi, ricordato che il modello di prevenzione del rischio-reato svolge una ulteriore, importante funzione di natura riparatoria: la sua adozione (o il suo adeguamento) *post delictum* determina, ricorrendo altre condizioni (v. artt. 12 e 17 d.lg. n. 231/2001), una ragguardevole riduzione della sanzione pecuniaria e l'inapplicabilità delle temute sanzioni interdittive. Il rilievo assegnato alle condotte di ravvedimento denota una significativa cofunzionalità con i criteri di ascrizione della responsabilità, atteso che viene valorizzato, in chiave specialpreventiva, il ruolo dei modelli in vista della minimizzazione del rischio-reato.

Dunque, la duplice funzione (esimente e riparatoria) del modello svolge un ruolo sistematico autenticamente fondativo nel nuovo sistema della responsabilità degli enti. Proprio per questo, sembra importante provare a tracciare le linee di una paradigmatica che consenta di ritagliare la struttura di un modello idoneo a perseguire efficacemente la descritta funzione preventiva. Le disposizioni degli artt. 6 e 7 si limitano, su questo versante (e non poteva essere diversamente), a fornire indicazioni generali, riferibili ai requisiti costitutivi dello strumento di prevenzione (rilevazione delle aree gravate dal rischio-reato, procedimentalizzazione delle decisioni, istituzione dell'organismo di vigilanza, flussi informativi e sistema sanzionatorio-disciplinare) e all'individuazione del livello di rischio 'accettabile' (da identificare in un sistema di prevenzione tale da non poter essere aggirato se non con il ricorso a condotte fraudolente). Le norme, in definitiva, enucleano, sommariamente, soltanto lo scheletro del modello ⁽⁸⁾. Il problema della sua progettazione (rivolta a dare forma e contenuto ai

— — —
tuzionalmente orientata?, nota a G.i.p. Milano, sent. 17 novembre 2009, in *Le società*, 4, 2010, p. 481 ss. Secondo l'A., la formula utilizzata dal legislatore potrebbe prestarsi ad un duplice percorso interpretativo: a) il predicato della "fraudolenza" potrebbe riferirsi alle modalità della condotta, vale a dire all'esistenza di comportamenti concreti, diversi dalla condotta delittuosa tipica, specificamente diretti all'elusione del modello organizzativo e tali da neutralizzare il presidio cautelare; è di intuitiva evidenza che questa interpretazione pone ragguardevoli problemi di accertamento; b) in una seconda opzione ermeneutica, la "fraudolenza" potrebbe, invece, risolversi nell'intenzione dell'agente, riproponendo le ben note vicende che hanno riguardato l'identica espressione linguistica contenuta nel vecchio art. 2621 c.c. (false comunicazioni sociali). Si tratta di opzioni interpretative che, a parere dell'A., rappresenterebbero la "spina nel fianco" della giurisprudenza.

⁽⁷⁾ Si può solo accennare in questa sede ad un problema, inevitabilmente destinato a porsi nella prassi, concernente il rilievo da assegnare al com-

portamento alternativo lecito: in altre parole, vi è da chiedersi se l'esimente possa ricorrere anche nel caso in cui l'ente non si sia dotato di un modello *ante delictum*, ma sia comunque in grado di provare che la sua adozione ed efficace attuazione non avrebbero impedito la consumazione del reato, vuoi per l'imprevedibilità del rischio, vuoi per l'impossibilità di prevenire l'elusione fraudolenta dello stesso. La risposta negativa esalterebbe il profilo derogatorio della norma dell'art. 6, limitandone l'applicazione ai soli casi in essa previsti (si da impedire qualsiasi allargamento di tipo analogico). Per contro, la diversa opzione interpretativa punterebbe a valorizzare il principio di colpevolezza, circoscrivendo la portata derogatoria della norma alla sola inversione dell'onere probatorio.

⁽⁸⁾ Lo rimarca efficacemente MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lg. n. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 3, 2011, p. 69 ss., evidenziando lo scarso contributo di concretizzazione

requisiti che lo integrano) e quello della sua 'tenuta' al cospetto del giudice, sono strettamente correlati alla funzione preventiva che è chiamato a svolgere, che si atteggia, perciò, come la 'bussola' che deve costantemente guidare l'elaborazione della sua intellaiatura. È la funzione che, in questo caso, informa sulla struttura e le dà volto, con un percorso metodologicamente inverso rispetto ai tradizionali meccanismi di ricostruzione degli istituti giuridici.

La circostanza, poi, che, sul piano delle fonti di costruzione, il modello risulti, in massima parte, 'autonormato' alimenta una diffusa sensazione di 'malessere' da parte degli enti: la sua redazione impone di mobilitare risorse e 'saperi', ma il confezionamento sconta il timore dell'imprevedibilità e dell'insuccesso dinanzi all'interlocutore più temuto, il giudice penale.

Per tentare di dipanare le difficoltà, legate alla costruzione del modello e alla sua efficacia preventiva, sembra necessario compiere un 'viaggio' al suo interno, allo scopo di setacciare una struttura cofunzionale alle esigenze di prevenzione volute dalla legge. Di conseguenza, ci si interrogherà, dapprima, sulla 'progettazione' delle cautele nelle organizzazioni complesse e, successivamente, sul loro possibile processo di 'formalizzazione'/'positivizzazione'. In questo percorso, l'indagine farà riferimento, per quanto possibile, alla prassi applicativa: seppure scarna, permette, comunque, di attingere sia ai codici di comportamento forgiati dalle associazioni di categoria, sia ai modelli elaborati da note società di capitale, sia, infine, ai primi, significativi verdeti sull'idoneità dei modelli, partoriti nelle aule giudiziarie ⁽⁹⁾.

È di intuitiva evidenza, però, che se il modello formalizza, in chiave imputativa, processi organizzativi che condizionano decisioni, prima ancora di proiettarsi al suo 'interno', occorre, sia pure concisamente, richiamare prima l'attenzione sul suo *habi-*

offerto dalla *hard law* (leggi e regolamenti) e il prevalente ruolo affidato alla *soft law* (linee-guida di categoria e, in misura minore, *best practices*).

⁽⁹⁾ I modelli di molte grandi società sono agevolmente reperibili sui corrispondenti siti *Internet*: in genere, vengono pubblicate la Parte Generale e la Parte Speciale del modello, mentre non sono disponibili i (ben più interessanti) protocolli di gestione del rischio-reato (in proposito, si rinvia ad una indagine, condotta da ASSONIME, sull'attuazione del d.lg. n. 231/2001, i cui risultati sono pubblicati nel sito www.assonime.it). Anche i Codici di Comportamento, redatti ai sensi dell'art. 6, comma 3, d.lg. n. 231/2001, sono facilmente rintracciabili in rete (ad oggi, sono trentuno le associazioni rappresentative che hanno emanato codici di comportamento approvati dal Ministero della Giustizia: il dato è reperibile sul sito www.giustizia.it): in questa sede, ci limitiamo a richiamare: le Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex d.lg. n. 231/2001, redatte da CONFINDUSTRIA il 7 marzo 2002 e successivamente aggiornate fino alla versione del 31 marzo 2008 (v. sul sito www.confindustria.it), e, per la non comune e, dunque, molto apprezzabile analiticità il Codice di

Comportamento delle imprese di costruzione, adottato dall'ANCE (Associazione Nazionale Costruttori Edili), edito in Roma, 2005. Sul versante giurisprudenziale, sono tuttora scarse le pronunce che si sono occupate di vagliare l'idoneità preventiva dei modelli: tuttavia, risalta, proprio di recente, una decisione che ha riconosciuto funzione esimente al modello, a norma dell'art. 6: cfr. G.i.p. Milano, sent. 17 novembre 2009, cit., p. 473 ss., con nota di PALIERO, *Responsabilità dell'ente*, cit., p. 476 ss. Cfr., per contro, per una valutazione di inefficacia, G.i.p. Roma, ord. 4 aprile 2003, in *Guida dir.*, 31, 2003, p. 66 ss.; G.i.p. Milano, ord. 20 settembre 2004, *ivi*, 47, 2004, p. 69 ss. Per un commento degli orientamenti giurisprudenziali, v. D'ARCANGELO, *I canoni di accertamento della idoneità del modello organizzativo nella giurisprudenza*, in *La responsabilità amministrativa della società e degli enti*, 2, 2011, p. 129 ss. Di particolare interesse risulta, infine, il contenuto di sei perizie collegiali, depositate presso il Tribunale di Bari, che hanno ricostruito e valutato l'adeguatezza preventiva dei modelli adottati da società multinazionali farmaceutiche, condannate, con sentenza di 'patteggiamento', per fatti-reato di corruzione: con riguardo al contenuto di tali perizie, v., *infra*, par. 6.3.4.

tat, sul fatto, cioè, che nasce e si sviluppa nel contesto di organizzazioni complesse, espressione di un aggregato di individui che, proprio perché organizzati, esprimono una strategia collettiva destinata a fronteggiare situazioni 'complesse' non dominabili dal singolo o da una pluralità 'disorganizzata' di soggetti.

2. IL DOVERE DI 'AUTO-ORGANIZZAZIONE' DELL'ENTE E LA SUA NATURA GIURIDICA

Sul piano strutturale, l'organizzazione contempla una dotazione di competenze (il personale) e di vie di comunicazione, orientate all'assunzione di decisioni in reciproca progressione. Per poter esprimere decisioni, l'organizzazione, come sistema 'artificiale' – a differenza di un sistema naturale, che semplicemente esiste – deve, a sua volta, organizzarsi (organizzazione della organizzazione). Il principale vantaggio che deriva dall'agire organizzato è infatti da intravedere nella formazione di una "metacompetenza" superiore alla somma delle competenze degli individui: il gruppo, rispetto ai singoli componenti, possiede, di norma, maggiori informazioni e conoscenze, la capacità di proporre soluzioni alternative e una più accentuata condivisione degli obiettivi (c.d. 'effetto esponenziale' del fenomeno organizzativo). Per contro, un organismo 'disorganizzato' resta in balia dei rischi decisionali, si abbandona all'incertezza, manifestandosi incapace di contenere le 'irritazioni' che si scaricano sul sistema ⁽¹⁰⁾.

Questo aspetto, relativo al fenomeno dell'"organizzazione dell'organizzazione" ⁽¹¹⁾, assume un ruolo centrale ai fini della nostra analisi. Aiuta, infatti, a comprendere che anche il problema della prevenzione del rischio-reato, negli enti collettivi, non è tanto un problema di persone, ma soprattutto di "organizzazione della organizzazione".

Nel sistema di gestione complessiva dei rischi aziendali (finanziari, sociali, ambientali, tecnologici, ecc.), la prevenzione del rischio-reato, come rischio normativo, rappresenta un momento irrinunciabile nella conformazione dell'agire collettivo in direzione della legalità. Il rispetto delle norme penetra nella stessa fase di progettazione della strategia di impresa, in modo da adeguare lo stile e i comportamenti dell'ente alle pretese dell'ordinamento, innescando un meccanismo virtuoso capace di 'contenere' le spinte criminogene connaturate al conseguimento ad ogni costo del profitto.

Ecco, allora, che l'ente è gravato da un dovere di auto-organizzazione, rivolto alla prevenzione del rischio-reato, contraddistinto da due profili.

⁽¹⁰⁾ Cfr. PALIERO-PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, p. 172. Sotto questo profilo, è stato rilevato (ATTILI, *L'agente-modello "nell'era della complessità": tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, p. 1247) il ruolo ancipite dell'organizzazione: se non adempie al dovere di auto-organizzarsi efficacemente, incrementa in modo esponenziale il tasso di pericolosità dell'attività, che finisce per svolgersi al di fuori di ogni controllo; per contro, menti collettive ben organizzate possono esibire prestazioni superiori anche

sul versante del rispetto della legalità; l'adozione di un efficace modello organizzativo, che abbia ad oggetto i processi decisionali a rischio-reato, implementa il ricorso a regole cautelari iper-descritte (altamente tassative), che si atteggiavano come altrettanti freni inibitori alla commissione dei reati da parte della società.

⁽¹¹⁾ Il fenomeno dell'"organizzazione dell'organizzazione" è stato particolarmente tematizzato e sviluppato, sul piano sociologico, da LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, Mondadori, 2005, p. 249 ss.

Il primo profilo del dovere di organizzazione per la persona giuridica consiste nella predisposizione di una griglia capillare di garanti, collocati nelle diverse fasi del processo decisionale e produttivo. L'oggetto della garanzia dipenderà dalla funzione svolta: così, chi è collocato in posizione apicale assicurerà, prima di tutto, l'adozione di un modello organizzativo che consenta un'adeguata protezione ai beni giuridici tutelati dalle norme penali; scendendo ai 'piani' inferiori, la garanzia si concretizzerà in rapporto al tipo di funzione (di direzione, di controllo, di consulenza, di preposizione, ecc.) in concreto esercitata ⁽¹²⁾.

Il secondo profilo è rintracciabile nella predisposizione dei cc.dd. modelli di prevenzione del rischio-reato, autentico supporto materiale del dovere organizzativo. Quest'ultimo, ben lungi dal risolversi in un indistinto obbligo di sorveglianza e di controllo, deve tradursi in regole autonormate, che integrano un programma di autodisciplina finalizzato a: 1) mappare le aree esposte al rischio-reato e individuare i soggetti più esposti al rischio (soggetti apicali, *middle management*, dipendenti, ecc.); 2) forgiare regole cautelari orientate a ridurre il rischio-reato; 3) predisporre adeguati meccanismi di controllo sulla funzionalità del modello e sulla necessità di adeguamenti; 4) prevedere un sistema disciplinare rivolto a sanzionare i comportamenti devianti, implementato da meccanismi di scoperta/chiarimento degli illeciti ⁽¹³⁾.

È, dunque, il modello a dare forma e sostanza al dovere di auto-organizzazione dell'ente. Ma si è al cospetto, sul piano più strettamente giuridico, di un obbligo o di un onere?

La tesi assolutamente prevalente è che l'adozione del modello sia del tutto facoltativa: lo si ricaverebbe dal tenore letterale degli artt. 6 e 7 e dal contenuto della relazione governativa al d.lg. n. 231/2001. Si addita, così, la figura dell'onere, che esalterebbe, specie nell'art. 6, la rilevanza *ad probationem* del modello, finalizzato a non incorrere nella responsabilità amministrativa ⁽¹⁴⁾.

Ad un più attento esame, però, sembra cogliere nel segno quella dottrina che, di recente, ha efficacemente prospettato che i doveri organizzativi, contenuti nel decreto 231, «paiono oneri e sono obblighi» ⁽¹⁵⁾. I profili di doverosità discenderebbero dalla riforma del diritto societario del 2003, in cui il principio di adeguatezza degli assetti organizzativi interni all'impresa è assunto ad autentica "architrave" della *governance* della società per azioni. L'art. 2381 impone, infatti, agli organi delegati di predisporre

⁽¹²⁾ Sulla struttura e la dislocazione delle posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse, v. PULITANO, *Diritto penale*, Giappichelli, 2007, p. 486 ss.

⁽¹³⁾ La struttura del programma di 'autodisciplina', riportata nel testo, è tratta da PALIERO-PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit., p. 173 ss.

⁽¹⁴⁾ Per una ricognizione delle posizioni della dottrina prevalente, orientata a qualificare l'adozione del modello come un 'onere', v. BERNASCONI, sub art. 6, in *La responsabilità degli enti*, a cura di Presutti-Bernasconi-Fiorio, Cedam, 2008, p. 119 ss. In giurisprudenza, v. Trib. Milano, 20 marzo 2007, soc. My Chef s.r.l., in *Dir. prat. soc.*, 2007, p. 71 ss. Profila, invece, una situazione sostanzialmente riconducibi-

le all'obbligo', GIUNTA, *Il reato come rischio d'impresa e la colpevolezza dell'ente collettivo*, in *Analisi giuridica dell'economia*, fascicolo monografico dal titolo: *Società e modello «231»: ma che colpa abbiamo noi?*, 2, 2009, p. 243 ss. Distingue tra il modello destinato a contenere il rischio di commissione dei reati degli apicali e dei dipendenti, proiettando la figura dell'obbligo solo in direzione di questa seconda condizione, di cui all'art. 7 d.lg. n. 231/2001, PULITANO, *Responsabilità «da reato» degli enti: criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 431.

⁽¹⁵⁾ Così, ABBRIANI, *La responsabilità da reato degli enti: modelli di prevenzione e linee evolutive del diritto societario*, in *Analisi giuridica dell'economia*, cit., p. 193.

assetto organizzativo, amministrativo e contabili adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa azionaria, informandone il consiglio di amministrazione, chiamato, a sua volta, a "valutare" tale adeguatezza. L'art. 2403 c.c. appunta, poi, sui sindaci l'obbligo di vigilare sui principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società. Come si vede, il legislatore, richiamando il principio di adeguatezza, richiede che ciascuna fase dell'attività venga formalizzata in un procedimento e che questo procedimento formi oggetto di valutazioni preventive, in ordine alla sua adeguatezza, e di continui controlli, deputati a saggiarne la corretta applicazione. Da questo nuovo scenario normativo, deriva che se, da un lato, di facoltatività nell'adozione del modello può astrattamente parlarsi con riguardo all'ente, non così, per contro, rispetto agli organi sociali, segnatamente agli amministratori, gravati da un obbligo di corretta amministrazione, sì che non possono sottrarsi al dovere di verificare se l'ente, da loro amministrato, possa esporsi al rischio di una propagazione della responsabilità sanzionatoria da reato⁽¹⁶⁾. Un tale obbligo si risolve, sul piano degli assetti organizzativi, dapprima nel censimento delle potenziali aree a rischio-reato e, successivamente, nella predisposizione del modello. Pertanto, in tutti gli enti in cui opera il ricordato principio di adeguata organizzazione, l'adozione del modello risulterà inevitabile e la sua mancata attivazione potrà issarsi ad un inadempimento ascrivibile agli amministratori in termini di responsabilità e, prima ancora, «quale giusta causa di revoca ex art. 2383, quale grave irregolarità denunciabile ai sensi dell'art. 2409 e quale fatto censurabile suscettibile di essere segnalato all'organo di controllo ai sensi dell'art. 2408 c.c.»⁽¹⁷⁾.

3. L'INTELAIATURA DEL MODELLO: PREMESSA

La descritta bipartizione del dovere di auto-organizzazione dell'ente trova nel modello la sua traduzione formale e sostanziale. La prassi applicativa fa registrare una diffusa tendenza a suddividere il modello in una Parte Generale ed in una Parte Speciale: la prima rivolta ad individuare la fisionomia istituzionale del modello (definizione di istituti, funzioni, nozioni, principi, di 'generale' applicazione), la seconda indirizzata a setacciare e regolare le specifiche attività esposte al rischio-reato. Di norma, il contenuto delle cautele, dirette a ridurre il rischio-reato, viene ulteriormente formalizzato in singoli protocolli operativi, richiamati nella Parte Speciale del modello, che si limita, perciò, a riprodurre i contenuti essenziali delle cautele.

Nell'ambito della suddetta bipartizione, occorre, tuttavia, evidenziare subito l'autonomo ruolo, (funzionalmente) trasversale, rivestito dall'Organismo di Vigilanza (OdV), che funge da elemento di saldatura tra la Parte Generale e la Parte Speciale del modello. Se, per un verso, la prassi affida alla Parte Generale il compito di discipli-

⁽¹⁶⁾ È la conclusione a cui perviene ABRIANI, *La responsabilità da reato*, cit., p. 195.

⁽¹⁷⁾ Così, ancora, ABRIANI, *La responsabilità da reato*, cit., p. 198. In giurisprudenza, si segnala Trib. Milano, 13 febbraio 2008, in *Giur. comm.*, 2009, p. 177, che ha condannato il presidente, con funzioni delegate, di una società di capitali, priva del modello 231, a risarcire i danni patiti dall'ente, in termini di san-

zioni pecuniarie, per effetto della mancata attivazione del presidio preventivo. Inediti profili di doverosità emergono anche da talune discipline di settore: si pensi, per fare un esempio, al Regolamento dei mercati organizzati e gestiti da Borsa Italiana, ove si indica, tra i requisiti necessari per ottenere la qualifica di "Star", l'aver adottato il modello di organizzazione, di cui al d.lg. n. 231/2001.

narne l'istituzione e le modalità di funzionamento (dunque, la struttura per così dire 'irripetibile'), per altro verso, va posto in risalto che l'organismo – come vedremo – esplica specifiche funzioni di controllo e di vigilanza nel contesto di ciascuna delle aree a rischio-reato, elevandosi al rango di un presidio autenticamente 'cautelare'. L'attività di controllo, infatti, è destinata a compenetrarsi con le altre cautele (procedimentali e sostanziali) che plasmano la struttura dei singoli protocolli di gestione del rischio-reato⁽¹⁸⁾. Proprio per questo, dunque, la trattazione della struttura e della funzione dell'organismo verrà autonomamente collocata a cavaliere tra la Parte Generale e la Parte Speciale.

4. LA PARTE GENERALE DEL MODELLO

4.1. Il modello di *governance*, i sistemi organizzativi e di controllo interno

L'*incipit* del modello deve atteggiarsi alla stregua di una carta di identità dell'ente, che 'fotografa' la configurazione giuridica societaria e i correlati organi di amministrazione e di controllo che lo compongono, dando atto di eventuali modificazioni intercorse nel tempo. Particolare rilievo assume la circostanza che l'ente faccia parte di un "gruppo"⁽¹⁹⁾: in tal caso, è necessario riportare le forme di collegamento societario. La descrizione della struttura societaria è di fondamentale importanza, perché consente di esprimere, già in questa fase, un giudizio in ordine all'idoneità dell'assetto societario a confrontarsi con la sfera dei rischi normativi, in particolare con il rischio-reato. Una evidente sfasatura tra le dimensioni strutturali ed operative dell'ente e la forma societaria può – già di per sé – costituire la spia di una potenziale inadeguatezza giuridico-strutturale della *governance* societaria⁽²⁰⁾.

Il Modello deve, poi, riportare la struttura organizzativa aziendale (divisioni, funzioni di *line*, di *staff*, di supporto, ecc.), indicando anche gli organismi interni che svolgano funzioni di coordinamento operativo e di controllo: si pensi ai comitati o alle commissioni interne, che hanno il compito di sovrintendere ad alcune attività (trasversali), che coinvolgono diverse unità operative. Una particolare importanza riveste la descrizione dei sistemi di controllo interno, costituiti da sistemi operativi, finalizza-

⁽¹⁸⁾ Sul volto 'composito' delle cautele formalizzate nei protocolli di gestione del rischio-reato, si rinvia alla disamina condotta nel successivo par. 6.3.3.

⁽¹⁹⁾ Sulla nozione di "gruppo", sul versante penale e societario, v., nel contesto di una letteratura particolarmente ampia, MILITELLO, *Attività del gruppo e comportamenti illeciti: il gruppo come fattore criminogeno*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, p. 367 ss.; BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, Giuffrè, 2009, p. 23 ss. Con riguardo ai rapporti tra dinamiche del "gruppo" e i nessi imputativi previsti dal d.lg. n. 231/2001, v. SCARONA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*, Giuffrè, 2006.

⁽²⁰⁾ Così, per fare un esempio, il ricorso alla forma della società a responsabilità limitata (s.r.l.) da parte

di una società di grandi dimensioni può ingenerare perplessità: la forma della s.r.l. è volta a soddisfare esigenze legate al mondo delle piccole e medie imprese, tanto che, pur godendo del beneficio della responsabilità limitata, può essere sottratta alle rigidità della disciplina imposta alle società per azioni. All'interno di questa configurazione, il sistema di *governance* prevede un consiglio di amministrazione composto interamente da dirigenti della società, senza l'intervento di alcun membro indipendente (o anche non esecutivo) dalla proprietà e/o dal *management*. Vi è, dunque, di regola, una connessione tra l'organo della società e la guida dell'azienda, che rende palese l'assenza di un contrappeso istituzionale capace di fomentare strategie virtuose sul versante del rispetto della legalità e delle norme di condotta.

ti specificatamente alla prevenzione dei rischi (di mercato, ambientali, reputazionali, strategici, organizzativi, operativi, finanziari, normativi) e al superamento delle criticità, quando queste si sono manifestate.

Nella rete capillare di controlli, spicca il sottosistema dei controlli di linea, riferibili ai responsabili e al personale che operano in linea esecutiva, nell'ambito di funzioni di *line* o di *staff*, congiuntamente impegnati nella conduzione dei *business* aziendali. Una significativa classificazione dei controlli di linea è data dai controlli di primo livello e di secondo livello: i primi sono immediatamente effettuati dal personale e dai responsabili sulla propria specifica attività, in virtù delle competenze tecnico-professionali e dell'esperienza possedute, nonché dell'immediatezza del presidio fisico sull'attività in fase di svolgimento (autocontrollo e controlli orizzontali concomitanti); i secondi sono quelli esercitati da altro organo, quale il superiore gerarchico in fase di ratifica o di verifica, ovvero da altri organi di controllo specialistici (controlli di qualità, controlli statistici, controlli tecnici, controllo di gestione, controlli amministrativi, controlli informatici).

Una particolare importanza rivestono, altresì, i controlli diretti e i controlli indiretti (a distanza): i primi sono riferiti a verifiche dirette, da parte di altro soggetto (diretto superiore, *Internal auditing*, Collegio sindacale, Società di revisione, Organismo di vigilanza), rispetto all'esecutore materiale di un compito; i secondi sono forme di controllo esercitate "a distanza" da altro soggetto rispetto all'esecutore dell'attività oggetto d'indagine, mediante l'impiego di supporti di analisi (*reporting*, indicatori, tabelle, grafici, sintomi, dati ed informazioni rilevanti): vertice aziendale, *management* (diretto superiore), *Controller*, *Internal auditing*, *Risk manager*, *Compliance manager*, Collegio sindacale, Organismo di Vigilanza.

In questo contesto, particolare rilievo assume l'attività di *Internal Auditing*: l'esistenza di una simile funzione, che costituisce diretta emanazione del vertice aziendale (di regola, riporta al Consiglio di amministrazione), andrà indicata nel modello, descrivendone i compiti, la strategia e la metodologia di analisi.

L'*Internal auditing* costituisce l'architrave del sistema dei controlli interni. Si tratta di una funzione specialistica, che possiede le più elevate competenze in materia di controlli interni, e che opera a vantaggio dell'azienda con un impegno continuativo e sistematico, avvalendosi di risorse professionalmente qualificate per soddisfare i bisogni derivanti dall'operatività aziendale. Tutti i processi gestionali e tutte le unità organizzative devono essere potenzialmente oggetto di indagine e la necessità di una funzione di puro controllo deriva dal fatto che i controlli di linea, per quanto fondamentali ed irrinunciabili, sono comunque condotti dagli organi esecutivi. La piena applicazione del principio di segregazione del controllo dalla gestione si attua, così, con l'introduzione dell'*Internal auditing*, funzione che – come si è detto – riferisce solamente all'apice aziendale. Le verifiche della revisione interna sono fondamentalmente di due tipi: 1) dirette, mediante visite ispettive con accesso fisico presso le unità operative, sia centrali che periferiche; 2) a distanza, tramite analisi e metodologie che utilizzano flussi informativi rilevanti ai fini degli accertamenti.

Le verifiche in parola sono di secondo livello, in quanto operano parallelamente ai controlli di linea, integrandoli e ponendoli come oggetto stesso di verifica. Possono sussistere anche verifiche di terzo livello, quando interviene l'*Internal auditing* della

capogruppo, alla quale sono di pertinenza i controlli sul corretto funzionamento delle società controllate.

Infine, andranno illustrati, sinteticamente, i principali sistemi di gestione dell'area amministrativa e tecnico-contabile, dando conto del loro livello qualitativo e del grado di affidabilità sul piano nazionale ed internazionale ⁽²¹⁾.

La descrizione dei sistemi di controllo interno, oltre a rilevare sul piano dell'assetto organizzativo, esercita, come vedremo, una importantissima funzione in sede di "mappatura delle aree a rischio-reato", in cui occorre 'misurare' l'impatto preventivo di tali sistemi di controllo interno allo scopo di ritagliare la sfera del c.d. "rischio residuale".

4.2. Il sistema delle procure e delle deleghe

Il sistema disegna la ripartizione dei poteri (e dei correlativi doveri) all'interno della società: individua, cioè, il novero dei soggetti chiamati ad assumere responsabilità di direzione e di gestione dei diversi compartimenti dell'ente. Spetta al Consiglio di amministrazione approvare le deleghe ed i poteri di firma, in coerenza con le responsabilità organizzative e gestionali dei designati, prevedendo una puntuale indicazione delle soglie di approvazione delle spese. Il sistema può altresì contemplare, tenuto conto del livello di complessità aziendale, che i delegati (in genere i direttori delle funzioni, delle sezioni o delle unità) possano a loro volta sub-delegare alcuni frammenti di funzione. L'intero sistema, in ragione dell'indiscutibile rilievo che assume sul terreno dell'individuazione delle responsabilità, deve risultare minuziosamente formalizzato, anche allo scopo di ottimizzare i flussi informativi endoaziendali. In definitiva, la delega deve contenere l'indicazione: a) della funzione delegante e la fonte del suo potere; b) del soggetto delegato, con l'esplicita descrizione delle funzioni attribuite e della posizione organizzativa rivestita; c) delle risorse economiche assegnate al delegato, nel cui ambito questi è legittimato a svolgere i compiti assegnati.

Laddove le funzioni delegate implicino l'assolvimento di posizioni di garanzia penalmente rilevanti ⁽²²⁾, vanno indicati i sistemi di monitoraggio e di controllo preposti ad esercitare una vigilanza sul corretto disbrigo delle funzioni delegate e, dunque, sulla "tenuta" della sistema organizzativo prescelto.

4.3. Il Codice etico

Il Codice etico si atteggia come una imprescindibile tavolozza di valori, una sorta di *Wertordnung*, che addita, in chiave prevalentemente 'evocativa' ed 'esortativa', i valori e le prescrizioni che permeano la cultura di impresa, deputata ad informare i comportamenti individuali dei dipendenti e dei *partners* abituali dell'ente. Sotto questo profilo, i protocolli, contenuti nel modello, devono costituire la concreta attuazione dei principi contenuti nel Codice etico ⁽²³⁾.

⁽²¹⁾ Si pensi, ad esempio, alle piattaforme *Oracle Application* per l'area contabile e per la distribuzione dei prodotti, al sistema *ARIBA*, provvisto di marcate funzioni di controllo nella gestione dei flussi di approvazione, al sistema *SAP*, che consente la gestione integrata di diverse attività aziendali (acquisti,

magazzino, pianificazione, controllo, contabilità, ecc.).

⁽²²⁾ Come quelle – risapute – in materia di tutela della sicurezza e della salute sul lavoro, che devono soggiacere ai requisiti di cui all'art. 16 d.lg. n. 81/2008.

⁽²³⁾ Va segnalato il profilo (piuttosto ricorrente) relativo all'adozione, da parte di società controllate,

4.4. L'attività di informazione e di formazione

L'adeguata formazione e informazione del personale rappresentano fattori di massima importanza per l'efficace attuazione del sistema di prevenzione aziendale. Negli enti di grandi dimensioni, appare opportuno elaborare un'apposita procedura, che disciplini gli snodi del percorso formativo e le funzioni coinvolte.

Al fine di divulgare e implementare la comprensione delle procedure e delle regole comportamentali adottate, la società deve curare l'organizzazione di qualificate iniziative di formazione, ispirandosi ai criteri di continuità e di intensità. La formazione, cioè, non deve essere impartita occasionalmente, ma inserirsi in un progetto pianificato da sottoporre al parere dell'OdV. La formazione verrà differenziata, nei contenuti, nei tempi e nelle modalità di erogazione (criterio di intensità), a seconda della qualifica dei destinatari, del livello di rischio dell'area in cui questi operano, dell'avere o meno funzioni di rappresentanza della società.

La partecipazione ai corsi di formazione dovrà ritenersi obbligatoria ed essere accompagnata da una verifica sul livello di apprendimento.

4.5. Le modalità di rilevamento delle violazioni del modello

È criminologicamente assodato che un fattore significativo di prosperità della illegalità di impresa è da rinvenire nei meccanismi di occultamento dell'eziologia degli illeciti e delle loro dinamiche: di qui, l'attecchimento di una diffusa sensazione di immunità, espressiva di una cultura della conformità nei confronti delle politiche (anche illegali) di impresa ⁽²⁴⁾. Ecco, perciò, la necessità che il modello fomenti meccanismi di resistenza nei confronti di una simile cultura, fondati sull'esigenza di denunciare gli illeciti e le irregolarità che maturano nel corpo della *societas*. L'adeguatezza e l'effettività del Modello dipendono, allora, dalla predisposizione di un efficace sistema di rilevamento delle violazioni, che permetta la tempestiva emersione delle trasgressioni delle regole di comportamento, non soltanto nelle loro forme più gravi, ma anche quelle che si traducono in mere deviazioni da regole di *compliance* che, se non vengono immediatamente neutralizzate, potrebbero fomentare un clima di anomia, foriero, nel tempo, di conseguenze ben più rilevanti per la società.

Un efficace sistema di rilevamento delle violazioni suggerisce, specie negli enti di grandi dimensioni, di istituire uno specifico protocollo, che formalizzi l'intero processo.

Sul piano del contenuto, il sistema deve contemplare:

– l'obbligo, per tutti i componenti dell'azienda (apicali e non) e per i terzi collaboratori, di denunciare le violazioni (anche solo 'sospette') del Modello, del Codice etico

del Codice etico adottato dalla Capogruppo (il c.d. Codice etico di Gruppo): in questa evenienza, va valutata l'effettiva adeguatezza del Codice rispetto all'attività svolta dalla "controllata". Una simile valutazione dovrà necessariamente ispessirsi quando la Capogruppo è situata all'estero: in questo caso, il Codice, forgiato dalla controllante, potrebbe contenere previsioni che, per eccesso o per difetto, non si armonizzano con la legislazione interna della "controllata".

⁽²⁴⁾ Rimarca, con grande efficacia, questi aspetti,

FORTI, *Percorsi di legalità in campo economico: una prospettiva criminologico-penalistica*, relazione tenuta al ciclo di conferenze e seminari su "L'uomo e il denaro", Milano, 6 novembre 2008, organizzati dall'Associazione per lo Sviluppo degli Studi di Banca e Borsa e dall'Università Cattolica del Sacro Cuore, Facoltà di Scienze Bancarie, Finanziarie e Assicurative, Quaderno n. 15, Milano, 2006, 49 ss. Su questi temi, è d'obbligo il rinvio alla celebrata indagine di SUTHERLAND, *Il crimine dei colletti bianchi*, (trad. it. di Forti), Giuffrè, 1987.

e delle procedure operative di cui vengano a conoscenza, pena l'irrogazione di sanzioni disciplinari;

- la possibilità di denunciare tali violazioni al proprio superiore o ad un apposito organismo aziendale;
- in aggiunta, la possibilità di eseguire in forma anonima tali denunce, tramite l'utilizzazione di un apposito sito *Intranet*, ovvero presso altra struttura;
- l'assicurazione che la denuncia, ove non sporta per finalità diffamatorie o comunque illecite, non darà luogo ad alcuna forma di ritorsione;
- che, una volta ricevuta la denuncia, questa debba essere trasmessa, tempestivamente, alla funzione competente e all'OdV.

4.6. Il sistema disciplinare

Il sistema costituisce un elemento deputato a rafforzare l'efficacia dissuasiva e pedagogica del modello: soprattutto, ne assicura l'effettività. Una volta individuati i soggetti destinatari delle sanzioni disciplinari (i soggetti apicali, i dipendenti, i collaboratori esterni), esso dovrà prefigurare il ventaglio delle sanzioni, i criteri di commisurazione e le condotte rilevanti, distinguendo, in punto di gravità, tra quelle che si risolvono in mere violazioni formali e quelle che possono comportare conseguenze pregiudizievoli per l'ente (ad esempio, la sua responsabilità a norma del d.lg. n. 231/2001). Andrà, poi, disegnato il procedimento di irrogazione delle sanzioni, indicando il titolare dell'azione disciplinare, le garanzie a tutela dell'accusato, la funzione competente ad applicare la sanzione.

Quanto al contenuto delle sanzioni, di regola, per i dipendenti e i dirigenti, coincide con quello enucleato nei rispettivi contratti collettivi di lavoro. Più delicato appare, per contro, profilare l'arsenale di sanzioni da riferire alle violazioni commesse dagli amministratori.

Si potrebbe sostenere che, nei confronti degli amministratori, possa esercitarsi unicamente l'azione di responsabilità, prevista dall'art. 2393 c.c.: effettivamente, questa è la soluzione prescelta in molti modelli di prevenzione. Peraltro, si può ragionevolmente ritenere che l'autonomia funzionale delle prescrizioni del modello legittimi una distinta scelta sanzionatoria, fondata su una gamma diversificata di sanzioni (ammonizione verbale e scritta, sanzione pecuniaria, sospensione temporanea dalla carica, destituzione), proporzionate alla gravità delle infrazioni. Del resto, la scelta di affidarsi alla sola azione di responsabilità potrebbe rivelarsi disfunzionale: si pensi, per fare un esempio, a modeste violazioni formali del Modello, rispetto alle quali la messa in moto dell'azione di responsabilità apparirebbe eccessiva. Di qui, l'evenienza che, in simili casi, si preferisca non agire, con il rischio, però, di favorire il progressivo consolidamento di pratiche devianti, destinate a non essere sanzionate. La previsione di un distinto ed autonomo sistema sanzionatorio presuppone, ovviamente, che l'amministratore, all'atto della nomina, ne prenda visione e si impegni, contrattualmente, a rispettare le previsioni del Codice etico e del modello e a soggiacere alle sanzioni ivi stabilite. Si sarebbe, dunque, al cospetto di sanzioni "convenzionali".

Va riservata, infine, una particolare attenzione ai possibili rischi-reato sottesi alle dinamiche retributive: segnatamente, alle retribuzioni composte da una parte fissa e da una variabile. L'ente deve ridurre il rischio che la parte variabile della retribuizio-

ne possa risultare improntata a criteri eccessivamente "sfidanti", che potrebbero alimentare prassi comportamentali scorrette o, peggio ancora, in violazione di leggi, delle regole del Codice etico e/o del modello 231. Di qui, la necessità di prevedere "decurtazioni", di natura "sanzionatoria", sulla parte "variabile" della retribuzione (commisurata, cioè, ai livelli di *performance*) corrisposta ai dipendenti o ai dirigenti, in presenza di condotte in contrasto con le regole della *compliance*, ma funzionali ad innalzare le prestazioni.

5. L'ISTITUZIONE, LA COMPOSIZIONE E LE FUNZIONI DELL'ORGANISMO DI VIGILANZA (ODV): PREMESSA

Il modello, espressione di un insieme articolato e proceduralizzato di cautele preventive, richiede, rispetto ai reati riconducibili alle figure apicali delle organizzazioni complesse, la creazione di un organismo interno di vigilanza (OdV), che ha il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza del modello e di curarne, al tempo stesso, l'aggiornamento. Si tratta di un'assoluta novità nell'ambito dei sistemi di *governance* delle società. Inoltre, nella prassi, si sta affermando l'idea di 'sfruttare' la funzione di sorveglianza esercitata dall'OdV anche nei confronti degli illeciti dei dipendenti: una scelta, questa, che, sebbene normativamente non imposta (arg. ex art. 7 d.lg. n. 231/2001), appare nondimeno espressiva di una apprezzabile volontà degli enti di adeguarsi, *in toto*, alle finalità preventive della riforma.

Se si prova, fin da ora, a raffigurare la funzione dell'OdV, si può immaginare una stella con tante punte, che si muovono, continuativamente, a doppio senso: per un verso, si proiettano verso i soggetti che presidiano il processo a rischio-reato, per ottenere i flussi informativi previsti dal modello; per altro e collegato verso, possono inserirsi nel processo, come controllori di secondo grado, esercitando poteri ispettivi e di vigilanza. Destinatario dell'attività dell'OdV è, essenzialmente, il vertice della società, al quale compete la decisione finale sulle segnalazioni che gli vengono trasmesse. Va, infatti, sottolineato subito un aspetto fondamentale dell'organismo di vigilanza, desumibile dal dettato normativo: esso vanta esclusivamente poteri di sorveglianza e di controllo, sì che gli è preclusa qualsiasi attività di gestione, sia essa attiva che impeditiva: tale divieto è funzionale alla salvaguardia e all'implementazione della imparzialità dell'organo, argine indispensabile per evitare insanabili conflitti di interesse.

5.1. La struttura dell'Organismo di Vigilanza

Il legislatore del 2001 non ha ritenuto di introdurre una disciplina troppo dettagliata sulla configurazione strutturale dell'organo, anche al fine di consentire che esso possa essere modulato rispetto al grado di complessità aziendale, lasciando la più ampia libertà agli operatori del settore. La scelta di una disciplina scarna non ha mancato di sollevare, però, una serie di questioni di carattere interpretativo ed applicativo.

La ricostruzione della struttura dell'organo, stante la laconicità della norma, va, perciò, effettuata alla stregua delle funzioni che gli sono state assegnate. In questa ottica, se la funzione coesistente all'organismo è quella del controllo, ne deriva che esso dovrà necessariamente atteggiarsi, per ragioni di effettività, come un'istituzione autonoma e imparziale rispetto agli altri organi societari, munita di un ampio corredo di poteri di ispezione e di sorveglianza.

Sulla scorta di questa premessa, l'indagine della struttura dell'OdV si snoderà attraverso l'esame dei seguenti aspetti: (a) l'istituzione e la nomina; (b) i requisiti che ne devono marcare l'azione di controllo.

(a) Sul terreno dell'istituzione, ci si è interrogati, poco dopo l'emanazione del decreto, sulla necessità di apprestare, all'interno della società, un nuovo distinto organismo o se, per contro, fosse stato compatibile, con il dettato e lo spirito della riforma, assegnare la funzione di controllo e di sorveglianza, indicata nell'art. 6, ad uno degli organismi già presenti nel tessuto della corporate *governance*. La questione ha trovato una unanime soluzione nel senso della istituzione di un nuovo organismo, per ragioni di intuitiva evidenza, legate all'autonomia e all'indipendenza dell'organo ⁽²⁵⁾.

Sennonché, proprio di recente, il legislatore si è mosso, in modo per vero inaspettato, in controtendenza. L'art. 14, comma 12, l. n. 183 del 2011 (c.d. legge di stabilità) ha introdotto un nuovo comma 4-bis sul tessuto dell'art. 6 d.lg. n. 231/2001, con il quale si stabilisce che «nelle società di capitali il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato di controllo della gestione possono svolgere le funzioni dell'organismo di vigilanza di cui al comma 1, lettera b)» ⁽²⁶⁾. Si prevede, così, un accorpamento di funzioni, lasciato, peraltro, alla libera scelta della società, nella prospettiva di una semplificazione della struttura societaria, volta evidentemente a ridurre i costi di funzionamento degli apparati di controllo interno. Non si comprende, però, come possano coniugarsi efficacemente i requisiti di "autonomia ed indipendenza" dell'OdV, contemplati dal d.lg. n. 231/2001, con le funzioni di un organo – il collegio sindacale – che non vanta, fisiologicamente, continuità di azione e che, soprattutto, in alcune aree sensibili (si pensi ai reati societari), potrebbe risultare coinvolto nella

⁽²⁵⁾ Non è ovviamente possibile demandare la funzione di vigilanza al Consiglio di amministrazione: così facendo, si verificherebbe una perfetta coincidenza tra controllante e controllato. Il discorso è, in parte, diverso per ciò che concerne la funzione di *Internal auditing*. In effetti, quella di *Internal Auditing* rappresenta una struttura che non svolge compiti operativi e che esercita la propria attività in modo continuativo; inoltre, in diversi casi, è già chiamata a disimpegnare una funzione di *fraud auditing*, ossia di monitoraggio e prevenzione dei reati commessi all'interno dell'azienda. Nondimeno, trattandosi di una struttura situata in dipendenza funzionale dal Consiglio di amministrazione o dall'amministratore delegato, vanta un ridotto tasso di autonomia rispetto a quello che il decreto richiede per l'OdV: si pensi alla possibilità di esercitare poteri ispettivi in via del tutto autonoma o "a sorpresa", impensabili per una funzione la cui strategia operativa è plasmata dalle decisioni del vertice aziendale.

Quanto alle società quotate, che aderiscono al codice di autodisciplina (il c.d. codice Preda), spicca la presenza del Comitato di controllo interno (*Audit Committee*): esso è parte del Consiglio di amministrazione e, dunque, soggiace al controllo voluto dal d.lg. n. 231/2001, sì che non appare possibile alcuna

confusione con l'OdV.

⁽²⁶⁾ Prima di tale intervento riformatore, era pressoché unanime l'orientamento in base al quale erano da intravedersi almeno due ostacoli insuperabili al conferimento delle funzioni dell'OdV al Collegio sindacale. Il primo è che il Collegio sindacale non svolge un'azione di vigilanza continuativa, che si richiede, come vedremo tra breve, all'OdV. In secondo luogo, si profila una più radicale incompatibilità funzionale: il Collegio sindacale è impegnato, in prima persona, nello svolgimento di funzioni che impingono in un'importante area a rischio-reato, come quella pertinente alla formazione e alla redazione del bilancio, sottoposta al controllo dell'OdV. Dunque, si innescherebbe un insanabile corto circuito, derivante dalla "confusione" di controllore e controllato. Ne derivava, logicamente, l'improponibilità del ricorso al Consiglio di Sorveglianza, in quanto trattasi di struttura cui si possono muovere le stesse obiezioni mosse al Collegio sindacale. Ancor meno ipotizzabile il ricorso al Comitato per il controllo sulla gestione, caratteristico del sistema monistico: stiamo parlando di veri e propri amministratori (ancorché "non esecutivi" ed "indipendenti") e, perciò, di soggetti che assommerebbero la qualifica di controllori e controllati.

commissione di reati-presupposto della responsabilità dell'ente. Si è al cospetto di un corto-circuito logico, prima ancora che giuridico! La possibile 'confusione' di controllore e controllato rende, dunque, disagevole restituire coerenza al sistema. Un tentativo ragionevole potrebbe puntare a valorizzare la libertà di scelta lasciata alla società, da rinvenire nell'esplicito ricorso, effettuato dal legislatore, al verbo "possono". In altre parole, si potrebbe sostenere che la società può ricorrere al modulo organizzativo indicato nella nuova disposizione, con la consapevolezza, però, che esso risulterà inefficace quanto meno con riferimento a quelle aree a rischio-reato in cui è profilabile un coinvolgimento del collegio sindacale, stante la carenza dei requisiti di autonomia ed indipendenza *in parte qua*. L'opzione non è, pertanto, asettica: se si privilegia l'accorpamento, si sarà davanti ad una *compliance* affetta da zoppia in tutti quei settori in cui la concentrazione della vigilanza contabile e di quella organizzativa impinge in aree a rischio di consumazione di reati-presupposto della responsabilità dell'ente.

Un diverso problema, che alimenta tuttora il dibattito, è quello relativo alla composizione dell'organo, destinato a trovare soluzione in sede di analisi dei suoi requisiti.

(aa) Circa la costituzione, è da ritenere che spetti al vertice dell'ente (consiglio di amministrazione, ecc.) la competenza a nominare l'organo interno. In favore di questa soluzione milita la circostanza che, nell'esercizio delle sue funzioni, l'organismo di controllo è chiamato a "dialogare" con il vertice, al quale, oltre ad essere legato contrattualmente, è ovviamente tenuto a riferire sull'attività svolta e sulla presenza di irregolarità o di situazioni a rischio che impongano l'immediato intervento della dirigenza. Per contro, nell'eventualità che l'amministrazione venga esercitata collegialmente, senza ricorrere a deleghe, la nomina dell'organismo potrebbe anche far capo all'assemblea: in questo caso, tuttavia, l'organismo di controllo non potrebbe certo avere come interlocutore l'organo controllato (il consiglio di amministrazione), ma dovrebbe fare riferimento (per la segnalazione di irregolarità o per l'attivazione di procedimenti disciplinari) al collegio sindacale e all'assemblea. Sono sin troppo evidenti le difficoltà di funzionamento di un simile sistema, che finirebbero per pregiudicare le istanze di fluidità e di tempestività che devono contraddistinguere il controllo interno.

(b) I requisiti di azione dell'OdV possono essere enucleati nel modo seguente.

(i) L'indipendenza è da riferire alle persone che lo compongono, che non devono trovarsi in conflitto di interessi con la società, né appartenere ai vertici della stessa o comunque costituire espressione del gruppo di comando nella società. L'indipendenza dell'organismo va garantita collocandolo come unità di *staff*, al di fuori dell'autorità di *line*: si tratta, infatti, di un organo chiamato a dialogare con il vertice, ma che non ne deve subire il condizionamento. Va ribadito che l'OdV vanta essenzialmente poteri di sorveglianza, ai quali sono estranei poteri impeditivi e gestionali, che, ove esercitati, finirebbero proprio per pregiudicarne l'indipendenza: una volta segnalata una violazione, la scelta di correre o non il rischio-reato spetta, in ultima analisi, al vertice della società.

È su questo terreno, allora, che va risolto il problema della composizione dell'organo.

La prima questione concerne la provenienza dei componenti: in altre parole, si

discute se l'OdV debba avere una conformazione interna od esterna, ovvero se sia preferibile una composizione mista.

Un OdV, formato esclusivamente da membri della società (dunque, a composizione interna), denota indiscutibilmente i vantaggi correlati ad una maggiore conoscenza dell'architettura societaria e delle dinamiche strategiche e operative. Nondimeno, una simile scelta incide negativamente sul requisito dell'indipendenza, vanificandolo per ragioni legate all'indiscutibile condizionamento che il vincolo societario proietta sull'azione di controllo dell'organismo.

La composizione interamente esterna tradisce problemi diametralmente opposti: pur salvaguardando significativamente il requisito dell'indipendenza (a patto che i membri esterni siano soggetti che non abbiano avuto ricorrenti rapporti di collaborazione o di consulenza con la società o che siano stati componenti, a vario titolo, della compagine sociale), rischia, però, di coinvolgere in difficoltà operative derivanti da una insufficiente conoscenza del tessuto societario, sì da scontare l'evenienza di azioni di controllo tardive e inefficaci.

Si registra, allo stato, un consenso piuttosto diffuso per una composizione mista, ritenuta come quella più idonea a coniugare le finalità di indipendenza e di effettività di azione. Purtuttavia, l'adozione di una simile configurazione non esime dall'affrontare il problema, tutt'altro che marginale, relativo alla scelta dei componenti interni da nominare come membri dell'OdV.

È di intuitiva evidenza che l'opzione per una composizione mista può dirsi davvero tale quando il rapporto tra membri di provenienza esterna ed interna integra un ragionevole equilibrio⁽²⁷⁾. Circa la provenienza dei membri interni, non appare opportuna, nonostante la recente novella legislativa, la presenza di componenti del collegio sindacale. Prima di tutto perché il collegio sindacale, per quanto "indipendente", costituisce, pur sempre, un organo "endoaziendale", a stretto contatto con la gestione dell'ente, e che risulta comunque espressione del gruppo di comando della società. Inoltre, la presenza di un membro del collegio sindacale può innescare un conflitto di interessi, dovuto al fatto che entrambi gli organismi svolgono attività di controllo e di vigilanza sulle modalità di svolgimento dei rispettivi compiti. Si pensi ai controlli che il collegio sindacale è chiamato ad eseguire nei confronti dell'organismo di vigilanza per quanto concerne il rispetto delle prescrizioni regolamentari, il funzionamento dell'organo e la gestione del *budget* assegnato. Specularmente, quest'ultimo esercita controlli su alcuni reati societari, presupposto della responsabilità dell'ente (tra i quali il falso in bilancio), che annoverano, tra i possibili "autori", i membri del collegio sindacale, sì che il collegio può diventare esso stesso oggetto di controllo da parte dell'organismo di vigilanza.

A maggior ragione, contrasta irrimediabilmente con le funzioni dell'OdV l'appartenenza al Consiglio di amministrazione, visto che l'attività dell'OdV è prevalentemente orientata proprio a vigilare sull'attività dei soggetti in posizione 'apicale' (v. art. 6 d.lg. n. 231/2001); vi è, perciò, una chiara ed inammissibile contaminazione tra fun-

⁽²⁷⁾ Proprio allo scopo di valorizzare l'indipendenza dell'OdV, la scelta del presidente dovrebbe cadere su un membro esterno, anche in ragione dei

maggiori poteri che tale figura vanta (formalizzati nel regolamento che disciplina il funzionamento dell'organismo).

zioni di direzione e di controllo, visto che il membro del Consiglio di amministrazione, anche se indipendente (e sprovvisto di deleghe), costituisce una propagazione, immediata, della struttura direzionale della società.

Parimenti inammissibile appare, poi, la possibilità di nominare, come membri dell'OdV, soggetti che svolgono funzioni di direzione in aree coinvolte nel rischio-reato: si tratta, infatti, di soggetti che contribuiscono, in prossimità dei vertici aziendali, a configurare l'orientamento strategico di fondo dell'impresa, visto che sono chiamati a gestire aspetti tra i più significativi dell'attività aziendale. La concentrazione in capo a tali soggetti di poteri di controllo (di secondo grado, come membri dell'OdV) fomenta una promiscuità che pregiudica l'imparzialità e l'attendibilità dell'operato dell'organismo. Un discorso a parte merita l'area legale. Buona parte dei modelli sinora adottati contempla, tra i membri dell'OdV, il responsabile (o un funzionario) dell'area legale, anche allo scopo di assicurare l'indispensabile "sapere giuridico" e organizzativo in ordine ai rapporti tra le diverse funzioni aziendali. Una simile scelta non sembra esporsi ad obiezioni, a patto, però, che l'area legale non svolga, come talvolta accade, un significativo ruolo attivo (di natura decisionale o consultiva) nelle attività esposte al rischio-reato: in questo caso, si innescerebbe un inammissibile conflitto di interessi.

Non vi sono, invece, ostacoli a che entrino a far parte dell'organismo membri della funzione di *Internal Auditing*, a condizione che la loro presenza, munita di indubbi requisiti di professionalità, non finisca per condizionare eccessivamente la strategia operativa dell'organo di vigilanza. Va ricordato, in proposito, che l'*Internal Auditing* è una funzione che si trova in rapporto di dipendenza con il Consiglio di amministrazione (dunque, con i vertici societari), sì che una presenza assorbente o comunque significativa all'interno dell'organismo di vigilanza rischia di minarne irreparabilmente l'indipendenza dal vertice. Sicuramente auspicabile, per contro, è la possibilità che l'organo di vigilanza si avvalga, in funzione ausiliaria, alla stregua di un "braccio armato", dell'*Internal Auditing* per l'esecuzione della sua attività.

(ii) L'autonomia è espressione di effettivi ed incisivi poteri di ispezione e di vigilanza, anche proattivi, potendo l'organo attivarsi, *motu proprio*, per prevenire possibili violazioni.

(iii) La professionalità è un requisito di natura soggettiva, che riguarda i componenti dell'organismo. Questi debbono possedere competenze specifiche in tema di attività di controllo, da intendersi però in senso lato: *auditing*, controllo di legalità (dunque, conoscenze di diritto societario, fiscale e, non ultime, penali, specie sul terreno della cultura e della costruzione delle cautele doverose), tecnico-contabile, direzionale e strategico. Ovviamente, la professionalità può essere garantita ed implementata anche attraverso il ricorso a risorse esterne (consulenze).

Come si vede, è necessario un sapere multidisciplinare, che può essere garantito solo dalla coesistenza di diversificate competenze. Ne discende che, specie nelle aziende di maggiori dimensioni, l'OdV non potrà che avere una composizione collegiale, l'unica in grado di assicurare la descritta pluralità di competenze. I requisiti di professionalità dei componenti dell'OdV dovranno trovare riscontro in un adeguato compenso, anche a garanzia della loro effettiva autonomia.

(iv) La continuità di azione: l'OdV deve assicurare un funzionamento costante nel

tempo ed in continua interazione con gli organismi amministrativi e di controllo della società. Assicurazione che non può ritenersi conseguita in presenza di un'attività saltuaria, meramente burocratica, appiattita sul mero *reporting* passivo. Nell'ottica del perseguimento della continuità di azione, assumeranno particolare rilievo le attività di programmazione dell'attività, consistenti nell'effettuazione (periodica o a sorpresa) di controlli, di ispezioni, ecc.: in definitiva, l'OdV deve manifestare una propria, autonoma strategia operativa, priva di soluzioni di continuità, capace di far emergere le criticità e di proporre i necessari interventi correttivi e di adeguamento. Ovviamente, per funzionare, l'OdV dovrà essere destinatario di adeguate risorse finanziarie e la sua attività dovrà formare oggetto di analitica disciplina in un apposito regolamento ⁽²⁸⁾.

(v) L'imparzialità deriva dalla sommatoria dei requisiti di indipendenza e di professionalità: solo una condizione di indipendenza dei membri dell'organismo, accompagnata da caratteristiche di onorabilità ⁽²⁹⁾ e di elevata professionalità, può permettere di raggiungere un'azione improntata ad equità.

5.2. Le funzioni dell'Organismo di Vigilanza

L'OdV si atteggia, sul piano funzionale, come uno strumento di controllo, pervasivo, sull'effettività e l'adeguatezza del modello di prevenzione del rischio-reato. Tale obiettivo viene perseguito, sinergicamente, tramite l'espletamento di attività informative e di controllo, a cui si affiancano poteri propositivi e di accertamento disciplinare.

(a) Sul versante informativo, giuoca un ruolo decisivo il piano delle informazioni e delle comunicazioni verso l'OdV. L'effettività dei flussi informativi dipende dalla chiara individuazione del canale di comunicazione, cioè dall'esistenza di un responsabile del processo a rischio-reato, che funga da interfaccia informativo dell'OdV.

Circa il flusso informativo in direzione del vertice aziendale, l'OdV sarà tenuto, tra l'altro:

- 1) a convogliare, con periodica regolarità, *report* sull'attività svolta;
 - 2) a trasmettere, con tempestività, tutte le informazioni riguardanti eventuali violazioni del modello, oppure la necessità di un suo adeguamento, in presenza di un *deficit* di effettività o di modificazioni del tessuto organizzativo aziendale.
- (b) Sul terreno del controllo, vanno richiamati i poteri ispettivi e di vigilanza, esercitabili sia in seguito ad una strategia pianificata, sia a sorpresa.

⁽²⁸⁾ Proprio con riguardo alla necessità di apprestare un regolamento, questo deve prevedere, tra l'altro, la verbalizzazione delle sedute ed evitare, soprattutto, che venga adottato un sistema di votazione che possa paralizzare la capacità decisionale dell'organo. Nella prassi, infatti, si registra, talvolta, la tendenza a prefigurare meccanismi di votazione che richiedono la totalità dei voti favorevoli, ovvero la presenza di tutti i membri dell'OdV, oppure che assegnano maggiore forza al voto del membro di provenienza interna (del tipo: «la decisione non si intende approvata se non ha conseguito il voto favorevole del membro di estrazione interna»). Si

tratta di disposizioni, adottate soprattutto nei collegi a formazione "mista", con le quali il vertice della società è in grado di condizionare pesantemente l'attività dell'organo di controllo, vanificandone la continuità e l'effettività di azione, oltre che l'autonomia (è sufficiente, infatti, 'suggerire' al membro interno di non partecipare alla seduta o di votare contro o di astenersi per evitare il rischio di una decisione 'sgradita').

⁽²⁹⁾ Caratteristiche che, nel modello, trovano una pertinente declinazione tramite la predisposizione di una griglia di cause di ineleggibilità e di decadenza dalla carica di membro dell'OdV.

(c) Quanto alle attività propulsive e disciplinari, spiccano, tra le altre:

- 1) il ruolo dell'OdV in ordine alle attività di informazione e di formazione sui contenuti del modello e del Codice etico;
- 2) la capacità di proposta e di valutazione in relazione all'adeguatezza e all'effettività del modello e dei protocolli di gestione delle attività a rischio-reato;
- 3) il potere di monitorare e di accertare le infrazioni al modello, al Codice etico e alle procedure aziendali, esercitando, quando il modello lo prevede, il correlato potere di azione disciplinare.

5.3. Gruppo di società e Organismo di Vigilanza

È risaputo che il gruppo di imprese, in senso verticale, si fonda sulla supremazia di una società sulle altre: segnatamente, su quella della *holding*, che detiene, in tutto o in maggioranza, le azioni o le quote delle società che operano nei diversi settori di attività o nelle distinte fasi del processo produttivo, esercitando, per questa via, il governo del gruppo. Qualora sussista una separazione tra le funzioni operative e quelle direttive, alla *holding*, definita "pura", spettano compiti di gestione delle partecipazioni azionarie e, talvolta, la prestazione accentrata di alcuni servizi a beneficio delle società controllate; la *holding* viene qualificata "impura", quando è carente la citata segregazione. Dunque, si è al cospetto di un fenomeno complesso: le società, che compongono il gruppo, mantengono una distinta ed autonoma soggettività giuridica, mentre, dal punto di vista economico, spicca la dimensione unitaria del gruppo, in cui la *holding* svolge una attività di direzione e di coordinamento (v. art. 2497 c.c.).

Il gruppo, pertanto, costituisce espressione della volontà di diversificazione dei rischi, che, sul versante empirico-criminologico, fomenta, da un lato, una preoccupante dispersione delle responsabilità individuali (con rischi di autentico oscuramento) e, dall'altro lato, una tendenza a sfruttare lo schermo del gruppo per piegare l'azione delle controllate a finalità illecite, in nome del superiore ed unitario interesse del gruppo stesso.

Il d.lg. n. 231/2001 non disciplina espressamente questo fenomeno e la stessa legge-delega taceva sul punto. Ciò non vuol dire che non sia possibile pervenire ad una ricostruzione della complessa orditura di questo fenomeno, che – è chiaro – impone di ricercare un equilibrio tra l'autonomia delle singole società del gruppo e le funzioni di direzione e coordinamento che questo esercita.

Poiché il d.lg. n. 231/2001 ha ad oggetto, al di là delle diverse etichettature, un sistema 'punitivo', non si può prescindere da un rigoroso rispetto del principio di legalità, che funge da ostacolo rispetto ad interpretazioni analogiche. Fissata questa cornice, è evidente che il decreto si proietta verso gli enti dotati di una propria, autonoma soggettività: ne deriva che la politica di prevenzione del rischio-reato non può che gravare, anche all'interno del gruppo, su ciascuna società che lo forma e sulla stessa *holding*, in relazione alla propria attività⁽³⁰⁾. Il destinatario delle disposizioni del decreto

⁽³⁰⁾ Sul distinto, ma correlato, terreno dei nessi imputativi, l'individuazione di forme di corresponsabilizzazione sanzionatoria delle società del Gruppo nel reato commesso da "apicali" legati ad una delle entità giuridiche che lo compongono costituisce,

senza dubbio, uno degli aspetti più controversi della normativa. Dall'analisi giurisprudenziale, in prima approssimazione, può cogliersi la tendenza ad un'etica del risultato, che conduce talvolta a trascurare i principi di legalità e di personalità che conformano

è il singolo ente, nel cui ventre cova e si manifesta il rischio-reato: quindi, la gestione di tale rischio spetta al soggetto che esercita l'attività che lo ingloba. I precipitati di tale affermazione sono di intuitiva evidenza: 1) ogni società del gruppo deve dotarsi di un proprio modello di organizzazione (in piena autonomia dalla Capogruppo) e 2) di un distinto Organismo di Vigilanza.

Il ricorso ad un modello di organizzazione unitario, "di gruppo", denota, quando ci si confronta con imprese operanti in più settori, una sorta di 'cecità' preventiva rispetto alle esigenze ricavabili dalla specificità dell'attività svolta. Ove adottato in forma 'unitaria', la sua violazione e la commissione di reati potrebbe fatalmente innescare un meccanismo, talvolta incontrollabile, di 'rincorsa' verso l'alto della responsabilità, in cui ci si affida alla generica nozione di "interesse del gruppo" per governare il sistema dei criteri di imputazione, aprendo il campo ad una vera e propria gemmazione delle responsabilità.

Tuttavia, laddove si sia in presenza di attività funzionalmente omogenee, appare ammissibile che la capogruppo, nell'esercizio della sua funzione di coordinamento, possa uniformare la politica di prevenzione degli illeciti nel contesto delle società del gruppo, fatto salvo il potere di queste società di adattare le prescrizioni alle peculia-

anche il d.lg. n. 231/2001, in considerazione della natura indiscutibilmente afflittiva delle sanzioni.

Volendo focalizzare i problemi d'imputazione del reato, parte della giurisprudenza ritiene di poter configurare un interesse di gruppo, al quale parteciperebbe ogni singolo componente del medesimo. D'altra parte, notano alcuni giudici di merito (per tutti, G.i.p. Milano, 20 settembre 2004, cit., p. 75 ss.), tramite le società "figlie", la *holding* eserciterebbe attività di impresa in forma mediata; la partecipazione agli utili, inoltre, manifesterebbe un indiretto, ma sempre presente, interesse della controllante alle attività (lecite e non) delle controllate.

Si può obiettare, tuttavia, che la riforma del diritto societario – in particolare, il capo IX, titolo V, libro V del codice civile – semplicemente statuisce l'esigenza di valutare l'interesse delle singole società che lo compongono in una prospettiva diversa (e più ampia) di quella con cui si guarda, di regola, all'impresa individuale. L'art. 5 d.lg. n. 231/2001, d'altro canto, rimanda ad un interesse diretto dell'ente collettivo, che per essere fondativo di responsabilità deve emergere per concretezza ed attualità: requisiti che non paiono sussistere, ad esempio, nell'interesse della controllante alla (eventuale ed incerta) distribuzione degli utili che potrebbero fruttare alla controllata dall'aggiudicazione di appalti.

Più propriamente, un immediato interesse/vantaggio della *holding* può cogliersi rispetto alla conservazione od all'incremento di valore della partecipazione azionaria nella controllata: l'accertamento, in ogni modo, va condotto in concreto, senza ricorrere a discutibili presunzioni.

Esclusa, pertanto, la possibilità di ascrivere reati direttamente al Gruppo, va sondata la possibilità di scorgere nella *holding* l'amministratore "di fatto" della controllata. In casi del genere, infatti, gli apicali della controllante potrebbero impegnare anche la responsabilità "penale" dell'ente controllato, in quanto persone che «esercitano anche di fatto la gestione e il controllo dello stesso» (lett. a, art. 5, d.lg. n. 231/2001); viceversa, alla *holding* potrebbero addebitarsi i reati commessi nel suo interesse/vantaggio da esponenti della società controllata, giacché persone «sottoposte alla direzione o alla vigilanza» (lett. b, art. 5) dei vertici della controllante.

Non è accettabile, in ogni modo, la elevazione indiscriminata degli apicali della *holding* ad amministratori "di fatto" della controllata, basandosi sulla mera direzione unitaria del gruppo. Va osservato, in proposito, che le nozioni di controllo e gestione nell'art. 5 del d.lg. n. 231/2001 somigliano solo lontanamente alla direzione ed al coordinamento cui rimanda la disciplina dei gruppi societari (art. 2497 c.c.). Il concetto di controllo, si aggiunga, neppure trova espressa considerazione nell'art. 2639 c.c., che condiziona la prevalenza del dato sostanziale su quello formale al comprovato esercizio continuativo e significativo dei poteri tipici inerenti alla qualifica ed alla funzione. Soprattutto, il fenomeno dei gruppi societari mostra una realtà estranea al totale asservimento dei *managers* delle controllate alla volontà ed alla gestione dettata dalla controllante: ai primi, sovente, viene lasciata discrezionalità operativa nella scelta degli strumenti per conseguire gli obiettivi strategici fissati dalla *holding*.

Fuori da questi casi di "gruppo apparente", la re-

rità dell'attività svolta e alla specificità dei rischi normativi che corrono. È evidente, peraltro, che tale funzione di direzione non potrà risolversi nell'imposizione di regole di dettaglio, espressione di una sorta di potestà "d'ordine", pena il rischio di un coinvolgimento nel reato commesso dai soggetti operanti nella controllata, di cui si potrebbe sostenere la riferibilità, in termini di "interesse", alla controllante. Dunque, l'attività di direzione e di coordinamento non può oltrepassare il limite dell'"indirizzamento", consistente nell'emanazione di principi generali e di direttive, rivolti a sollecitare, ad esempio, l'adozione del modello (magari con l'indicazione delle sue linee portanti) e l'istituzione dell'OdV.

Il discorso diventa, se possibile, più stringente, per quanto concerne l'istituzione dell'OdV, dovendosi ritenere assolutamente inidoneo, sul piano preventivo, un organismo centralizzato. Questa scelta, oltre ad eludere inequivocabilmente il dettato normativo, proiettato sul singolo ente, non appare minimamente idonea a salvaguardare i requisiti di indipendenza ed autonomia nei confronti delle diverse soggettività del gruppo.

Allo stesso modo, non appare ammissibile la presenza, nell'OdV della "controllata", di membri dell'OdV della "controllante" o, addirittura, di qualificati componenti del

sponsabilità della holding per un reato commesso in seno alla controllata passa per l'accertamento di un vero e proprio concorso di persone, che veda la partecipazione di almeno un esponente della controllante, nell'interesse/vantaggio della quale sia posto in essere il contributo concorsuale. Non è sostenibile, invece, il concorso "diretto" – a prescindere, cioè, dalla mediazione della persona fisica – della holding nell'illecito commesso dalla controllata, adattando agli enti collettivi gli artt. 110 ss. c.p. È evidente, infatti, che i margini di compatibilità del sistema sanzionatorio della *societas* con il diritto penale "tradizionale" sono già fissati dal legislatore nel d.lg. n. 231/2001: andare oltre, al fine di colmare lacune punitive, significherebbe violare il principio di legalità (lo rileva PALIERO, *La società punita*, cit., p. 1539; più in generale, sul tema dei rapporti tra concorso di persone nel reato e criteri di imputazione della responsabilità ente, v. ASTROLOGO, *Concorso di persone e responsabilità della persona giuridica*, in *Ind. pen.*, 2005, p. 1016 ss.).

Se, dunque, la "circolazione" della responsabilità delle *societates* all'interno del gruppo dipende dall'accertamento di un concorso tra persone fisiche, vengono al pettine le note difficoltà che, innanzi alle organizzazioni complesse, l'imputazione penale "tradizionale" è costretta a fronteggiare. Bastino, in proposito, solo dei cenni.

È possibile che la giurisprudenza riconosca vere e proprie posizioni di garanzia sui vertici della holding, volte all'impedimento di reati in seno alla controllata: di qui la possibile responsabilità concorsuale dei medesimi vertici per omesso impedimento. Tuttavia, specie dopo la riforma della disciplina

societaria, bisognerebbe prendere atto della sostanziale autonomia degli enti che formano il gruppo, solitamente svincolati da effettivi poteri impeditivi in capo alla holding: manca negli apicali di quest'ultima, il più delle volte, quella "signoria dell'accadere" che deve caratterizzare una autentica posizione di garanzia, ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p.

Non è di regola sufficiente, per il concorso morale degli esponenti della holding, la disposizione di mere direttive strategiche, pur quando, perfette sulla carta, poi si rivelino impraticabili senza ricorrere al reato: perdono consistenza, in questi casi, la tipicità del contributo – non risulta tangibile, al di là della preventiva determinazione di un lecito obiettivo, il concreto peso del contributo causale – e la colpevolezza, non essendo normalmente individuabile in capo agli amministratori della holding la effettiva rappresentazione delle condotte illecite di attuazione degli uomini della controllata. Per la responsabilità concorsuale occorre, invece, la (pur difficile) prova di direttive più specifiche, che si traducano in vere e proprie forme di istigazione al reato. Resta fermo, peraltro, che nessuna responsabilità potrà ricadere sulla holding in caso di istigazione volta all'esclusivo interesse/vantaggio della controllata.

Per alcune significative applicazioni giurisprudenziali, in materia di rapporti tra il fenomeno del "gruppo di società" e la disciplina apprestata dal d.lg. n. 231/2001, v. G.i.p. Roma, ord. 4 aprile 2003, cit., p. 66 ss.; G.i.p. Milano, ord. 20 settembre 2004, cit., p. 69 ss. In dottrina, per un esame delle dinamiche imputative del "gruppo" nel contesto del d.lg. n. 231/2001, v. SCARONA, *Il problema del gruppo*, cit., p. 211 ss.

vertice della Capogruppo: si accresce il rischio, tutt'altro che virtuale, che l'attività dell'organismo possa essere 'sviata' per realizzare forme 'improprie' di intrusione nella vita delle controllate, anche allo scopo di veicolare informazioni 'interessate' verso la *holding*, così da potere persino strumentalizzare la stessa gestione del rischio-reato ⁽³¹⁾.

Particolarmente delicato appare, inoltre, il problema della legittimità del ricorso, da parte delle controllate, alle funzioni cc.dd. ausiliarie accentrate nella Capogruppo. Mosso da comprensibili intenti di economicità, tale ricorso va esplicato con prudenza, specie con riguardo alla funzione di *Audit*. Essendo questa espressione del vertice della società e, dunque, gravata, nel caso del Gruppo, da un obbligo di riporto alla controllante, va posto in luce che, qualora si preveda, magari per contratto, il suo impiego al servizio dell'OdV istituito presso le società controllate, una simile attività di controllo debba svolgersi nel rispetto dell'autonomia di queste, nel senso che i risultati dell'*Audit* dovranno essere portati a conoscenza dell'OdV impiantato presso la società controllata. La circolazione delle notizie, infatti, all'interno del Gruppo non può che rimanere nella sfera di responsabilità dei vertici societari, mentre la funzione di supporto, esercitata contrattualmente dall'*Audit*, non può spingersi fino al punto da integrare uno strumento di "impropria" veicolazione infragruppo di informazioni ⁽³²⁾.

5.4. La responsabilità dei membri dell'Organismo di Vigilanza

La previsione, nel d.lg. n. 231/2001, del nuovo organismo di vigilanza ha alimentato, subito, il dibattito in ordine alla configurabilità di una responsabilità penale dei membri dell'organismo per omesso impedimento del fatto di reato consumato da esponenti dell'ente. Dibattito che è lievitato, di recente, in ragione della responsabilità penale, prevista per i componenti dell'OdV, dal decreto antiriciclaggio n. 231/2007, che, oltre ad introdurre un generale dovere di vigilanza sulle disposizioni del decreto, stabilisce che l'organismo è tenuto ad effettuare una serie di comunicazioni, relative ad infrazioni della normativa antiriciclaggio, dirette sia verso gli organi interni dell'ente, sia verso le autorità di vigilanza di settore. L'omissione di tali comunicazioni viene punita come delitto ⁽³³⁾.

In un recente, approfondito studio in tema di posizioni di garanzia ⁽³⁴⁾, si è sostenuto che la funzione di vigilanza dell'OdV è orientata alla tutela di interessi esterni all'impresa societaria, sì che sarebbe possibile profilare l'esistenza di una posizione di garanzia, rilevante ai sensi dell'art. 40, cpv., c.p., tra l'organo di controllo e i beni esposti alle violazioni dei soggetti apicali e dei dipendenti. Sul piano dei poteri dell'organo, a fronte di indiscutibili poteri ispettivi, quelli impeditivi, seppure di difficile enucleazione, potrebbero comunque essere ravvisati «nella naturale vocazione dei modelli (...) ad identificare e formalizzare procedure mediante le quali sono adottate le decisioni, [sì che] l'organismo [di vigilanza] potrebbe intercettare una sequenza

⁽³¹⁾ Lo rileva SCAROINA, *Il problema del gruppo*, cit., p. 267 ss., in specie p. 281.

⁽³²⁾ Così, SCAROINA, *Il problema del gruppo*, cit., p. 272 ss.

⁽³³⁾ Cfr. gli artt. 52 e 55, comma 5, d.lg. n. 231/2007.

⁽³⁴⁾ NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, Bonomia University Press, 2009.

fondamentale nello sviluppo di vicende illecite, rallentarne il corso, e, se il modello adottato gliene conferisce il potere, irrogare sanzioni o promuovere il relativo procedimento»⁽³⁵⁾. Seppure con cautela, dunque, questo orientamento reputa configurabile una posizione di garanzia, con il possibile coinvolgimento dei membri dell'OdV a titolo di concorso omissivo.

La maggioranza della dottrina è, tuttavia, di contrario avviso. Si tratta, è bene dirlo, di una posizione condivisibile, che vanta solidi appigli. In primo luogo, va rilevato che l'istituzione dell'OdV è il frutto di un atto di autonomia privata e che, di regola, si ritiene che la volontà privata non possa creare nuovi obblighi penalmente sanzionati, ma soltanto trasferire su altri centri di imputazione l'esecuzione di una preesistente posizione di garanzia⁽³⁶⁾. Ma non basta. L'OdV è sprovvisto di poteri gestori ed impeditivi, vantando esclusivamente un pervasivo potere di controllo sulla funzionalità e l'adeguatezza del modello di organizzazione, che rilascia – come si vedrà meglio in seguito⁽³⁷⁾ – una “funzione preventiva indiretta”, “lontana”, cioè, dalla verifica dei concreti episodi delittuosi⁽³⁸⁾. Ne consegue, perciò, che la responsabilità dei membri dell'OdV non potrà che assumere una coloritura esclusivamente civilistica⁽³⁹⁾. Questa conclusione non muta neppure con riferimento alla prevenzione del rischio-reato di riciclaggio. Il delitto di “omesso avviso” (di cui agli artt. 52 e 55 d.lg. n. 231/2007) integra un reato proprio, che si risolve in un obbligo di sorveglianza, non munito di poteri in grado di impedire la verifica del *money laundering*⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁵⁾ NISCO, *Controlli sul mercato*, cit., p. 382, 386.

⁽³⁶⁾ Cfr., in proposito, GIUNTA, *Controllo e controlli nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, p. 611.

⁽³⁷⁾ V., *infra*, par. 6.3.4.

⁽³⁸⁾ Così, PEDRAZZI, *Corporate governance e posizioni di garanzia: nuove prospettive?*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, II, Giuffrè, 2002, p. 1375. Nello stesso senso, di recente, si colloca la monografia di CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Giuffrè, p. 405 ss.

⁽³⁹⁾ Una ipotesi di responsabilità penale in capo ai membri dell'OdV, a norma dell'art. 40, cpv., c.p., potrebbe ravvisarsi nella materia della sicurezza sul lavoro, nel caso in cui il datore di lavoro, una volta delegata la funzione, decidesse di assegnare all'OdV, e non già ad una diversa struttura, il compito di vigilare sul corretto adempimento da parte del delegato

delle funzioni trasferite (v. artt. 16, comma 3, e 30, comma 4, d.lg. n. 81/2008).

⁽⁴⁰⁾ Così, CASTALDO-NADDEO, *Il denaro sporco. Prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio*, Cedam, 2010, p. 415 ss. Appare, inoltre, davvero problematico individuare una posizione di garanzia in presenza di obblighi che si risolvono in un dovere di comunicazione avente ad oggetto infrazioni già avvenute (relative alle disposizioni in materia di obblighi di identificazione e di segnalazione di operazioni sospette), rispetto alle quali non sembra potersi profilare alcun efficace potere impeditivo. Più in generale, sulla figura dell'“obbligo di sorveglianza” e le sue differenze rispetto alla posizione di garanzia, rilevante ai sensi dell'art. 40, cpv., c.p., cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, 2007, p. 156 ss.; LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Giappichelli, 1999, *passim*.

| 124 GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE E IMMIGRAZIONE ILLEGALE (*)

Constitutional case law and illegal immigration

L'Autore ricostruisce gli orientamenti della giurisprudenza costituzionale sulla disciplina dell'immigrazione illegale, analizzando, in particolare, i profili penalistici e processual-penalistici della normativa preordinata all'allontanamento dello straniero entrato o soggiornante illegalmente in Italia.

The author reconstructs the orientation of the constitutional case law on illegal immigration, analysing, in particular, the criminal profiles and the criminal procedure of the pre-established law of removal of a foreigner who entered and unlawfully remained in Italy.

Sommario 1. Premessa. — 2. Lo statuto costituzionale dello straniero. — 3. L'immigrazione illegale nella giurisprudenza costituzionale: profili generali. — 4. Principi penalistici e garanzie processuali nella giurisprudenza costituzionale su questioni concernenti la disciplina dell'immigrazione illegale. — 5. Le pronunce della Corte costituzionale sul reato di ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore. — 6. La giurisprudenza costituzionale sulle varie figure di espulsione disposta dal giudice e sugli istituti processual-penalistici collegati all'allontanamento dello straniero irregolare. — 7. Una questione aperta: il trattenimento amministrativo dello straniero destinatario di un provvedimento di espulsione. — 8. L'immigrazione illegale, la Costituzione e lo sguardo del penalista.

1. PREMESSA

di
Angelo Caputo
—
Magistrato dell'Ufficio
del Massimario della
Corte di cassazione

La ricostruzione, in termini inevitabilmente schematici, degli indirizzi della giurisprudenza costituzionale in tema di immigrazione illegale, deve muovere da un rilievo preliminare. Sulla base delle pronunce della Corte è possibile individuare il profilo essenziale dello statuto costituzionale dello straniero, un profilo – come emergerà nel paragrafo che segue – definito secondo linee-guida tutto sommato consolidate (anche se non prive, tuttora, di aspetti controversi). È guardando a questo profilo che è possibile ricavare i tratti più significativi della giurisprudenza costituzionale sull'immigrazione illegale: non per definire un – autonomo – statuto costituzionale dello straniero irregolare, ma, come si vedrà, per mettere in luce, insieme con le più rilevanti determinazioni del giudice delle leggi circa le peculiarità della posizione costituzionale dello straniero regolare, l'interazione tra il riconoscimento (e la portata del riconoscimento) allo straniero dei diritti fondamentali della persona (prima di tutto, la libertà personale e le garanzie processuali) e i principi costituzionali di valenza universalistica che dominano materie come quella penale, da una parte, e i beni/inter-

(*) Contributo destinato alla pubblicazione negli Atti del Convegno di studio organizzato dal Gruppo italiano dell'A.I.D.P. – Sezione Giovani penalisti,

svoltosi a Prato l'11 novembre 2011, sul tema "Immigrazione illegale e diritto penale: un approccio interdisciplinare", a cura di Rosi e Rocchi.