

Dipartimento di Impresa e Management
Cattedra di Revisione Interna, Compliance e Gestione dei rischi
aziendali

**LA RESPONSABILITA' AMMINISTRATIVA DEGLI
ENTI NEI GRUPPI DI IMPRESA: PROBLEMI E
PROSPETTIVE DI COORDINAMENTO.**

RELATORE

Prof. SANTE RICCI

CANDIDATA

ROBERTA DI MEO

Matr. 689781

CORRELATORE

Prof. MASSIMO FERRARI

ANNO ACCADEMICO 2017/2018

Alla mia famiglia

INDICE

Introduzione Pag. 7

Capitolo primo:

Gruppi d'impresa: Profili introduttivi

1	Nozione ed evoluzione dei gruppi d'impresa	9
1.1	Tipologie di gruppi aziendali	11
1.2	Definizione di holding	14
2	Caratteri della disciplina italiana sui gruppi d'impresa: direzione e coordinamento	14
3	Il ruolo svolto dalla holding nelle dinamiche del gruppo di società	18
4	Concetto di interesse di gruppo	20
5	Natura e contenuto della responsabilità	24

Capitolo secondo:

IL D.lgs. n. 231/2001: Caratteristiche fondamentali e ambito di applicazione

1	Necessità di una responsabilità degli enti	27
2	Emanazione del D.lgs 231/200	29
3	I soggetti coinvolti	32
4	Il reato presupposto e il sistema sanzionatorio	36
5	Esenzione della Responsabilità dell'ente: il modello 231 è obbligatorio?	45
6	Struttura del Modello Organizzativo 231	50
6.1	Il Modello di governance, i sistemi organizzativi e di controllo interno	52

6.2 Il codice etico	53
6.3 Sistema disciplinare	55
6.4 L'Organismo di vigilanza	58
7 Le persone giuridiche straniere	62

Capitolo terzo:

Gruppi Societari e D.lgs. 231/2001:

inquadramento e aspetti critici

Premessa	65
1 Responsabilità all'interno dei gruppi: ascendente/discendente	67
2 Codice etico nei Gruppi di società	70
3 L'adozione ed efficace attuazione dei Modelli organizzativi nei Gruppi di Società: modelli di gruppo o modelli delle singole società?	72
4 L'Organismo di Vigilanza nei Gruppi di società	76
5 Il contratto di Direzione e Coordinamento come strumento per la gestione di compliance di gruppo	79
6 Le problematiche relative ai Gruppi con Capogruppo di diritto straniero	82
7 I Gruppi transnazionali	83

Capitolo quarto:

Rilevazione del modello 231 in quattro casi studio

Premessa	86
1 Il Gruppo Eni	
1.1 Profilo del Gruppo	88

1.2 Il Codice Etico di Eni	90
1.3 Il Modello 231 di Eni SpA	90
1.4 I Modelli Organizzativi delle Società controllate	92
2 Il Gruppo Cattolica Assicurazioni	
2.1 Il Profilo del Gruppo	95
2.2 Il Codice Etico di Cattolica	96
2.3 Modello 231 di Cattolica	96
2.4 Le altre Società del Gruppo	99
3 Il Gruppo Italiaonline	
3.1 Profilo del Gruppo	102
3.2 Il Codice Etico di Italiaonline	102
3.3 Il Modello 231 di Italiaonline	103
3.4 Applicazione del Modello 231 alle Società controllate	104
4 Il Gruppo Atlantia	
4.1 Profilo del Gruppo	106
4.2 Il Codice Etico di Atlantia	107
4.3 Il Modello 231 di Atlantia	107
4.4 Applicazione del Modello 231 da parte delle Società controllate	108
5 I risultati dell'indagine	110
Conclusioni	114
Bibliografia	117
Sitografia	122

INTRODUZIONE

Il Decreto Legislativo n. 231 del 2001 ha rappresentato un punto di svolta nell'ordinamento giuridico italiano, introducendo il principio della responsabilità in sede amministrativa degli enti. Tale responsabilità introdotta- che, seppur qualificata come "amministrativa", presenta i caratteri propri della responsabilità penale- è relativa a specifiche tipologie di reati, perpetrato dai vertici aziendali e dai soggetti loro sottoposti, i cui effetti non sono circoscritti al soggetto o ai soggetti che pongono in essere la condotta criminosa ma si estendono anche all'Ente a cui gli stessi sono riconducibili.

Oggetto della presente ricerca è l'analisi della suddetta disciplina sulla responsabilità amministrativa in presenza di un gruppo societario, che è un fenomeno sempre più diffuso negli ultimi anni, assumendo un'importanza sempre maggiore come forma organizzativa e divenendo uno strumento indispensabile per le aziende che vogliono crescere e collocarsi sul mercato globale¹. Tali vantaggi derivano dalla diversificazione dei rischi nello svolgimento dell'attività imprenditoriale e dalla dislocazione del processo produttivo, con ricadute positive collegate alla maggiore circolazione delle risorse e dei know-how aziendali.

Emerge quindi la necessità di ripercorrere gli aspetti principali e caratterizzanti della normativa in materia di gruppi, che si è avuta nel corso degli anni nel nostro ordinamento², ed una trattazione delle tematiche inerenti alla parte generale del Decreto Legislativo n. 231/2001. Soprattutto ci si focalizza sulla possibilità dell'impresa di sottrarsi da tale responsabilità qualora abbia predisposto un Modello

¹ U. TOMBARI, Diritto dei gruppi di imprese, Milano, (2010).

² Occorre considerare che il fenomeno dei gruppi di società non è stato specificatamente disciplinato nel nostro ordinamento, pur essendo rinvenibili alcune norme, quali ad esempio l'art. 2359 c.c. in tema di "controllo e coordinamento", l'art.2497 c.c. in tema di "direzione e coordinamento" e l'art. 2497 septies c.c. in tema di "coordinamento fra società" che confermano la rilevanza anche dal punto di vista giuridico, oltre che economico, del fenomeno delle imprese organizzate in forma di gruppo.

di organizzazione, gestione e controllo (nel seguito Modello 231) in grado di mitigare i “rischi-reato”³, tutelando così l’impresa dal rischio di essere chiamata a rispondere degli illeciti commessi dai propri collaboratori.

Il Decreto infatti, statuisce che l’Ente non risponde dei reati indicati dalla norma nel caso in cui provi di aver adottato ed efficacemente attuato un Modello 231 che, in forza di idonee misure organizzative, costituisce un presidio volto ad evitare che il reato si consumi e che conseguentemente si azioni la responsabilità amministrativa dell’Ente. Per cui i Modelli 231, sono dotati dalla legge, se idonei, di una funzione preventiva potenzialmente esimente.

Tutto ciò nell’ottica di comprendere come, nonostante l’applicazione del Modello nei gruppi di imprese sia stato trascurato dal legislatore, il Gruppo può essere chiamato a predisporre un modello organizzativo idonei a salvaguardare le singole società non solo dai rischi di reato “propri”, ma anche dal rischio di propagazione della responsabilità a seguito di reati commessi presso altre società del medesimo gruppo. Tale lavoro si pone l’obiettivo di analizzare l’approccio seguito dai Grandi Gruppi, nell’adozione e nell’implementazione dei Modelli Organizzativi ex D.Lgs. 231/2001. A tal fine, nell’ultimo capitolo della presente tesi, sarà effettuata un’analisi del Modello in quattro Grandi Gruppi, operanti in settori differenti esaminando quindi, le soluzioni organizzative riscontrabili nella prassi.

³ Con il termine “rischio-reato” s’intende il rischio che un collaboratore dell’impresa commetta uno dei reati previsti dal D.lgs. 231/2001 nell’interesse o vantaggio dell’impresa stessa.

CAPITOLO PRIMO

GRUPPI D'IMPRESA: PROFILI INTRODUTTIVI

Sommario: 1 Nozione ed evoluzione dei gruppi d'impresa- 1.1 Tipologie di gruppi aziendali- 1.2 Definizione di holding- 2 Caratteri della disciplina italiana sui gruppi d'impresa: direzione e coordinamento-3 Il ruolo svolto dalla holding nelle dinamiche del gruppo di società -4 Concetto di interesse di gruppo -5 Natura e contenuto della responsabilità.

1 Nozione ed evoluzione dei gruppi d'impresa:

Un tratto significativo della storia industriale italiana a partire dagli anni Ottanta, è l'affermarsi all'interno di distretti e sistemi economici territoriali di forme d'impresa variegata e complesse, strutturate di frequente nella forma di gruppo industriale.

Si tratta di imprese dotate di una sufficiente massa critica e delle risorse tecniche, finanziarie, manageriali necessarie a mantenere una forte posizione di leadership sui mercati internazionali. Più in particolare, il gruppo ha rappresentato, una modalità organizzativa, attraverso la quale le imprese italiane sono riuscite ad essere competitive sul mercato globale, superando, almeno in parte, i limiti connessi alla piccola dimensione.⁴

Il "Gruppo" è, infatti, oggi la forma di organizzazione maggiormente utilizzata per facilitare il raggiungimento di determinate dimensioni funzionali ed operative. I gruppi aziendali costituiscono una "variante della grande impresa della quale più aziende giuridicamente autonome sarebbero tra loro coordinate da un soggetto economico comune, solitamente identificato con l'organo esecutivo della capogruppo".⁵

⁴ Cfr., tra l'altro, La dimensione che permette di competere: le imprese tra reti, gruppi e distretti (Azienda Italia: Bilancio 2002, Atti dei convegni e presentazioni).

⁵ Cit. in G. Berta, i gruppi Societari, Torino, 2011, p.25

Il gruppo è stato anche in dottrina definito come “un’aggregazione di imprese societarie formalmente autonome ed indipendenti l’una dall’altra, ma assoggettate tutte ad una direzione unitaria. Tutte sono infatti sotto l’influenza dominante di un’unica società (società capogruppo o società madre), che direttamente od indirettamente controlla e dirige secondo un disegno unitario la loro attività di impresa, per il conseguimento di uno scopo unitario e comune a tutte le società del gruppo. Da qui la tradizionale affermazione che nei gruppi d’impresa ad un’unica impresa sotto il profilo economico corrispondono più imprese sotto il profilo giuridico: tante quante sono le società facenti parte del gruppo”.⁶

Così come confermato dai dati Istat⁷ i gruppi in Italia sono in aumento con caratteristiche marcatamente polarizzate tra poche strutture di grandi dimensioni con rilevante peso economico e molti gruppi di piccola e piccolissima dimensione. Il motivo della presenza di un numero sempre maggiore di accordi e collaborazioni, è da ricercare nell’importanza dell’attuazione di strategie di crescita per differenziazione segmentale (orizzontale e verticale) e per diversificazione correlata. Le imprese intraprendono questi percorsi per diverse ragioni, ma il loro fine è esclusivamente uno: essere più competitive.

In generale, le imprese parte di un gruppo possono beneficiare di una serie di vantaggi rispetto a quelle autonome: i gruppi favoriscono il trasferimento di conoscenza da un’impresa a un’altra ; stimolano la diversificazione delle attività svolte dalle imprese appartenenti; il trasferimento di risorse interne⁸ senza il bisogno di chiedere un finanziamento esterno. Inoltre, diversi studi empirici sottolineano come il gruppo favorisca la performance innovativa delle sue imprese grazie alla facilità di finanziamento delle attività di Ricerca e Sviluppo e alla possibilità di trasferire i suoi risultati alle altre imprese del gruppo.

⁶ Definizione elaborata da U. Tombari in G.F. CAMPOBASSO ,Diritto Commerciale . 2. Diritto delle Società, VII ed. , Torino ,2011.

⁷ Rapporto annuale 2018,<https://www.istat.it/storage/rapporto-annuale/2018>

⁸ Il cosiddetto mercato interno del capitale, riferimento ai lavori di O. Williamson, tra cui Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications, New York, 1975; L’organizzazione economica. Impresa, mercati e controllo politico, Bologna, 1991.

Se, dunque l'appartenenza di una società è certamente fonte di numerosi vantaggi (sinergie di gruppo), è altresì indubitabile che essa solleva complessi problemi giuridici. A questo proposito, si ritiene tradizionalmente necessaria: una tutela preventiva, volta ad assicurare un'ampia informazione a coloro che sono già coinvolti nella vita del gruppo (soci e creditori sociali) o che al gruppo possono avvicinarsi (pubblico dei risparmiatori), informazione che deve riguardare la situazione economico-finanziaria, i rapporti infragruppo e la morfologia dell'intero complesso imprenditoriale; una tutela c.d. repressiva, tesa ad impedire e ad eliminare i danni illegittimamente causati ai soci e ai creditori delle società dipendenti nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento da parte della capogruppo.

Se il gruppo rappresenta una forma di esercizio dell'impresa, la questione normativa ben difficilmente potrà ridursi alla predisposizione di un sistema di tutela dei soci di minoranza e dei creditori della società "figlia", essendo necessario concentrarsi, in una prospettiva più ampia, sui profili di organizzazione di un'attività economica esercitata attraverso più società coordinate e dirette da un unico vertice.

1.1 Tipologie di gruppi aziendali

Pur non essendo impossibile fare una catalogazione precisa dei gruppi d'impresa, si può tentare di individuare talune forme ricorrenti.⁹

I gruppi aziendali,¹⁰ infatti, sulla base della «natura dei rapporti di collaborazione e di complementarietà che legano le unità del gruppo e compongono in un sistema unitario le loro attività»¹¹, possono essere classificati in:

- ❖ gruppi economici;
- ❖ gruppi finanziari ¹²;

⁹ Si veda, G.LEMME, *Il diritto dei gruppi di società*, Bologna (2013); A.PAVONE, *Le società controllate. I gruppi*, in G.E. COLOMBO, G.B. PORTALE, Torino (1991); G.BERTA, *I gruppi societari*, Torino (2011); R. SANTAGATA, *Il gruppo paritetico. Diritto commerciale interno ed internazionale*, Torino (2002); E. SCAROINA, *Il problema dei gruppi di imprese*, Milano (2006).

¹⁰ L. AZZINI, *Istituzioni di economia d'azienda*, Giuffrè, Milano, 1982, p.52 ss.

¹¹ L. AZZINI, *I gruppi aziendali*, Giuffrè, Milano (1975), p.113

¹² P.E. CASSANDRO, *I gruppi aziendali*, (1957), p.322

❖ gruppi misti.

I gruppi che rientrano nella prima tipologia, sono caratterizzati dalla presenza di relazioni sia di specie tecnica che di specie economico-finanziaria tra le diverse unità economiche relative. Esempi rappresentativi di questo raggruppamento possono essere:

1. i gruppi integrati in senso verticale;
2. i gruppi integrati in senso orizzontale.

Mentre nel primo caso, siamo di fronte ad aziende strutturate a gruppo in cui le diverse unità operano nelle successive fasi di un medesimo ciclo produttivo, nel secondo le varie unità realizzano prodotti o servizi simili nell'ambito del medesimo settore di attività. Nei gruppi integrati in senso verticale si manifesta, comprensibilmente, un costante flusso di scambi aventi per oggetto semilavorati al fine di consentire la realizzazione del ciclo produttivo.

Questo non avviene, generalmente, nei gruppi integrati in senso orizzontale in cui un flusso di scambi si può comunque generare tra le unità preposte all'offerta di servizi comuni e le altre unità del gruppo.

Nei gruppi, finanziari invece, le diverse unità sono legate da relazioni esclusivamente di specie economico-finanziaria. In questa categoria rientrano i gruppi diversificati, in cui le varie entità componenti il gruppo operano in settori di attività differenti.

Nonostante tale aspetto, anche tra queste unità si possono verificare operazioni di scambio le quali hanno prevalentemente natura finanziaria.

Nell'ultima categoria, infine, rientrano i gruppi che presentano contemporaneamente le caratteristiche sia dei gruppi economici sia di quelli finanziari si fa riferimento ad aziende che perseguono sia obiettivi di diversificazione della produzione che di integrazione della medesima in senso orizzontale e/o verticale.

È inoltre importante distinguere i gruppi in cui la capogruppo definisce e sovrintende alla realizzazione della direzione unitaria da quelli in cui tale processo scaturisce da una dialettica tra le varie imprese del gruppo.

Utilizzando tale variabile si possono distinguere: gruppi verticali¹³ in cui la capogruppo esercita un'influenza dominante sulle aziende del gruppo, solitamente in virtù del possesso di partecipazioni azionarie di controllo; gruppi orizzontali¹⁴ composti da imprese che si trovano in una posizione paritaria e, di conseguenza, la direzione unitaria è determinata congiuntamente sulla base di una volontà comune. La struttura formale delle partecipazioni determina l'allocazione dei diritti di controllo e dei diritti a ricevere una quota della remunerazione residuale. A riguardo si possono distinguere:

- *gruppi a struttura semplice* in cui la capogruppo controlla tramite partecipazioni dirette una o più società controllate; quando le società partecipate sono numerose, il gruppo viene anche definito “a stella”;
- *gruppi a struttura complessa* in cui la capogruppo controlla tramite partecipazioni dirette e indirette un insieme di società¹⁵; possono essere suddivisi in “gruppi a cascata”, quando la capogruppo controlla direttamente un'altra società, la quale controlla a sua volta una terza e così via, e gruppi “a livelli successivi di aggruppamento”, quando la capogruppo controlla direttamente alcune società intermedie le quali a loro volta ne controllano altre;
- *gruppi a struttura a catena* dove due o più imprese del gruppo sono collegate da partecipazioni reciproche; in questi casi la catena può essere diretta, se un'azienda vanta una partecipazione di controllo in un'altra la quale a sua volta possiede un pacchetto azionario nella prima, o indiretta (gruppi circolari).

¹³ Berta, I gruppi societari, Torino (2011), p.37

¹⁴ Diffusi maggiormente in Germania, dove se ne prevede una specifica regolamentazione.

¹⁵ Nel caso vi siano controlli reciproci, il nostro ordinamento pone dei limiti: non sono infatti consentite ipotesi di partecipazione reciproca, se la detenzione da parte della controllata di azioni o quote è pari al più del 10% del capitale sociale della controllante. C.SORCI, G. FALDETTA, I gruppi come strumenti di governo delle aziende, Milano (2008), p.124

1.2 Definizione di holding

Si definisce holding l'entità, che, in forza della propria partecipazione di controllo, di diritto o di fatto, o in forza di particolari vincoli contrattuali, esercita su una o più società l'attività di direzione e coordinamento, ponendosi così a capo di un gruppo di società. La sua funzione è essa stessa una funzione imprenditoriale, corrispondente alla funzione di direzione strategica e finanziaria, che è presente in ogni impresa.¹⁶

Uno dei vantaggi correlati al gruppo societario per la holding è quello di poter ridurre il rischio di impresa. Ogni società del gruppo è infatti giuridicamente un soggetto indipendente e risponde con il solo proprio capitale, non coinvolgendo quello in capo alla holding. La definizione di holding rende conto di una serie di tipologie possibili: holding pura detta anche holding finanziaria, la quale è una società che non produce di per sé beni o servizi, ma si limita a svolgere, nei confronti delle società del gruppo, un'azione di coordinazione e di controllo delle attività strategiche ed operative da esse svolte. Al contrario della prima, una holding mista o operativa, oltre a svolgere funzioni di organizzazione nei confronti delle partecipate, esplica anche funzioni rilevanti per la stessa attività di impresa come per la produzione e scambio del prodotto.

2 Caratteri della disciplina italiana sui gruppi: direzione e coordinamento

Il fenomeno del gruppo d'impresa, almeno fino alla recente riforma, non era mai stato oggetto di alcun tentativo di inquadramento sistematico da parte del legislatore che si era limitato a dettare isolate normative di settore¹⁷. Importante a riguardo è il D.lg. n.127 del 1991 (artt. 24-25) con cui il legislatore ha introdotto l'obbligo di redazione

¹⁶ F.Galgano, *Diritto commerciale: L'imprenditore-Le società*. Zanichelli, Bologna (2008).

¹⁷ V. PAOLUCCI, *Imprese in crisi*, Torino, 1992, 22.

del bilancio consolidato, per le società di capitali¹⁸ che controllano altre imprese (anche non societarie) e per le società cooperative che controllano società di capitali, dando così rilevanza al gruppo, come realtà unitaria, per lo meno dal punto di vista patrimoniale, finanziario ed economico.

L'opportunità di una disciplina dei gruppi, in sede di riforma del diritto societario, pur essendo da alcuni avvertita¹⁹ è stata la scelta del legislatore delegante che, infatti, all'art.10, lett. a) della legge 3-10-2001, n.366, ha imposto di "prevedere una disciplina del gruppo secondo i principi di trasparenza, tale da assicurare che l'attività di direzione e coordinamento contemperino adeguatamente l'interesse del gruppo, delle società controllate e dei soci di minoranza di queste ultime".

Dunque, la riforma del diritto societario (d.lgs. 17 Gennaio 2003, n.6) introduce per la prima volta nel nostro ordinamento una disciplina del gruppo di imprese dotata di qualche organicità. Il riferimento è, in primo luogo, alle disposizioni contenute nel Capo IX, Titolo V, Libro V, del codice civile, rubricato "Direzione e coordinamento di società".

Infatti, con le disposizioni in tema di direzione e coordinamento²⁰, il legislatore italiano ha voluto introdurre una disciplina seppur embrionale, del gruppo di società. Tale fenomeno vive costantemente in un'area di conflittualità con le regole dettate per la singola società, e mette in crisi i tradizionali mezzi apprestati dal diritto societario a tutela dei soci di minoranza e dei terzi.

Da ciò, sorge la necessità di specifiche forme di regolamentazione e tutela, cui il legislatore della riforma ha inteso provvedere.²¹

¹⁸ Dopo la riforma del 2003, anche per le società in nome collettivo e in accomandita semplice, qualora tutti i soci siano società di capitali.

¹⁹ V. ROSSI, Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere, I gruppi di società. In Rivista delle società, Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia, 1995, 17ss.

²⁰ art. 2497 a 2497-septies del Codice Civile

²¹ Legge numero 366 del 2001, art 10 che ha attribuito rilievo giuridico all'interesse di gruppo e contemperarlo con quello delle società controllate e dei suoi soci di minoranza.

La nuova normativa avrebbe dovuto mirare alla maggior efficienza della gestione unitaria del gruppo ed al maggior equilibrio di tutti gli interessi coinvolti, pur senza disconoscere le esigenze gestionali delle controllate.

Il gruppo viene dunque visto, come una situazione di fatto, individuata nell'esistenza di una direzione unitaria di più società, la quale genera tuttavia una serie di diritti e di doveri di tipo informativo, organizzativo e risarcitorio.

L'assenza di una nozione uniforme del concetto di direzione unitaria, non aveva impedito di individuare nell'attività effettivamente esercitata, il momento qualificante del fenomeno del gruppo; in difetto di una norma che prevedesse indici formali, infatti, l'esercizio effettivo del potere di direzione diventava l'unico strumento attraverso cui ricongiungere ad unità l'attività delle imprese di gruppo.

Il principio di effettività resta centrale anche nella disciplina post riforma, nella quale il legislatore concepisce l'attività di direzione e coordinamento essenzialmente come un dato di fatto, in cui ciò che rileva non è la semplice possibilità di esercitare un'influenza dominante su altre società, ma il concreto esercizio della stessa, a prescindere dalla fonte del potere in forza del quale tale attività viene esercitata²² Più precisamente, l'attività di direzione e coordinamento, in dottrina viene definita come l'esercizio di una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle decisioni gestorie dell'impresa, cioè sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale, commerciale che attengono alla conduzione di affari sociali.²³

È opportuno puntualizzare che tale attività, anche quando viene esercitata rispetto a società controllate, è una fattispecie inequivocabile distinta dal mero "controllo". In sostanza quest'ultimo rappresenta solo il presupposto per la sussistenza della direzione unitaria, ma è altrettanto vero che può essere fornita anche la prova contraria²⁴, la quale consisterà nella dimostrazione che, pur in presenza del controllo,

²² U. TOMBARI, cit., 66

²³ P. Montalenti, Direzione e coordinamento nei gruppi societari : principi e problemi (2007) , p.321

²⁴ art. 2497- sexsies c.c: ai fini di quanto previsto nel presente capo, si presume salvo prova contraria che l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci o che comunque le controlla ai sensi dell'articolo 2359. (Le disposizioni del presente capo si applicano

non sussistono tuttavia ulteriori elementi, tali da poter affermare anche l'esistenza della direzione unitaria.

In particolare, si rileva che il "controllo" consente l'esercizio di tutti i poteri che la legge attribuisce ai soci all'interno della società, nell'ambito delle regole organizzative concernenti la ripartizione delle competenze ed i rapporti tra i suoi organi.

L'attività di direzione e coordinamento, invece, si riferisce ad un'attività permanente e sistematica di ingerenza a cura degli amministratori della capogruppo nelle scelte della gestione di carattere finanziario, industriale e commerciale, della società subordinata: ciò che rivela a tal fine è che le scelte di gestione strategiche nei settori nevralgici della società siano nelle mani della capogruppo.²⁵

Il controllo di una società su un'altra, pertanto, può limitarsi al semplice controllo dell'assemblea oppure evolvere fino a consentire alla prima di dirigere la gestione dell'altra, o quanto meno, a coordinarla con la propria e con quella di altre controllate. La direzione unitaria, dovrebbe svolgersi in concreto mediante: atti formali a carattere negoziale (quali deliberazioni o accordi contrattuali tra le società interessate); atti di indirizzo (quali istruzioni, regole di comportamento); codificazione in appositi atti parasociali; meri fatti idonei ad influenzare significativamente le scelte gestionali della società. Di converso non configura un'ipotesi di direzione e coordinamento il compimento di un singolo atto, o di atti sporadici, ancorché rilevanti, o, comunque di dettaglio.²⁶

In conclusione, esiste un "Gruppo di Società" solo dove una pluralità di società è ricondotta ad unità dalla guida unitaria che una di esse esercita sulle altre, ma questa situazione non dev'essere provata: si presume che la società controllante si avvarrà della propria posizione di supremazia, derivante dalla partecipazione azionaria o dai

altresì a chi esercita attività di direzione e coordinamento di società sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti)

²⁵ G.Sbisà, *Direzione e coordinamento di società* (2012) p.28

²⁶ M.Callegari, *I gruppi di società*, in *Il nuovo diritto societario – nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, commentario diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Zanichelli, Torino, 2009, pp. 1055-1056; P. Montalenti, cit., p.319.

vincoli contrattuali, per determinare la condotta delle società sottoposte, imponendo agli organi di questa la propria direzione.

Si presume quindi che gli amministratori della capogruppo impartiranno direttive agli amministratori delle controllate e che costoro, anche se formalmente abilitati a disattenderele, di fatto le eseguiranno, perché la loro nomina e la loro conferma, la provvista finanziaria per gestire l'impresa e, in definitiva, le sorti di questa sono nelle mani della controllante.

3 Il ruolo svolto dalla holding nelle dinamiche del gruppo di società

Alla holding spetta la suprema direzione del gruppo, quella che le norme introdotte definiscono "attività di direzione e coordinamento". Essa attua questa funzione esercitando il voto di socio di maggioranza nelle assemblee delle controllate e, per le materie che eccedono le competenze dell'assemblea, facendo valere l'interno rapporto fiduciario che lega gli amministratori all'azionista di controllo.

Non si tratta tuttavia di una formale trasmissione di decisioni: gli amministratori delle società operanti, nominati con il voto degli amministratori della holding, occupano la posizione che è propria, secondo il codice civile, di ogni amministrazione di società per azioni.

In termini più specifici, spetta alla capogruppo valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile del gruppo nel suo complesso; predisporre i piani strategici, industriali e finanziari, nonché i budget annuali del gruppo, esaminare ed approvare preventivamente quelli delle società che ne fanno parte e inoltre le operazioni sul capitale stesse, o quelle di trasformazione, fusione e scissione, gli atti di disposizione delle partecipazioni, le operazioni concernenti l'acquisto o la cessione di aziende o di rami di esse, l'assunzione o la concessione di finanziamenti oltre determinati importi, la stipulazione di patti parasociali e, in generale, tutte le operazioni di maggior rilevanza economica, patrimoniale e finanziaria²⁷; infine,

²⁷ G.Sbisà, cit., p.50

valutare, sulla base della relazione degli organi delegati²⁸, il generale andamento della gestione del gruppo²⁹.

La difficoltà maggiore, in un tale contesto, consiste nello stabilire in che misura l'attività di direzione e coordinamento della holding possa ingerirsi nella sfera dell'autonomia gestionale delle società controllate.

La regolarità dell'attività svolta dalla società capogruppo e dai suoi amministratori nei confronti delle società eterodirette consiste non solo nella correttezza delle istruzioni impartite, in tema di gestione globale e quello delle controllate. In sostanza, devono convergere gli interessi di tutte le società coinvolte nell'operazione o nella strategia, con possibilità di soddisfazione, anche se con modalità, entità e tempistiche differenti, per ciascuna società.³⁰

Oltre ad un rapporto formale, esiste un parallelo rapporto fiduciario fra il capitale di comando e gli amministratori, essendo il primo che con il proprio voto determinante, ne provoca la nomina e può in ogni momento, provocarne la revoca. Tale rapporto può dare luogo a direttive della controllante pregiudizievoli per la controllata e può esporre la controllante a responsabilità per danni che abbia cagionato alla controllata, ai suoi soci ed i suoi creditori.

L'influenza dominante resta però una mera situazione di fatto: da essa può nascere una mera situazione di fatto: da essa può nascere una responsabilità di chi ha impartito le direttive, mai un vincolo per gli amministratori cui le direttive sono rivolte. Queste direttive non sono coercibili da parte della controllante: gli amministratori se vi conformano, lo fanno sotto la propria responsabilità, assumendo come proprie, ad ogni effetto, le relative decisioni. La mancata esecuzione delle direttive influisce solo sul rapporto di fiducia fra l'ente di gestione e l'amministratore,

²⁸ art. 2381, 5° comma, c.c. : "Gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e riferiscono al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno sei mesi, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate."

²⁹ A.Valzer, Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto, cit., pp.868-870 (2007)

³⁰ G.Sbisà, cit., p.11

il quale potrà non essere confermato al termine della carica o potrà, addirittura, essere revocato in corso di carica. In definitiva non esiste un formale potere di imposizione delle decisioni.

4 Nozione di interesse di gruppo

Accanto all'individuazione dei presupposti in forza dei quali considerare un insieme di società fra loro collegate un "gruppo di società" si è inoltre posto il problema del significato da attribuire, sul piano giuridico, alle singole operazioni effettuate nell'ambito di un gruppo e quello relativo alla legittimità delle stesse, in considerazione del potenziale conflitto di interessi delle varie società o, più precisamente, del conflitto fra gli interessi del capitale di comando e i soci esterni delle singole società appartenenti al gruppo.³¹

Si discute se sia configurabile un "interesse di gruppo"³², inteso quale interesse comune e corrispondente alla logica aziendale di gruppo, che si differenzerebbe, quindi, sia dall'interesse delle singole società appartenenti al gruppo, sia dall'interesse particolare della holding.³³

Può accadere che gli amministratori della controllata, uniformandosi alle direttive della controllante, adottino una deliberazione o comunque pongano in essere un'operazione oggettivamente svantaggiosa per la prima e vantaggiosa per la controllante, ma non necessariamente questo sarà fonte di responsabilità per gli amministratori, in quanto i rapporti tra le due società possono essere tali da introdurre un elemento di compensazione del pregiudizio.

³¹ Galgano-Sbisà, Direzione e coordinamento di società, cit., p.26 ss

³² Tale concetto non viene apertamente affrontato dal legislatore negli articoli introdotti con la riforma, ma si può intravedere tra le righe dell'espressione "interesse imprenditoriale proprio o altrui dell'art. 2497

³³ Montalenti, "Interesse sociale, interesse di gruppo e gestione dell'impresa nei gruppi di società"

Questo principio di compensazione, chiamato “interesse di gruppo”, è stato prima riconosciuto in giurisprudenza e poi introdotto nel nostro ordinamento con la riforma del 2003.³⁴

La dottrina però non è però concorde nell'individuazione del concetto di interesse di gruppo. Galgano lo individua nel risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento, come “beneficio che l'intero gruppo e, di riflesso, le singole controllate conseguono”³⁵; secondo l'autore l'interesse di gruppo sarebbe un qualcosa di differente sia dall'interesse della holding che dall'interesse delle singole controllate. Montalenti lo rappresenta come il punto di incontro, il centro di convergenza tra gli interessi di tutte le società del gruppo.³⁶

Altra dottrina lo considera meramente come uno dei modi di atteggiarsi del socio di maggioranza³⁷; infine giova ricordare la posizione di Pedrazzi, il quale ravvisa un rapporto di compenetrazione tra l'interesse sociale e l'interesse di gruppo, ma esclude la possibilità di fornire una definizione universalmente valida, data la necessità di guardare ogni volta al singolo caso concreto.³⁸

Prima della riforma, si cercava di ricostruire una responsabilità della capogruppo attraverso altri strumenti che il nostro ordinamento era in grado di fornire: si

³⁴ “E' altrettanto noto come prima della recente riforma la soluzione del problema venisse ricercata dall'idea che la responsabilità andava in primo luogo intestata in capo agli amministratori della società abusata (pregiudicata, cioè, da comportamenti contra legem della società capogruppo), per avere gli stessi assecondato o, quanto meno, non contrastato gli effetti “perversi” della direzione unitaria, salvo ad individuare, in immediata successione, i percorsi per una propagazione di responsabilità verso l'alto: nei confronti degli amministratori della società controllante e, ove possibile, nei confronti della controllante stessa, in pratica la sola deep pocket cui i soggetti lesi potevano sperare di attingere”. Così P. Abbadessa, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*. (2008), pp.279 ss.

³⁵ F. GALGANO, *Diritto commerciale. L'imprenditore- Le società*, VIII ed., Bologna, (2013), p.253

³⁶ P. MONTALENTI, *Conflitto di interessi nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, (1995), p.710.

³⁷ F. DI SABATO, *Riflessioni sparse sui gruppi: direzione unitaria, rapporti infragruppo, rapporti creditizi di gruppo*, (1995), p.663

³⁸ C. PEDRAZZI, *Diritto penale III, scritti di diritto penale dell'economia*, Milano (2003).

focalizzava l'attenzione innanzitutto sull'operato degli amministratori della società diretta e coordinata, eventualmente colpevoli del fatto di non aver diligentemente agito nell'adempimento dei propri doveri in favore della società da essi gestita, per non essersi opposti ai comportamenti pregiudizievoli della holding, o comunque per non fatto nulla per evitare gli effetti negativi di questa condotta subiti dalla propria società. A questo meccanismo "punitivo" si sono affiancati ulteriori rimedi che consentissero di muoversi in maniera ascendente lungo la scala gerarchica dell'attività di direzione e coordinamento per raggiungere proprio gli autori primi della cattiva gestione, cioè gli amministratori della società capogruppo, nonché la società capogruppo stessa. Risultava, dunque, un sistema complesso e di dubbia efficacia sostanziale.

Le nuove norme sono ispirate ai principi della trasparenza, tali da assicurare che l'attività di direzione e coordinamento contemperì l'interesse di gruppo, delle controllate e dei soci di minoranza, con l'obbligo di motivazione mediante forme di pubblicità all'appartenenza a un gruppo, con l'individuazione dei casi nei quali riconoscere forme di tutela (ed eventualmente il diritto di recesso) al socio che entra o esce dal gruppo.³⁹

Se viene quindi verificata l'esistenza dell'interesse di gruppo, scatta la norma secondo la quale la responsabilità della controllante per la lesione dei diritti dei soci o dei creditori della controllata viene esclusa "quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato a seguito di operazioni a ciò dirette"⁴⁰. Nel valutare la responsabilità dell'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, bisogna quindi considerare i risultati complessivi che discendono da tale attività, secondo una visione globale che tenga conto non soltanto della singola condotta posta in essere dalla società dominante, ma anche dall'appartenenza dei soggetti coinvolti al contesto di gruppo. Qualunque sia l'operazione compiuta nell'esercizio del potere di direzione

³⁹ Da tale assunto deriva il contenuto dell'art. 2497-ter: "le decisioni delle società soggette ad attività di direzione e coordinamento, quando da questa influenzate, debbono essere analiticamente motivate e recare puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi, la cui valutazione ha inciso sulla decisione".

⁴⁰ Art. 2497, comma 1, c.c.

unitaria, essa è destinata a produrre i propri effetti su una pluralità di soggetti, giuridicamente distinti, ciascuno dei quali è portatore di interessi autonomi, non necessariamente coincidenti con quelli degli altri membri del gruppo: per tale motivo si rende necessaria una considerazione della condotta d'insieme e quindi il modo in cui l'attività di direzione e coordinamento viene svolta e i risultati che da essa complessivamente discende.

In pratica, risulterà "corretta" o meglio non idonea a costituire fonte di responsabilità, la condotta della società che avrà dato vita ad una politica di gruppo complessivamente vantaggiosa per le entità che ne fanno parte, pur a fronte di sacrifici imposti alle stesse in virtù di singole operazioni.

L'introduzione del criterio dei vantaggi compensativi solleva un ulteriore problema, e cioè quello di individuare e della inevitabile graduazione dei molteplici interessi che rilevano all'interno di un gruppo. Consentire la compensazione tra l'atto dannoso e il vantaggio che deriva alla singola società dall'appartenenza al gruppo⁴¹, impone preliminarmente di accertare quali siano gli interessi in gioco e, successivamente, di valutare quali di questi debba considerarsi preponderante, alla luce dei principi che tutelano l'interesse sociale, sia nella sua accezione più classica, sia nella peculiare veste che esso assume all'interno del gruppo.

Può quindi accadere che il singolo atto gestorio sia compiuto dalla capogruppo in pregiudizio della società dominata per seguire finalità che, di fatto, esulano dall'interesse di quest'ultima, ma tale comportamento che, in sé considerato, è evidentemente in contrasto con i principi generali di corretta gestione societarie e imprenditoriale e da luogo ad una violazione che è potenziale fonte di responsabilità risarcitoria in capo a chi l'ha posta in essere, dovrà essere collocato all'interno della

⁴¹ Si fa riferimento alla cosiddetta teoria dei vantaggi compensativi. In particolare la Corte di Cassazione, aveva affermato a riguardo che "al fine di verificare se l'operazione abbia comportato o meno per la società che l'ha posta in essere un depauperamento effettivo, occorre tener conto della complessiva situazione che, nell'ambito del gruppo, a quella società fa capo, potendo l'eventuale pregiudizio economico che da essa sia direttamente derivato aver trovato la sua contropartita in un altro rapporto e l'atto presentarsi preordinato al soddisfacimento di un ben preciso interesse economico, sia pure mediato e indiretto". (v. Cass., 5-12-1998, n.12325; Cass., 24-8-2004, n. 16707)

più generale politica perseguita dalla società che esercita il potere di direzione e coordinamento, per valutare se gli effetti pregiudizievoli che da esso discendono, possano dirsi compensati dai vantaggi derivanti dall'appartenenza al gruppo.

5 Natura e contenuto della responsabilità

La responsabilità della capogruppo, introdotta con la già citata riforma del diritto societario, è prevista nei confronti delle società soggette a direzione e coordinamento, per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio sociale, e nei confronti dei soci di queste società, per il pregiudizio arrecato alla redditività della partecipazione sociale. La responsabilità, in capo alla holding, deriva dall'esercizio abusivo dell'attività di direzione e coordinamento, ed in particolare, dalla violazione dei principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria.

In altri termini, quando vi è abuso nell'esercizio della direzione unitaria si impone una forma di tutela più stringente soprattutto per quella categoria di soggetti (shareholders) che in maggior misura rischiano di essere sacrificati dal prevalere degli interessi di chi dirige il gruppo su quelli della singola società eterodiretta.⁴²

Nel primo comma dell'art. 2497 c.c., vengono stabiliti i criteri in base al quale il potere esercitato dalla holding può essere considerato illegittimo e quali sono le possibili conseguenze di tale abuso. E dunque previsto che, l'attività di direzione e coordinamento da parte della capogruppo deve essere esercitata nel rispetto dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale, affinché non ne risultino lesi, i legittimi interessi delle società eterodirette, dei loro soci e dei loro creditori. In caso di inosservanza di tali principi, emerge una responsabilità per il danno arrecato e il conseguente obbligo di risarcimento nei confronti dei suddetti soci e creditori⁴³. Non sussiste alcuna responsabilità se il pregiudizio arrecato trova una compensazione in un vantaggio corrispondente, effettivo e proporzionato al sacrificio

⁴² G.Sbisà, cit.,p.11

⁴³ Più specificamente, per i soci il danno consiste nella lesione alla redditività, nonché al valore della partecipazione sociale, mentre per i creditori il pregiudizio viene ravvisato nella lesione all'integrità patrimoniale delle società eterodirette, G. Scognamiglio, cit., pp.1092-1093

sofferto dalla controllata, che deriva da altre operazioni previste all'interno della medesima strategia unitaria in un arco temporale determinato.

Il legislatore, tuttavia, non ha specificato il contenuto sostanziale dei principi che possono essere ricondotti alla nozione di corretta gestione all'interno delle dinamiche di gruppo, pertanto, la concreta individuazione degli stessi viene effettuata mediante un procedimento ermeneutico che si basa sull'elaborazione dei dati testuali e sistematici derivanti sia dalla disciplina codicistica che dalle normative extracodicistiche. In via generale, il criterio di corretta gestione societaria ed imprenditoriale richiede che l'attività di direzione unitaria della capogruppo debba svolgersi, oltretutto in conformità ai principi⁴⁴ che regolano il fenomeno del gruppo di società, anche nel rispetto sua degli obblighi generali di amministrare con diligenza e senza conflitti di interesse, sia degli obblighi specifici che la legge o lo statuto impongono agli amministratori delle società dirette e coordinate.

Ai fini di una più corretta e trasparente gestione dei rapporti societari, l'art 2297-bis, impone alle società controllate di: indicare la società o l'ente alla cui attività di direzione e coordinamento è soggetta; esporre, in un'apposita sezione della nota integrativa, un prospetto riepilogativo dei dati essenziali dell'ultimo bilancio della società o dell'ente che esercita su di essa attività di direzione e coordinamento; indicare i rapporti intercorsi con chi esercita l'attività di direzione e coordinamento e con le altre società che vi sono soggette e l'effetto che tale attività ha avuto sull'esercizio dell'impresa sociale e sui suoi risultati.

Tali compiti spettano agli amministratori, infatti il 2° comma dell'art 2497 c.c. permette di estendere la responsabilità da abuso di direzione e coordinamento anche alle persone fisiche "che abbiano preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, a chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio". In relazione alla prima parte della norma, evidente risulta l'intenzione del legislatore di andare a colpire gli amministratori della capogruppo, che abbiano impartito le direttive pregiudizievoli, nonché l'organo amministrativo e di controllo della dominata, che le abbia eseguite. Per quanto attiene, invece, alle persone che abbiano tratto consapevolmente beneficio del fatto illecito, tale espressione permette di coprire un'area piuttosto ampia di

⁴⁴ artt. 2497-2497-septies c.c.

soggetti, che operino in forma difensiva o collusiva con gli amministratori della holding e che non abbiano tuttavia, preso direttamente parte alla gestione abusiva: si tratta, ad esempio, delle altre società controllate o collegate facenti parte del gruppo, gli amministratori di fatto o di diritto di queste, nonché quelli della stessa holding o della dominata pregiudicata che non avendo, rispettivamente, impartito o eseguito direttamente le direttive pregiudizievoli, non rientrano nella categoria vista precedentemente.

Per quanto attiene, infine, all'elemento psicologico richiesto, l'interpretazione dell'avverbio "consapevolmente" non è pacifica: a chi richiede la prova della condotta collusiva, si contrappone, invece, chi ritiene sufficiente la dimostrazione della conoscenza dell'attività abusiva derivante dalla posizione di direzione e coordinamento.

Un ulteriore accenno, merita di essere fatto sulla portata applicativa della disposizione in esame: solitamente la holding, la cui attività di gestione abusiva determina fatto illecito ai sensi dell'art.2497 c.c. risulta essere una società di capitali; tuttavia, stante l'ampia formulazione della norma, si ritiene abbastanza pacificamente, che possano rientrare nello spettro della responsabilità in questione anche le società di persone, le società cooperative, nonché quelle di fatto, e le holding straniere. Il dettato normativo fa riferimento anche agli enti, estendendo notevolmente l'ambito di operatività della disposizione, facendo rientrare anche gli enti di fatti e di diritto, privati e pubblici, purché in possesso del requisito dell'interesse imprenditoriale.

Concludendo, possiamo semplificare la disciplina contenuta nell'art. 2497 c.c. affermando che la fattispecie introdotta con la riforma del 2003 assuma quale presupposto: la presenza di una società holding che svolge all'interno di un gruppo di società un'attività di direzione e coordinamento; l'esistenza di un abuso di tale posizione di supremazia; e infine, la sussistenza di un danno effettivo causato da tale abuso alla società eterodiretta, da valutare sulla base dello specifico progetto di gruppo.⁴⁵

⁴⁵ F. DE GOTTARDO, Concorrenza sleale e abuso di direzione e coordinamento dei rapporti di gruppo, Riv. Giurisprudenza Commerciale, fasc.2, 2017, pag. 305 e ss.

CAPITOLO SECONDO:

IL D.LGS. n. 231/2001: CARATTERISTICHE FONDAMENTALI E AMBITO DI APLICAZIONE

Sommario: 1 Necessità di una responsabilità degli enti – 2 Emanazione del D.lgs 231/200 – 3 I soggetti coinvolti – 4 Il reato presupposto e il sistema sanzionatorio-5 Esenzione della Responsabilità dell'ente: il modello 231 è obbligatorio? - 6 Struttura del Modello Organizzativo 231- 6.1 Il Modello di governance, i sistemi organizzativi e di controllo interno- 6.2 Il codice etico – 6.3 Sistema disciplinare – 6.4 L'Organismo di vigilanza – 7 Le persone giuridiche straniere

1 Necessità di una responsabilità degli enti

Con lo sviluppo dell'economia globalizzata e la crescita esponenziale del numero delle grandi imprese, le società sono andate a sviluppare un management distribuito su base orizzontale⁴⁶ piuttosto che su di un asse verticale, rendendo così difficile, a volte impossibile, individuare l'autore del reato all'interno della compagine aziendale. Tale fenomeno di decentralizzazione e polverizzazione della responsabilità⁴⁷ rende evidente l'opportunità, o forse la necessità, di un controllo penale che incida e colpisca direttamente l'organizzazione in sé e per sé considerata, a prescindere dalla persona fisica (o le persone fisiche) che hanno materialmente commesso il reato. A ciò deve aggiungersi un'altra fondamentale questione che milita a favore dell'ampliamento della responsabilità penale direttamente in capo agli enti collettivi, ed in particolare a quelli a carattere imprenditoriale: la persona giuridica societaria, come organizzazione complessa, è infatti per sua stessa natura un ambiente criminogeno, e ciò solo per il fatto di svolgere un determinato tipo di attività, in

⁴⁶ DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato: profili storici, dogmatici e comparatistici*, Edizioni ETS, Pisa (2012), p.122

⁴⁷ DE MAGLIE, *L'etica*, cit., p.274, per un'attenta analisi del fenomeno della c.d. "responsabilità diffusa".

maniera per l'appunto organizzata, al fine di perseguire uno scopo ben preciso, che è quello del profitto.

Più in particolare i fattori che fanno della persona giuridica un ambiente a “rischio-reato” sono sostanzialmente tre⁴⁸: il fenomeno del gruppo, che deve essere considerato un'entità diversa e autonoma rispetto agli individui che lo compongono, per cui è necessario considerare il comportamento dell'organizzazione come irriducibile a quello dei singoli, e come tale, da accertare autonomamente; la segretezza nella struttura dell'organizzazione che porta necessariamente all'insabbiamento di molte informazioni rilevanti per l'accertamento dei reati; gli scopi dell'organizzazione, che nella moderna economia di mercato sono sintetizzabili, su un piano sia istituzionale che sostanziale, alla massimizzazione dei profitti.⁴⁹

Al fine degli anni '90 rispondere a tale esigenza è divenuto indispensabile vista la gravità e la frequenza degli scandali imprenditoriali internazionali⁵⁰: il fenomeno considerato ha riguardato non solo le imprese intrinsecamente illecite, cioè operanti per il perseguimento di un fine criminale, ma anche gli enti da fine in sé leciti, ma perseguiti con politiche aziendali aperte a pratiche illecite quali la corruzione, la truffa finanziaria, di lesione di interessi patrimoniali e pubblici.

Ciò ha introdotto il Legislatore comunitario a sollecitare i singoli legislatori nazionali ad assumere strumenti legislativi capaci di perseguire direttamente le persone giuridiche ritenute responsabili di reati economici.

Su tali premesse interviene a livello nazionale la Legge Delega n.300/200, che configura storicamente un punto di partenza in quanto per la prima volta il legislatore italiano è chiamato a disciplinare la responsabilità amministrativa degli Enti collettivi per gli illeciti dipendenti da reato.

⁴⁸ DE MAGLIE, *L'etica*, cit., p. 251 ss.; DE VERO, *La responsabilità*, cit., p. 20 ss.

⁴⁹ CLINARD M.B., *Illegal Corporate Behavior*, (1979), p. 57.

⁵⁰ Si ricordano a titolo esemplificativo quelli di Eron, Worldcom, Vivendi, e quelli italiani di Cirio, Parmalat etc.

2 Emanazione del D.lgs. 231/2001

Per dare applicazione al mandato della Legge Delega 300/200 è stato emanato il Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231, con il quale è stata introdotta la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di responsabilità giuridica per i reati commessi (da persona fisica) nell'interesse o a profitto dell'ente collettivo, in attuazione dell'art. 11 della Legge 29 Settembre 2000, n.300. Il Legislatore con quest'ultima legge ha voluto ratificare le Convenzioni internazionali, con riferimento:

- alla Convenzione di Bruxelles del 26 Luglio 1995⁵¹ sulla Tutela degli interessi finanziari delle Comunità Europee;
- alla Convenzione di Bruxelles del 26 maggio 1997⁵² sulla lotta alla corruzione nella quale sono coinvolti funzionari della Comunità Europea o degli Stati membri;
- alla Convenzione Ocse del 17 dicembre 1997⁵³ sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche ed internazionali.

Tale evoluzione legislativa ha determinato il tramonto del tradizionale principio contenuto nel brocardo "*societas delinquere non potest*", in favore del nuovo principio indicato col brocardo "*Societas puniri potest*", il tutto in un'ottica di rafforzamento della repressione dei crimini dei c.d. "colletti bianchi"⁵⁴. Si è fatto così

⁵¹ Dal 1995, è in vigore una convenzione che mira a tutelare penalmente gli interessi finanziari dell'Unione europea (UE) e dei suoi contribuenti. Nel corso degli anni, la Convenzione sulla protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee è stata integrata da una serie di protocolli.

⁵² La convenzione sancisce l'impegno degli Stati membri di adottare le misure necessarie per assicurare che la corruzione attiva e passiva, quale definita dalla convenzione, costituisca illecito penale a livello nazionale.

⁵³ Combatte la corruzione internazionale imponendo agli Stati aderenti di considerare reato per le persone fisiche e giuridiche il fatto di corrompere funzionari stranieri per ottenere indebiti vantaggi nel commercio internazionale.

⁵⁴ La locuzione colletti bianchi (dalla lingua inglese white-collar worker), identifica quei lavoratori che svolgono mansioni meno fisiche, ma spesso più remunerate rispetto ai "colletti blu" che svolgono il lavoro manuale. L'espressione viene utilizzata, sempre più di frequente, anche in ambito sociologico e criminologico, per indicare una particolare categoria di reati.

ricorso alla teoria organicistica⁵⁵, che ammette che la persona giuridica, al pari dell'uomo, è un soggetto naturale e reale e quindi non vi è ragione per escludere tale soggettività.

Il Legislatore ha preferito qualificare “amministrativa”, invece che “penale” la nuova forma di responsabilità non tanto per superare le resistenze della dottrina penalistica, quanto, invece, per allentare le pressioni provenienti dal mondo imprenditoriale, preoccupato dalle possibili ricadute economiche della riforma. Nonostante l'esplicita qualificazione giuridica da parte del legislatore, la questione relativa alla sua natura giuridica è ancora controversa:

- Chi sostiene che si tratta di responsabilità amministrativa fa leva, oltre che sulla denominazione data dal legislatore, anche al regime della prescrizione (del tutto svincolato da quello penalistico) e al trattamento sanzionatorio nel caso di vicende modificative, agganciato alla disciplina civilistica delle obbligazioni;
- Altri, invece, ritengono che la suddetta responsabilità abbia in realtà natura penalistica, posto che la stessa è strettamente agganciata alla commissione di un reato e la sede in cui viene accertata è il processo penale;
- Infine si è sostenuto che la suddetta forma di responsabilità non abbia né natura amministrativa né natura penalistica ma costituisce in realtà un *tertium genus* di responsabilità⁵⁶, nascente dall'ibridazione della responsabilità amministrativa con principi e concetti propri della sfera penale⁵⁷

In generale, la scelta normativa italiana, è stata quella di contemperare i tratti essenziali del sistema amministrativo e di quello penale, cercando di recepire ed adattare ai sistemi di matrice codicistica l'esperienza anglosassone dei Compliance Programs nord americani. Esiste però una differenza sostanziale tra i due sistemi: nei compliance Programs nordamericani se debitamente adottati ed attuati, consentono alla company di ottenere una riduzione della sanzione comminabile; nei modelli di organizzazione e gestione previsti dal D.Lgs 231 nel caso in cui il giudice penale

⁵⁵ La quale è contraria alla teoria della finzione che nega soggettività penale alle persone giuridiche considerandole “mero soggetto artificiale”.

⁵⁶ Relazione ministeriale al D.Lgs. n. 231/2001

⁵⁷ Cass. Pen. , sez. II, 30 gennaio 2006, ric. Jolly Mediterraneo s.r.l.

accerti ex post la sua congruità , può dar luogo alla concessione del beneficio dell'esimente in toto da responsabilità dell'ente, anche quando sia stato realizzato un reato della fattispecie di quelli citati dal decreto.

La norma prevede, in relazione ad alcune specifiche fattispecie, una responsabilità degli Enti nel caso in cui il reato sia commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente da suoi dirigenti definiti nel decreto come "soggetti apicali", ma anche da tutti quei soggetti che per essi operano; in questo modo si vuole: colpire sul piano patrimoniale i soggetti responsabili degli illeciti, minimizzare il rischio criminoso, favorire la riparazione del danno.

Infatti tale responsabilità amministrativa dell'ente, si aggiunge a quella della persona fisica che ha commesso materialmente il fatto e viene meno se si dimostra di aver istituito un Organismo di Vigilanza e di aver adottato Modelli Organizzativi al fine di prevenire i reati.

Il decreto persegue l'intento di sensibilizzare gli enti stessi operatori economici sui fenomeni della criminalità d'impresa, coinvolgendoli nell'azione di contrasto dei reati e rompendo quella relazione di "estraneità" in virtù della quale il reato di natura economica veniva percepito come un evento episodico ed individuale del quale l'ente poteva disinteressarsi. All'ente viene dunque demandata una funzione di "garanzia", volta ad adottare ogni misura idonea alla prevenzione dei crimini economici, nel contesto di un esercizio dell'impresa conforme alla legge e rispondente a principi etici.

Il regime della responsabilità amministrativa degli Enti, introdotto nell'ordinamento italiano dal Decreto 231/2001 è stato successivamente integrato da alcune importanti leggi, ricordiamo in particolare:

- ✓ Legge 409/2001 "Disposizioni urgenti in vista dell'introduzione dell'euro"⁵⁸
- ✓ Legge 366/2001 (Legge delega per la riforma del diritto societario), che ha esteso il regime di responsabilità amministrativa degli Enti, anche nei confronti dei c.d. reati societari, (ex D. Lgs61/2002)⁵⁹

⁵⁸ la quale ha introdotto nel Decreto Lgs. 231, l'articolo 25 bis: "Falsità in monete, carte di pubblico credito e valori di bollo".

⁵⁹ Quali ad esempio: false comunicazioni sociali, falso in prospetto , falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni della società di revisione, impedito controllo, indebita

- ✓ Legge Finanziaria 2005 (Legge n. 311 del 30/12/2004) che ha imposto l'adozione obbligatoria dei Modelli con misure organizzative e di funzionamento idonee a prevenire il rischio del compimento di illeciti nel loro interesse o a loro vantaggio, per gli enti e le società che fruiscono di finanziamenti a carico di bilanci pubblici o dell'Unione europea (anche sotto forma di esenzioni, incentivi o agevolazioni fiscali) in materia di avviamento, aggiornamento e formazione professionale, utilizzazione dei lavoratori, sgravi contributivi per personale addetto all'attività produttiva.⁶⁰

3 I Soggetti coinvolti

Il D.Lgs. 231/2001, all'art. 1 comma 2, individua i soggetti destinatari della norma riferendosi agli "enti", e precisamente sia a quelli forniti di personalità giuridica sia alle società ed associazioni prive di personalità giuridica. Si tratta dunque dei soggetti che hanno acquistato la personalità giuridica in base alle disposizioni del codice civile, dunque associazioni, fondazioni e altre istituzioni di carattere privato che siano state riconosciute dallo Stato ai sensi dell'art 12 del Codice civile e delle società⁶¹ che abbiano acquisito la personalità giuridica attraverso l'iscrizione nel registro delle imprese ai sensi dell'art. 2331 del codice civile. Tali enti godono di forte autonomia, dal momento in cui il loro patrimonio è distinto da quello dei singoli soci, associati e fondatori.⁶² Il Legislatore ha poi voluto includere tra il novero dei destinatari della disciplina anche gli enti privi di personalità giuridica, in quanto si tratta di soggetti che potendo più agevolmente sottrarsi ai controlli statali, sono a "maggior rischio" di

restituzione dei conferimenti, illegale ripartizione degli utili e delle riserve, illecite operazioni sulle azioni o quote sociali o della società controllante, formazione fittizia di capitali, agiotaggio, ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza.

⁶⁰ Tali Modelli devono essere verificati ed approvati dall'ISFOL (Istituto per lo sviluppo della formazione professionale dei lavoratori).

⁶¹ società per azioni, società a responsabilità limitata, società in accomandita per azioni, società cooperative

⁶² Montesi C., I modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001. Etica d'impresa e punibilità degli enti, Giuffrè editore, 2005.

attività illecite ed attorno ai quali appare dunque ingiustificato creare vere e proprie zone di immunità.

Un caso particolare è costituito dall'imprenditore individuale. In un primo momento, la normativa aveva previsto che la responsabilità amministrativa, poteva essere applicata solo agli enti dotati di personalità giuridica in forma societaria e pluripersonale, escludendo quindi dal novero dei destinatari della disciplina le imprese individuali. Più di recente, la giurisprudenza ha parzialmente mutato questo orientamento, affermando che l'impresa individuale è assoggettabile alla disciplina di cui al d.lgs. 231/2001 nel caso in cui questa presenti una struttura complessa e articolata. È vero infatti, che molto spesso le imprese individuali ricorrono ad un'organizzazione interna più articolata, in cui si prescinde dall'intervento del titolare dell'impresa in merito a certe problematiche, coinvolgendo altri soggetti che operano comunque nell'interesse dell'imprenditore stesso.⁶³

L'art 1, comma 3, del d.lgs 231/2001 prevede espressamente che siano esclusi dall'ambito applicativo della disciplina del presente testo normativo, lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici, nonché gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale.

In questo caso il termine "Stato" viene inteso in senso ampio e comprende tutte le sue articolazioni amministrative, quali, per esempio, i Ministeri, le Prefetture, le Questure, ma anche gli organi pubblici di rilievo costituzionale che svolgono le funzioni legislative, giurisdizionali od esecutive.⁶⁴

Le ragioni di tale esclusione sono evidenti: l'applicazione di sanzioni interdittive nei confronti di questi soggetti impedirebbe l'esercizio di funzioni istituzionali, mentre l'applicazione di sanzioni pecuniarie finirebbe per ricadere sui contribuenti.

Il Legislatore ha scelto di estendere l'esclusione anche agli enti pubblici territoriali (Regioni, Province, Comuni), i quali sono sostanzialmente ammissibili allo Stato in quanto titolari di poteri pubblici (basti pensare, ad esempio, alle competenze regionali in materia legislativa). Sono altresì esclusi gli enti pubblici non economici, si tratta di

⁶³ Cfr. Cass. Pen., sez. VI, 20.04.2011, n. 15657

⁶⁴ il Parlamento, la Corte Costituzionale, gli organi della Giurisdizione ordinaria, amministrativa etc.

tutti quegli enti che, anche se privi di pubblici poteri, svolgono servizi d'interesse collettivo senza finalità di lucro ed hanno comunque funzioni strumentali rispetto allo Stato⁶⁵. Infine, il decreto legislativo esclude espressamente dal proprio ambito di applicazione gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale, tra i quali si fanno rientrare anche i sindacati e i partiti politici. Tale esclusione trova giustificazione alla luce delle conseguenze che le sanzioni previste nel testo normativo in esame potrebbero avere sull'equilibrio costituzionale e sui cittadini. In definitiva, per escludere l'applicazione del decreto legislativo 231/2001, la natura pubblica dell'ente è condizione necessaria ma non sufficiente in quanto deve ricorrere un ulteriore elemento e cioè che l'ente non svolga attività economica. Lo scopo di lucro, anche se si tratta di ente pubblico, fa ricadere nell'ambito di applicazione della normativa citata.⁶⁶

Ovviamente un'azienda non può commettere reati se non tramite dei soggetti- persone fisiche per cui all'art. 5 comma 1 del decreto vengono individuate le persone fisiche che, con il loro operare non conforme alle norme, pongono in essere la responsabilità amministrativa dell'ente; possiamo suddividerle in due categorie:

- Soggetti apicali
- Soggetti sottoposti alla direzione o vigilanza di soggetti apicali.

I soggetti in posizione apicale si pongono a vertice della struttura aziendale: si tratta di soggetti che esprimono la volontà dell'impresa e che si identificano con essa. Essi sono individuati sulla base della funzione esercitata: funzione di rappresentanza (rappresentante legale) o di direzione (direttore generale) o di amministrazione dell'ente (amministratore unico o delegato).

⁶⁵ Sono ad esempio l'INPS, l'INAIL, la Croce Rossa, l'ACI..

⁶⁶ Come si legge nella Relazione, la normativa mira a reprimere "comportamenti illeciti nello svolgimento di attività di natura economica, e cioè assistite da fini di profitto", con la conseguenza che sono da escludere dal novero dei destinatari "tutti gli enti pubblici che, seppur sprovvisti di pubblici poteri, perseguono e curano gli interessi pubblici prescindendo da finalità lucrative".

Per sottoposti, invece, s'intendono le persone assoggettate alla direzione o vigilanza di uno dei soggetti apicali. Nella categoria rientrano in primo luogo i lavoratori subordinati la cui attività lavorativa si estrinseca in una prestazione nell'organizzazione del datore di lavoro e sotto il potere direttivo dello stesso.

Per quanto riguarda gli altri soggetti che possono operare per conto dell'azienda e i collaboratori esterni (quali ad esempio i consulenti) l'elemento decisivo appare essere la soggezione o meno alla "direzione e vigilanza" e pertanto sarà necessario verificare caso per caso il rapporto contrattuale che lega la persona fisica all'impresa.⁶⁷

In generale, i soggetti apicali e subordinati, non sono mai individuati sulla base di un criterio formale, rigido, ma si utilizza un criterio elastico, di tipo oggettivo funzionale, incentrato non esclusivamente sulla qualifica formale, ma sulla funzione concretamente svolta dal soggetto autore del reato presupposto⁶⁸, in quanto il decreto 231 guarda all'effettività e non ai criteri formali.

Qualora il reato sia posto in essere da soggetti in posizione apicale, proprio per la loro posizione di vertice, la responsabilità ricade automaticamente sull'impresa a meno che la stessa non riesca a dimostrare la sua estraneità provando di aver adottato e attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi e dimostrando l'elusione fraudolenta del modello stesso da parte del soggetto apicale.

Per quanto riguarda i reati commessi dai sottoposti, l'impresa sarà responsabile solo se la commissione del reato (nel suo interesse o vantaggio) è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza. Tale inosservanza è esclusa

⁶⁷ Es. un'azienda che si avvale di fornitori, per noleggiare, acquisire attrezzature di lavoro, al fine di non incorrere in reati in materia di sicurezza sul lavoro, disposti dall'art. 25-septies del D.Lgs 231/01, deve controllare che i fornitori rispettino tutte le disposizioni legislative vigenti in materia e che ci siano, per beni forniti dall'azienda, procedure di attestazione alla conformità, accompagnati da relativa documentazione.

⁶⁸ Se all'interno di una società abbiamo un amministratore di diritto, ma i poteri di fatto sono gestiti da un altro soggetto, l'amministratore di fatto è certamente un soggetto apicale. Il criterio di identificazione è di tipo oggettivo funzionale, si guarda quello che il soggetto fa, non quello che dovrebbe fare in astratto.

se l'impresa, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato il citato modello di organizzazione, gestione e controllo.⁶⁹ Ai sensi dell'art 6 del decreto l'ente potrà andare esente da responsabilità imponendo alla difesa di provare che:

- a) L'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato prima della commissione del reato un modello di organizzazione e gestione;
- b) ha costituito un cosiddetto Organismo di Vigilanza che vigili sul funzionamento e l'efficace attuazione del modello;
- c) le persone che hanno commesso il reato hanno eluso fraudolentemente il modello di organizzazione

Inoltre l'art.5 del decreto stabilisce che la responsabilità dell'ente non sussiste se i soggetti identificati nelle due categorie, hanno agito nell'interesse esclusivo e a vantaggio proprio o di terzi.

Inoltre, l'art.8 stabilisce che l'ente può essere chiamato a rispondere amministrativamente dei reati commessi al proprio interno anche nel caso in cui il soggetto autore del reato non sia stato identificato, ovvero risulti non imputabile: una volta che è stato identificato il fatto tipico, l'ente risponde lo stesso.

Ciò che è necessario dimostrare è che il reato è stato commesso, ed è stato commesso da un soggetto appartenente all'organizzazione, anche se quel soggetto specifico non è stato individuato.

4 Il reato presupposto e il sistema sanzionatorio

L'ambito di applicazione della responsabilità da "reato" degli enti è stato delineato come un cosiddetto "modello chiuso", fondato quindi su un'elencazione nominativa dei reati.⁷⁰ Le fattispecie sono dunque, espressamente elencate dal Legislatore in

⁶⁹ D.PULITANO', La responsabilità da reati degli enti: i criteri di imputazione, (2002), p.425

⁷⁰ T.E. EPIDENDIO, I reati da cui dipende l'illecito, in A. BASSI, T.E. EPIDENDIO, Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari, Giuffrè, (2006), pag.127

riferimento al principio di legalità⁷¹, con un catalogo di reati che è in continuo aumento ed è suscettibile di essere ulteriormente ampliato in futuro.

Ritroviamo all'interno della normativa:⁷²

1. INDEBITA PERCEZIONE DI EROGAZIONI, TRUFFA IN DANNO DELLO STATO O DI UN ENTE PUBBLICO O PER IL CONSEGUIMENTO DI EROGAZIONI PUBBLICHE E FRODE INFORMATICA IN DANNO DELLO STATO O DI UN ENTE PUBBLICO (Art. 24, D.Lgs n. 231/2001; articolo modificato dalla L. 161/2017)
2. DELITTI INFORMATICI E TRATTAMENTO ILLECITO DI DATI (Art.24-bis, D.Lgs. n. 231/2001; articolo aggiunto dalla L. n. 48/2008; modificato dal D.Lgs n. 7 e 8/2016)
3. DELITTI DI CRIMINALITA' ORGANIZZATA (Art 24-ter, D.Lgs. n. 231/2001; articolo aggiunto alla L. n. 94/2009 e modificato dalla L. 69/2015)
4. CONCUSSIONE, INDUZIONE INDEBITA A DARE O PROMETTERE ALTRE UTILITA' E CORRUZIONE (Art.25, D.Lgs n.231/2001; articolo modificato dalla L. n. 190/2012);
5. REATI IN MATERIA DI FALSITA' IN MONETE, CARTE DI PUBBLICO CREDITO, IN VALORI DI BOLLO E IN STRUMENTI O SEGNI DI RICONOSCIMENTO (art. 25-bis del Decreto, introdotto dal Decreto legge 25 settembre 2001 n.350);
6. DELITTI CONTRO L'INDUSTRIA E IL COMMERCIO (art. 25-bis.1 del Decreto, introdotto dalla Legge 23 luglio 2009 n.99);
7. REATI SOCIETARI (art. 25-ter del Decreto, introdotto dal Decreto legislativo 11 aprile 2002 n.61);
8. REATI CON FINALITA' DI TERRORISMO O DI EVERSIONE DELL'ORDINE DEMOCRATICO PREVISTI DAL CODICE PENALE E

⁷¹ Art.2, Decreto Legislativo 231 del 2001, l'ente non può essere ritenuto responsabile per un fatto costituente reato se la sua responsabilità amministrativa in relazione a quel reato e le relative sanzioni non sono espressamente previste da un legge entrata in vigore prima della commissione del fatto.

⁷² Lista aggiornata al 2018 [www. Aodv231.it](http://www.Aodv231.it)

- DALLE LEGGI SPECIALI (Art.25-quater, D.Lgs. n. 231/2001; articolo aggiunto dalla L. n. 7/2003);
9. PRATICHE DI MUTILAZIONE DEGLI ORGANI GENITALI FEMMINILI (art 25-quater.1 del Decreto, introdotto dalla legge n. 7 del 9 gennaio 2006);
 10. DELITTI CONTRO LA PERSONALITA' INDIVIDUALE (art.25 quinquies, introdotto dalla legge 11 agosto 2003 n.228);
 11. REATI DI ABUSO DI MERCATO (Art. 25- sexies, D.Lgs. n. 231/2001; articolo aggiunto dalla L. n. 62/2005);
 12. REATI DI OMICIDIO COLPOSO E LESIONI COLPOSE GRAVI O GRAVISSIME, COMMESSI CON VIOLAZIONE DELLE NORME ANTINFORTUNISTICHE E SULLA TUTELA DELL'IGIENE E DELLA SALUTE SUL LAVORO (Art. 25-septies, D.Lgs. n. 231/2001; articolo aggiunto dalla L. n. 123/2007; modificato dalla L. n. 3/2018);
 13. RICETTAZIONE, RICICLAGGIO, IMPIEGO DI BENI, DENARO, UTILITA' DI PROVENIENZA ILLECITA NONCHE' AUTORICICLAGGIO (art.25 octies, introdotto dal D.Lgs, 27 dicembre 2007 n.231);
 14. DELITTI IN MATERIA DI VIOLAZIONE DEL DIRITTO D'AUTORE (Art. 25-novies, D.Lgs. n. 231/2001; articolo aggiunto dalla L. 99/2009);
 15. INDUZIONE A NON RENDERE DICHIARAZIONIO O A RENDERE DICHIARAZIONI MENDACI ALL'AUTORITA' GIUDIZIARIA (art. 25-novies del Decreto, introdotto dalla Legge 3 agosto 2009, n.116);
 16. REATI AMBIENTALI (art.25- undecies, D.Lgs. n.231/200; articolo aggiunto dal D.Lgs. n.121/2011, modificato dalla L. n. 68/2015, modificato dal D.Lgs n.21/2018);
 17. IMPIEGO DI CITTADINI DI PAESI TERZI IL CUI SOGGIORNO E' IRREGOLARE (Art.25- duodecies, D.Lgs. n. 231/2001; articolo aggiunto dal D.Lgs. n. 109/2012, modificato dalla Legge 17 ottobre 2017 n.161;
 18. RAZZISMO E XENOFOBIA (Art. 25- terdecies, D.Lgs n. 231/2001; articolo aggiunto dalla Legge 20 novembre 2017 n. 167, modificato dal D.Lgs. n.21/2018);

19. RESPONSABILITA' DEGLI ENTI PER GLI ILLECITI AMMINISTRATIVI
DIPENDENTI DA REATO (Art.12, L. n. 9/2013);
20. REATI TRANSAZIONALI (art.10 legge 16 marzo 2006 n.146);

Il Decreto 231 prevede quattro diverse tipologie di sanzioni che riguardano l'ente e non sostituiscono quella che riguarderà la persona fisica che ha realizzato il reato. Il soggetto, infatti verrà condannato con le sanzioni previste per il reato che ha realizzato, mentre la persona giuridica verrà condannata ad una di queste quattro sanzioni⁷³:

- SANZIONI PECUNIARIE
- SANZIONI INTERDITTIVE
- CONFISCA
- PUBBLICAZIONE DELLA SENTENZA DI CONDANNA SUI MEZZI DI STAMPA

Lo scopo delle sanzioni amministrative è quello di colpire direttamente o indirettamente il profilo dell'ente, disincentivando la commissione di reati nell'interesse o a vantaggio dell'ente, e di incidere sulla struttura e sull'organizzazione dell'impresa in modo da favorire attività risarcitorie, riparatorie. Infatti per quanto riguarda le sanzioni pecuniarie l'art. 10 D.Lgs 231/2001 stabilisce che per l'illecito amministrativo dipendente da reato si applica sempre la sanzione pecuniaria e non è ammessa la formula ridotta salvo i casi previsti dall'art.12; la sua determinazione avviene secondo il meccanismo delle quote che si articola in due fasi: nella prima fase il giudice fissa l'ammontare del numero delle quote che non deve essere mai inferiore a cento né superiore a mille; ciò avviene grazie alla valutazione della gravità del fatto, del grado di responsabilità dell'ente (adozione di modelli organizzativi, codici etici, sistemi disciplinari), di condotte riparatorie e riorganizzative (sanzioni disciplinari) dopo la commissione del reato;

⁷³ non è detto che sia solo una ma potranno essere anche più di una.

nella seconda fase l'organo giurisdizionale determina il valore monetario della singola quota che può variare in base alle condizioni dell'ente.⁷⁴

La sanzione pecuniaria, ai sensi dell'art.12, è ridotta della metà se l'autore del reato ha commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non ha ricavato un vantaggio consistente o il danno patrimoniale cagionato è tenue; essa invece è ridotta da un terzo alla metà se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose del reato, o è stato adottato un modello organizzativo idoneo a prevenire i reati della specie di quello verificatosi.⁷⁵

L'interdizione è, invece, quell'istituto giuridico che comporta una limitazione temporanea dell'esercizio di una facoltà o di un diritto, in tutto o in parte. Esso è la base delle sanzioni interdittive elaborate dal legislatore per contrastare più efficacemente le condotte illecite all'interno dell'ente grazie al loro contenuto inibitorio.

Le sanzioni interdittive hanno una durata limitata⁷⁶ e possono essere applicate in via definitiva solo secondo quanto stabilito dall'art.16.

L'art. 9 c.2 D.Lgs 231/2001 elenca le sanzioni interdittive:

- L'interdizione dall'esercizio dell'attività, comporta la chiusura dell'intera azienda o di un suo ramo; essa è un'autonoma sanzione ma può anche essere l'effetto dell'applicazione della seconda sanzione interdittiva;
- La sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze, concessioni funzionali all'esercizio dell'attività;
- Il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione comporta il blocco delle entrate dell'ente, con l'esclusione dei contratti necessari per ottenere le prestazioni di un servizio pubblico necessario al normale svolgimento dell'impresa,

⁷⁴ Il Legislatore ha previsto importi minori delle singole quote per le piccole imprese.

⁷⁵ Qualora si verificassero entrambe le condizioni la sanzione è ridotta alla metà dei due terzi.

⁷⁶ Non inferiore a tre mesi e non superiore a due anni

- L'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi e la revoca di quelli già ottenuti o il divieto di pubblicizzare beni o servizi, comportano quasi una totale assenza di occasioni di profitto per l'ente.

I presupposti per l'applicazione delle sanzioni interdittive sono disciplinati dall'art.13 D.Lgs. 231/2001 che dice che le sanzioni interdittive si applicano in relazione ai reati per i quali sono espressamente previste, se l'ente ha tratto dal reato un profitto di un certo rilievo e il reato è stato commesso da un soggetto in posizione apicale o da un soggetto sottoposto alla direzione dei primi, a causa di gravi carenze organizzative; o in caso di reiterazione degli illeciti.

Inoltre le sanzioni interdittive non si applicano se la sanzione pecuniarie e in formula ridotta. I criteri di scelta delle sanzioni interdittive sono disciplinati dall'art.15 D.Lgs. 231/2001 e coincidono con i principi di proporzionalità, idoneità e gradualità.

La proporzionalità richiama i criteri previsti per le sanzioni pecuniarie, quindi il giudice sceglie la sanzione interdittiva a seconda della gravità del fatto; del grado di responsabilità dell'ente, delle condotte riparatorie e riorganizzative dopo la commissione del reato.

L'idoneità evidenzia come la sanzione interdittiva deve essere scelta in modo da prevenire il tipo di illecito commesso, consentendo anche un'applicazione congiunta di più sanzioni,

La gradualità, invece, fissa la sanzione interdittiva massima, l'interdizione dall'esercizio dell'attività, che deve essere applicata dal giudice solo se le altre risultano essere inadeguate.

I casi di non applicazione delle sanzioni interdittive sono disciplinati dall'art.12 c.1 D.Lgs. 231/2001, ossia il fatto commesso nel prevalente interesse della persona fisica o la tenuità del danno patrimoniale; rientrano inoltre in questa categoria le condotte riparatorie disciplinate dall'art.17 D.Lgs.231/2001 che dice che "ferma l'applicazione delle sanzioni pecuniarie, le sanzioni interdittive non si applicano quando, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, si verificano le seguenti condizioni: l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose del reato, è stato adottato un modello organizzativo idoneo a prevenire i reati

della specie di quello verificatosi; l'ente ha messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca.

L'art.16 D.Lgs. 231/2001 definisce quando la sanzione interdittiva va applicata in via definitiva; l'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività può essere applicata se l'ente ha tratto dal reato un profitto di un certo rilievo ed è già stato condannato, almeno tre volte negli ultimi sette anni, all'interdizione temporanea dall'esercizio dell'attività.

Il giudice, inoltre, può applicare all'ente in via definitiva la sanzione del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione o del divieto di pubblicizzare beni o servizi, quando è già stato condannato alla stessa sanzione almeno tre volte negli ultimi sette anni. Infine, nel caso di impresa illecita, ossia un'organizzazione con l'unico scopo di consentire o agevolare la commissione di reati, deve essere sempre applicata l'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività.

Il Legislatore ha però elaborato all'art.15 del D.Lgs. 231/2001 un'alternativa alla sanzione interdittiva, rappresentata dal commissario giudiziale; questa soluzione deve essere adottata dal giudice nei confronti dell'ente, per un periodo pari alla durata della sanzione interdittiva che determina l'interruzione dell'attività dello stesso, se sussiste almeno una delle seguenti condizioni:

- l'ente svolge un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità la cui interruzione comporterebbe un grave pregiudizio alla collettività;
- l'interruzione dell'attività dell'ente può provocare, a causa delle dimensioni e delle condizioni economiche del territorio, ripercussioni sull'occupazione.

Una volta accertata la sussistenza di uno dei due presupposti, il giudice con sentenza dispone la prosecuzione dell'attività dell'ente da parte di un commissario, indicandone i compiti e i poteri con particolare riferimento alla specifica area in cui è stato commesso l'illecito; il commissario cura quindi l'azione di modelli organizzativi idonei a prevenire la commissione di reati della specie di quello verificatosi e non può compiere atti di straordinaria amministrazione senza autorizzazione del giudice.

Nonostante la tutela della collettività, il commissario giudiziale è pur sempre un'alternativa alla sanzione interdittiva ed è per questo che deve possedere un

carattere sanzionatorio; ciò avviene mediante la confisca del profitto derivante dalla prosecuzione dell'attività.⁷⁷

Per quanto attiene alla confisca, l'art.19 del D.Lgs 231/2001 stabilisce che nei confronti dell'ente è sempre disposta, con sentenza di condanna, la confisca del prezzo o del profitto del reato salvo che per la parte che può essere restituita al danneggiato.

Quando non è possibile eseguire la confisca secondo le condizioni citate, essa può avere ad oggetto denaro, beni di valore equivalente al prezzo del profitto o al profitto del reato. La confisca è una soluzione amministrativa che si distingue dalle altre in quanto non ha limiti di valore e viene applicata anche in altre situazioni: la prosecuzione dell'attività dell'ente sotto la gestione del commissario giudiziale, riparazione delle conseguenze del reato da parte dell'ente, irrogazione in seguito all'inosservanza delle sanzioni interdittive⁷⁸, in presenza di un modello organizzativo tale da prevenire la commissione di reati da parte di vertici societari.

La confisca ex art.19 si differenzia da quella disciplinata ex art. 240 c.p.; quest'ultima infatti è una misura di sicurezza patrimoniale che consiste nell'espropriazione delle cose che sono servite a commettere il reato o ne rappresentano il prezzo, il profitto o il prodotto.

Requisito fondamentale della confisca ex art. 240 c.p. è quindi la pericolosità oggettiva della cosa soggetta a sequestro, indipendentemente dalla condanna dell'ente. Importante è chiarire la nozione di prezzo e soprattutto di profitto confiscabile sulla base delle pronunce giurisprudenziali:

per quanto riguarda il prezzo, la giurisprudenza della Corte di Cassazione si limita a distinguerlo dal profitto e a definirlo come il compenso dato o promesso ad un soggetto per l'esecuzione dell'illecito; la nozione di profitto confiscabile, invece, è stata al centro di controversie giurisprudenziali, va precisato che il profitto deve essere considerato come oggetto della sanzione e non deve essere confuso con l'interesse o vantaggio.

⁷⁷ La soluzione del commissario giudiziale non può essere adottata in caso di applicazione di una sanzione interdittiva in via definitiva.

⁷⁸ Art.23 D.Lgs 231/2011

Per quantificare ed individuare il profitto illecito da sottoporre ad ablazione ci si riferisce ai principi enunciati dalla Cassazione nella sentenza del 27 marzo 2008, la quale stabilisce che il profitto deve avere natura patrimoniale, risultare attuale e concreto, essere causalmente e direttamente riconducibile al reato- presupposto.

In sostanza il profitto del reato è quel complesso di vantaggi economici tratti dall'illecito, e a questo strettamente pertinenti.

La quantificazione del profitto va determinata al netto dell'effettiva utilità eventualmente conseguito dal danneggiato nell'ambito di un rapporto sinallagmatico con l'ente; ciò significa che sarà oggetto di confisca solo il vantaggio economico che deriva direttamente dal reato⁷⁹, con l'esclusione del corrispettivo derivante da una prestazione lecita eseguita in favore della controparte⁸⁰.

Il problema dell'appartenenza dei beni (della persona fisica o dell'ente) da sottoporre a confisca è risolto dalla giurisprudenza che utilizza il principio solidaristico secondo il quale la confisca può interessare ciascuno dei soggetti indagati, anche per l'intera entità del profitto accertato.

Quindi secondo la Suprema Corte è legittima l'ablazione contestuale dei beni degli interessati indipendentemente dal fatto che si tratti di una persona fisica o giuridica. Tuttavia le responsabilità che sorgono sono incompatibili: una responsabilità penale della persona fisica per la commissione del reato e una responsabilità amministrativa della persona giuridica dipendente da reato; ciò significa che il soggetto non potrà mai rispondere per un illecito amministrativo dipendente da quel reato e quindi di conseguenza i suoi beni non potrebbero essere confiscati in quanto estraneo all'illecito dell'ente.

Infine tra le sanzioni disciplinate dal D.Lgs 231 ritroviamo la pubblicazione della sentenza⁸¹ di condanna può essere disposta quando nei confronti dell'ente viene applicata una sanzione interdittiva; tale sanzione amministrativa ha un carattere accessorio on quanto la sua applicazione può avvenire solo contestualmente ad una

⁷⁹ c.d. Profitto confiscabile

⁸⁰ c.d. profitto non confiscabile

⁸¹ art.18 D.Lgs. 231/2001

sanzione amministrativa ed è discrezionale, in quanto è il giudice a stabilire quando applicarla.

La pubblicazione della sentenza di condanna opera nei casi più gravi come pubblicità denigratoria nei confronti dell'ente; le modalità di pubblicazione sono state oggetto di interventi normativi che le hanno ricondotte all'art.36 c.p. secondo il quale la sentenza di condanna va pubblicata per estratto o per intero, su richiesta del giudice, sul sito internet del Ministero della Giustizia.

5 Esenzione della responsabilità dell'ente: il modello organizzativo 231 è obbligatorio?

Dal momento dell'entrata in vigore del D.Lgs. 231/2001, si è subito posto il problema dell'opportunità o dell'obbligatorietà dell'adozione del Modello Organizzativo ivi richiamato, anche alla luce delle disposizioni dell'art. 2392 c.c.⁸²

In altri termini, al di là di casi particolari⁸³, si tratta di stabilire se la necessità di adottare il modello risponda esclusivamente a esigenze volontarie di controllo del rischio e di tutela dell'ente o se, viceversa, esista un vero e proprio obbligo giuridico in tale senso.

Si tratta di una questione importante considerando che l'adozione di un modello organizzativo può cambiare, anche in misura considerevole, il modo di operare di un'impresa. L'introduzione di meccanismi di controllo e organizzativi potrebbe, infatti, limitare la libertà decisionale e di azione dei soggetti in posizione di vertice. L'introduzione di un modello organizzativo comporta costi sia diretti, e cioè

⁸² L'art 2392 c.c disciplina la "Responsabilità verso la società", in cui si delinea il c.d. agire informato per l'amministratore delegato nello svolgimento del suo mandato gestorio, con conseguente obbligo di fornire adeguata notizia sul generale andamento della gestione. Inoltre. La responsabilità degli amministratori e dei sindaci ha natura contrattuale e incombe sugli stessi l'onere di dimostrare la non imputabilità a sé del danno verificatosi, mentre sulla società incombe il solo onere di dimostrare la sussistenza della violazione e il nesso di causalità tra questa e il danno conseguente.

⁸³ Vedi la Regione Calabria che lo impone alle imprese convenzionate, Farminindustria che lo richiede implicitamente per la qualificazione del processo di informazione scientifica o vedi il caso delle imprese STAR.

dipendenti dalle risorse utilizzate per l'introduzione del modello e per il suo mantenimento, sia indiretti, dovuti al ritardo nel compimento delle operazioni aziendali in seguito ai controlli e alle operazioni previsti dal modello.

In base a mere considerazioni di tipo aziendalistico, i vertici della società potrebbero quindi decidere di non adottare modelli organizzativi di prevenzione dei reati se dovessero constatare che i benefici derivanti dall'introduzione del modello in termini di riduzione del rischio di commissione del reato (e delle sanzioni a esso correlate) sono nettamente inferiori ai costi diretti e indiretti derivanti dall'implementazione del modello stesso.

La valutazione dell'opportunità di dotare la società di un modello organizzativo non può però essere effettuata riferendosi esclusivamente a criteri aziendalistici ed economici: è infatti necessario considerare attentamente le disposizioni del D.Lgs. 231/2001, del Codice Civile e del Codice Penale.

È dunque importante sottolineare che il legislatore ha previsto la possibilità per l'ente di sottrarsi totalmente o parzialmente all'applicazione delle sanzioni, purché siano state rispettate determinate condizioni.

L'art.6 del D.Lgs 23, infatti, contempla una forma di "esonero" da responsabilità dell'ente se si dimostra, in occasione di un procedimento penale per uno dei reati considerati, di aver adottato ed efficacemente attuato Modelli di organizzazione, gestione e controllo idonei a prevenire la realizzazione degli illeciti.

Attraverso il Modello di organizzazione, gestione e controllo (Modello 231), l'impresa dispone una sorta di codice comportamentale indirizzato ai propri funzionari e dipendenti al fine di scoraggiare la commissione dei reati previsti dal decreto. Si tratta di un modello "operativo"⁸⁴, un programma d'azione di dettaglio in cui l'azienda delinea le procedure, la modulistica, i processi, i sistemi informatici, un codice etico che, insieme, guidano i membri dell'ente nell'espletamento della loro attività in modo corretto e ossequioso della legge 231.

Nello specifico l'art. 6 prevede che l'ente sia escluso da reato qualora provi che:

⁸⁴ A.BASSI, T. E. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato: accertamento, sanzioni e misure cautelari*, (2006), Milano.

- a) l'organo dirigente abbia adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, M.O.G.⁸⁵ idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;
- b) il compito di vigilanza sul funzionamento, l'osservanza e la cura dell'aggiornamento dei M.O.G. sia stato affidato ad un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo;
- c) le persone abbiano commesso il reato tramite elusione fraudolenta dei M.O.G.
- d) non vi sia stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b).

Dunque, la mera adozione del documento non è sufficiente di per sé a tutelare l'impresa dalla responsabilità amministrativa da reato. Infatti, in una delle circolari emesse dalla Guardia di Finanza (n.83607/2012)⁸⁶, si specifica che la società deve dimostrare di aver operato concretamente per l'attuazione del contenuto del Modello 231, predisponendo una serie di controlli e di misure atte a prevenire la commissione d'illeciti tra i propri addetti e funzionari. Si comprende bene che la sola predisposizione del Modello organizzativo non mette al riparo l'impresa, la quale è chiamata a rispondere dei reati di cui al Decreto 231 anche quando resta ignoto l'autore del fatto o questi non è imputabile.

Dalla lettera della predetta circolare emerge un'interpretazione estensiva della responsabilità individuata dal Decreto 231. L'azienda risponde, infatti, anche nel caso in cui non abbia opportunamente vigilato al fine di impedire la commissione dei reati previsti dalla norma⁸⁷. Solo nel momento in cui la società riesce a provare di aver attivato concretamente tutte le misure idonee e i controlli necessari allo scopo predetto, può vedersi esonerata dal rispondere del fatto delittuoso commesso. Questi

⁸⁵ M.O.G. (Modello organizzativo e gestionale)

⁸⁶ Il 19 marzo 2012 il Comando Generale della Guardia di Finanza, III Reparto Operazioni- Ufficio Tutela Economia e Sicurezza, ha approvato, a firma del Comandante Generale, Generale C.A. Nino Di Paolo, la circolare n. 83607/2012 dal titolo "Attività della Guardia di Finanza a tutela del mercato dei capitali", articolata in 4 volumi.

⁸⁷ Si parla in questo caso di responsabilità di tipo omissivo.

meccanismi di esenzione trovano attuazione, poi, all'interno del contesto processuale, quando il giudice procede all'accertamento concreto delle responsabilità.

Di fatto la predisposizione del Modello organizzativo è solo il primo passo che la norma richiede all'azienda di fare sul cammino della prevenzione dei fatti di reato. Ad essa deve seguire necessariamente un'efficace applicazione di tutte le procedure previste dal Modello 231 a cui deve aggiungersi un aggiornamento costante del documento considerando le eventuali riforme legislative intervenute e le trasformazioni che nel frattempo possono subire le attività e la struttura dell'impresa. L'efficacia preventiva del Modello di gestione deve essere dimostrata mediante la sua attuazione concreta, per cui, il contenuto del Modello di gestione adottato deve essere oggetto di un processo formativo all'interno dell'azienda in modo da essere chiaro a tutti gli addetti e ai funzionari. Infine l'ente deve attribuire ad un organismo preposto il compito di vigilare costantemente sull'operato dei soggetti aziendali.

Si può quindi affermare che, nell'intento della legislazione vigente, l'esenzione di responsabilità dell'impresa si può configurare solo quando è dimostrato il suo impegno effettivo a prevenire la commissione dei reati previsti dalla normativa 231. Il legislatore non chiede all'azienda di eliminare il rischio di commissione dei reati, ma di attivarsi per ridurlo fortemente.

In ogni caso l'ente sarà esonerato da responsabilità nel caso in cui i soggetti in posizione apicale e i soggetti subordinati abbiano agito nell'esclusivo interesse proprio o di terzi o abbiano commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione predisposti dall'ente.

Il legame oggettivo tra legame e ente costituisce "l'espressione normativa del rapporto di immedesimazione organica"⁸⁸, il quale consiste nella perfetta fusione o

⁸⁸ Così la Relazione governativa al d.lgs. 8 giugno 2001, n.231, in PRESUTTI A.- BERNASCONI A.- FIORIO C. (a cura di), La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. legisl. 8 giugno 2001, n.231, Padova, (2008), p. 16 ss.

identificazione dell'ente con il suo organo, in modo che quanto espresso dall'organo possa ritenersi, senza nessuno schermo, proprio dell'ente.⁸⁹

La responsabilità dell'ente si fonda dunque su due criteri. Secondo il criterio di imputazione soggettiva, la configurazione della responsabilità a carico dell'ente sorge qualora il reato sia stato commesso da una persona fisica legata ad esso da un rapporto funzionale, che può essere di rappresentanza o di subordinazione.

La norma stabilisce anche un criterio di natura oggettiva in base al quale si configura a carico dell'ente la responsabilità amministrativa dipendente da reato; più precisamente, il presupposto alla base di tale responsabilità consiste nel fatto che il crimine (ovviamente rientrante nel novero dei reati espressamente previsti dal d.lgs. 231/2001) sia stato commesso, come già detto precedentemente, nell'interesse dell'ente o a suo vantaggio. L'interesse consiste nella finalità di perseguire una utilità per l'ente, senza che sia necessario il suo effettivo conseguimento; in questo caso quindi la condotta criminosa è posta in essere, in base ad una valutazione ex ante, al fine di conseguire una certa utilità per la società stessa.

Il vantaggio, invece, consiste nella concreta acquisizione da parte dell'ente di una qualsiasi utilità, indipendentemente dalla finalità perseguita; si tratta quindi di una valutazione ex post, che si basa sul concreto beneficio ricavato dalla società a seguito della condotta illecita da parte del soggetto.

Al contrario, l'ente non risponderà se il reato è stato commesso nell'interesse esclusivo dei soggetti che lo hanno posto in essere o nell'interesse di terzi.

Occorre sottolineare che per la determinazione della responsabilità a carico dell'ente è sufficiente anche la sussistenza di una sola delle due condizioni oggettive appena illustrate.

Con quanto affermato, possiamo in conclusione dedurre che ai fini della responsabilità amministrativa, non basta che la realizzazione del reato e i suoi effetti

⁸⁹ GIANNINI M.S., voce Organi (teoria generale), in Enc. Giur. Treccani, vol. XXXI, Milano, (1981), p.46; CROSETTI A., voce Organi, in Dig. Disc pubbl., vol. X, Torino, (1995), p. 461

siano collegati all'ente sul piano oggettivo, ma occorre che sussista anche una colpevolezza dell'ente medesimo, intesa come "rimproverabilità".⁹⁰

6 Struttura del Modello Organizzativo 231

Il Modello di Organizzazione ex D.Lgs. 231/2001 può essere definito come un insieme di principi, regole, disposizioni, schemi organizzativi e connessi compiti e responsabilità, volti alla realizzazione ed alla diligente gestione di un sistema di controllo e monitoraggio delle attività a rischio, al fine di prevenire la commissione dei reati previsti dal Decreto.

Il Legislatore, ha preferito non delineare uno standard di Modello da seguire; infatti gli artt. 5,6,7 del Decreto forniscono solo indicazioni sugli elementi ma non su come i modelli devono essere predisposti.

Per la costruzione dei modelli, alcune indicazioni sono state fornite dalle Linee Guida, elaborate da Confindustria, la cui prima versione risale al 2002 al quale sono seguite una serie di aggiornamenti adeguando il precedente testo alle novità legislative, giurisprudenziali e della prassi applicativa nel frattempo intervenute.

Attraverso le Linee Guida di Confindustria per la costruzione dei Modelli di Organizzazione Gestione e Controllo ex D.lgs. 231/2001, si forniscono standard e parametri oggettivi per consentire la qualificazione dell'adeguatezza di un Modello 231, standard che spesso non riescono ad adeguarsi al moltiplicarsi nel breve tempo dei reati presupposto e ciò ha reso sempre più concreto il rischio di incorrere in una delle sanzioni indicate nel Decreto. Di certo, Le Linee Guida di categoria⁹¹ non sono

⁹⁰ A tal proposito, il legislatore, nella Relazione ministeriale al d.lgs. 231/2001, ha affermato che "ai fini della responsabilità dell'ente occorrerà, dunque, non soltanto che il reato sia ad esso ricollegabile sul piano oggettivo; di più, il reato dovrà costituire anche espressione della politica aziendale o quanto meno derivare da una colpa di organizzazione".

⁹¹ Oltre le già citate Linee Guida elaborate da CONFINDUSTRIA, si ricordano anche: ABI, Linee guida dell'Associazione Bancaria Italiana per l'adozione di modelli organizzativi sulla responsabilità amministrativa delle banche; ANCE, Codice di comportamento delle imprese di costruzione; ANIA, Linee guida per il settore assicurativo ex art. 6, comma 3, D.Lgs. 8 giugno 2001, n.231.

vincolanti né per gli enti appartenenti alle associazioni che le abbiano redatte né per il giudice, ma non sono nemmeno prive di qualsiasi rilievo giuridico: la conformità del modello organizzativo alle Linee Guida può essere ritenuta un indizio qualificato della diligenza organizzativa richiesta nella situazione concreta, cosicché, ogni valutazione giudiziale in contrasto con i criteri orientativi formulati dalle Linee Guida e approvati dal Ministero dovrà, quanto meno, essere adeguatamente supportata e motivata dal giudice.⁹²

Le misure di prevenzione che l'azienda deve predisporre devono riguardare l'intera organizzazione societaria; quindi il Modello 231, non si riferisce più ad un ambito limitato ad alcune attività ma si è passati ad un "Sistema di gestione 231" strutturato e organico che comprende procedure e attività di controllo finalizzate a prevenire il rischio di reati per i quali è prevista l'applicazione della responsabilità amministrativa: un sistema che diventa parte integrante del più generale Sistema di Controllo Interno.⁹³

Secondo le Linee Guida il modello organizzativo dovrebbe tener conto dei seguenti momenti logici:

- a) realizzazione di un'analisi delle aree a rischio- reato per verificare il grado di probabilità che in quella determinata area si realizzi un reato- presupposto;⁹⁴
- b) concreta individuazione della possibilità di realizzazione dei singoli illeciti penali nell'ambito delle diverse aree dell'ente;
- c) verifica dell'esistenza di procedure operative e di quelle di controllo previste dal sistema organizzativo;
- d) verifica della sufficienza o meno di tali procedure a prevenire la realizzazione dei reati e rimedio in caso di lacuna;

⁹² MONGILLO V., Profili critici della responsabilità da reato degli enti alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale, (2009),p.103 ss.

⁹³ F.ATTISANO, R. Rosato, "Modello 231, ERM e riforma della responsabilità amministrativa", Rivista dell'Associazione Italiana Auditors,(2011), pag.21

⁹⁴ c.d. mappatura delle aree a rischio-reato

- e) creazione di un Organismo di Vigilanza, dotato dei necessari poteri di iniziativa e controllo, che operi al fine di verificare l'idoneità del modello e la sua effettiva adozione;
- f) effettività della funzione di controllo dell'Organismo di Vigilanza, che deve essere provata dalla documentazione all'uopo redatta;
- g) adozione di un Codice etico contenente il catalogo dei comportamenti attesi e di quelli vietati, cui devono ispirarsi tutti i soggetti appartenenti all'ente;
- h) previsione di un sistema disciplinare che preveda sanzioni da irrogare ai diversi esponenti dell'ente
- i) previsione di un sistema di formazione e informazione
- j) previsione di un sistema di reporting che consenta a ciascun appartenente all'ente di segnalare all'Organismo di Vigilanza qualunque fatto o accadimento di interesse ai fini del D.Lgs. n. 231/2001.

Inoltre, la prassi applicativa fa registrare una diffusa tendenza a suddividere il modello organizzativo in una Parte Generale ed in una Parte Speciale: la prima rivolta ad individuare la fisionomia istituzionale del modello organizzativo (definizione di istituti, funzioni, nozioni e principi di generale applicazione), la seconda indirizzata a regolare le specifiche cautele, dirette a ridurre il rischio-reato.

In particolare, la Parte Generale contiene il modello di governance e i sistemi organizzativi e di controllo interno adottati dall'ente, la dislocazione dei garanti e dei poteri, le procedure manuali ed informatiche che integrano i principali schemi di gestione dell'area amministrativa e contabile, contempla poi il Codice etico e i protocolli di gestione del rischio reato.

6.1. Il Modello di Governance, i sistemi organizzativi e di controllo interno

L'incipit del modello organizzativo deve essere riservato alla configurazione giuridica societaria e ai correlati organi di amministrazione e controllo che lo compongono, dando atto di eventuali modificazioni intercorse nel tempo. Ciò che si mira ad

ottenere è il disegno della ripartizione dei poteri (e dei correlativi doveri) all'interno della società, in modo da individuare i garanti, ossia il novero dei soggetti chiamati ad assumere responsabilità di direzione e di gestione dei diversi compartimenti dell'ente.⁹⁵

In particolare, spetta all'organo di vertice (Consiglio di amministrazione) approvare le deleghe ed i poteri di firma con riguardo al compimento di determinati atti, prevedendo una puntuale indicazione delle soglie di approvazione delle spese.

L'intero sistema di deleghe dovrà, infatti, essere minuziosamente formalizzato.⁹⁶

Ove presenti, andranno indicati anche gli organismi interni che svolgono funzioni di coordinamento operativo e di controllo, i quali integrano un controllo di secondo grado, prevalentemente orientato a verificare la conformità dell'agire societario alle procedure aziendali e ai sistemi di controllo già contemplati da tali procedure.

In questo contesto, particolare rilievo assume l'attività di Internal Auditing, che andrà indicata nel modello organizzativo, descrivendone i compiti, la strategia e la metodologia di analisi. 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.⁹⁷

6.2. Il Codice etico

Un fondamentale passo da compiere nell'implementazione del modello organizzativo è lo sviluppo, all'interno della società, di un clima culturale che dissuada dalla commissione dei reati- presupposto. A tal fine, un'importante operazione consiste nella redazione del Codice etico aziendale, il quale contiene tutti i principi cui si orienta la mission aziendale, indicando le regole di correttezza nei comportamenti di

⁹⁵ C. PIERGALLINI, La struttura del modello di organizzazione, gestione e controllo del rischio-reato cit, p.161

⁹⁶ G. CHERUBINI, La nuova responsabilità delle persone giuridiche, Milano, (2011), p.21

⁹⁷ M. BRAMIERI – D. BAGAGLIA – A. FIRMANI – A. MIFSUD, La responsabilità amministrativa e penale delle imprese, Milano, (2008), p. 290 ss.

tutto il personale dell'azienda, dei professionisti e dei collaboratori che agiscono per conto dell'ente.

È un mezzo efficace a disposizione delle imprese per prevenire comportamenti irresponsabili o illeciti da parte di chi opera in nome e per conto dell'azienda, perché introduce una definizione chiara ed esplicita delle responsabilità etiche e sociali dei propri dirigenti, quadri, dipendenti e spesso anche fornitori verso i diversi gruppi di stakeholder.

Il Codice etico è divenuto uno strumento per lo stakeholder manager, un mezzo che garantisce la gestione equa ed efficace delle transazioni e delle relazioni umane, che sostiene la reputazione dell'impresa, in modo da creare fiducia verso l'esterno.

La struttura di tali Codici può variare da impresa ad impresa, ma generalmente viene sviluppato su quattro livelli:

1. I principi etici che raccolgono la missione imprenditoriale ed il modo più corretto di realizzarla.
2. Norme etiche per le relazioni dell'impresa: in questa sezione vengono elencate le norme al quale gli esponenti aziendali si devono attenere.
3. Gli standard etici di comportamento: (Principio di legittimità morale, equità ed eguaglianza, tutela della persona, diligenza, trasparenza, onestà, riservatezza, imparzialità, tutela ambientale, protezione della salute..)
4. Le sanzioni interne per la violazione delle norme del Codice.
5. Gli strumenti di attuazione: l'attuazione dei principi contenuti nel Codice Etico è affidata di solito ad un Comitato etico. Ad esso è affidato il compito di diffondere la conoscenza e la comprensione del Codice in azienda, monitorare l'effettiva attivazione dei principi contenuti nel documento, ricevere segnalazioni in merito alle violazioni, intraprendere indagini e comminare sanzioni.

La metodologia realizzativa prevede:

1. Un'analisi della struttura aziendale per l'individuazione della mission e dei gruppi di stakeholder di riferimento.

2. La discussione interna per l'individuazione dei principi etici generali da perseguire, le norme etiche per le relazioni dell'impresa con i vari stakeholder, gli standard etici di comportamento.
3. La consultazione degli stakeholder per la condivisione dei principi etici generali e particolari per ogni gruppo
4. L'adeguamento dell'organizzazione aziendale, delle procedure, delle politiche imprenditoriali con riferimento ai principi etici del Codice In particolare riveste una notevole importanza l'attività di formazione etica finalizzata a mettere a conoscenza tutti i soggetti dell'impresa dell'esistenza del Codice e di assimilarne i contenuti. Il dialogo e la partecipazione sono indispensabili per far condividere a tutto il personale i valori presenti in questo importante documento.

A differenza degli altri strumenti di corporate governance, il Codice etico è l'unico documento che, a prescindere dalla complessità aziendale, deve essere sempre presente in caso di adozione del modello organizzativo esimente.⁹⁸

6.3. Il sistema disciplinare

La violazione e/o l'aggiramento del Modello e delle Procedure espongono, o possono potenzialmente esporre, le persone fisiche a responsabilità di natura penale e la società a gravi responsabilità di natura penale- amministrativa che possono comprometterne la sopravvivenza.

Elemento necessario, ovvero richiesto dalla legge e dalla giurisprudenza, per garantire l'efficacia dei Modelli di organizzazione, gestione e controllo di cui al D. Lgs. 231/2001, è la previsione di uno specifico Sistema sanzionatorio e disciplinare che intervenga allorché il personale ed i destinatari violino una Procedura preventiva

⁹⁸ A. DE VIVO – C. DE LUCA , Il D.Lgs. 231/2001 tra testo attuale e scenari futuri, Milano, (2012), p.157

prevista dal Modello. Si tratta quindi di un sistema che deve configurarsi come interno e ulteriore rispetto a quello eventuale penale o amministrativo.⁹⁹

Il sistema sanzionatorio e disciplinare si inquadra principalmente nell'ambito dei più generali obblighi- previsti dagli articoli 2104, 2015, 2016 e 2118 e 2119 del Codice Civile- di diligenza ed obbedienza del lavoratore nonché di tipo sanzionatorio, così come integrati dallo Statuto dei lavoratori e dai CCNL, che riconoscono al datore di lavoro un autonomo potere di predisposizione di un codice disciplinare.

L'obiettivo di tale sistema è quello di scoraggiare pratiche scorrette e illecite da parte del personale della società e degli altri destinatari, punendo comportamenti che comportano la violazione del Modello e delle Procedure tesi a garantire un corretto e lecito comportamento nello svolgimento delle prestazioni lavorative o contrattuali.

Il sistema sanzionatorio si attiva anche nel caso di violazioni di alcune procedure aziendali che, pur non prefigurando ipotesi vere e proprie di reati ai sensi del Decreto Legislativo 231/2001, sono da considerarsi rilevanti per i riflessi organizzativi, economici, legali o reputazionali della società.

Il sistema sanzionatorio deve prevedere sanzioni commisurate alla gravità dell'infrazione commessa e deve rispettare le disposizioni contenute nello Statuto dei Lavoratori e nei vigenti CCNL. Le caratteristiche che il sistema disciplinare deve soddisfare, a giudizio delle principali indicazioni dottrinali e delle prime decisioni giurisprudenziali, sono le seguenti:

- Deve sanzionare il contravventore del Modello indipendentemente dal fatto che da quella violazione sia scaturita la commissione di un reato
- Deve essere redatto per iscritto ed adeguatamente divulgato mediante una puntuale e capillare informazione e formazione del personale anche al di là di quanto prescritto dall'articolo 7 dello Statuto dei lavoratori
- Deve essere armonico e compatibile con le norme di legge e contrattuali che regolano il rapporto esistente tra la società ed i soggetti ai quali si applica il Modello
- Deve svolgere una funzione preventiva della commissione delle infrazioni alle Procedure efficace, sicché le sanzioni dovranno essere dotate di una reale forza deterrente

⁹⁹ Così, Trib. Bari, (ord,) 18 aprile 2005, www.rivista231.it.

- Deve rispondere alla regola del contraddittorio, implicando il coinvolgimento della persona imputata di aver violato la regola, la quale, avendo conosciuto l'addebito, deve poter addurre, in tempi ragionevoli, giustificazioni a sua difesa
- Con particolare riguardo ai soggetti apicali, il sistema deve essere presidiato da un apposito organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo, l'Organismo di Vigilanza appunto

In caso di condotta elusiva da parte del personale dipendente e sottoposto all'altrui guida, la procedura di individuazione del comportamento "deviante" e di comminazione della "pena privata" da parte della società consterà sempre dei medesimi passaggi. Garante della piena efficacia del Modello e delle Procedure è l'Organi di Vigilanza il quale, attraverso la propria autonoma attività ispettiva ovvero dietro segnalazione giunta da soggetti terzi interni ed esterni alla società, circoscrive le situazioni potenzialmente di pericolo o individua le condotte adottate in spregio delle Procedure, del Modello o del Codice Etico.

Rilevata l'infrazione l'organismo di Vigilanza deve richiedere all'autore dell'infrazione stessa di giustificare in forma scritta la propria condotta al fine di consentire il contraddittorio ed il diritto di difesa del responsabile.

Qualora le giustificazioni siano ritenute insufficienti o addirittura esse non giungano, l'Organismo di Vigilanza potrà provvedere alla segnalazione dell'infrazione rilevata all'Ufficio competente all'irrogazione delle sanzioni che generalmente è l'Ufficio del Personale perché provveda accompagnando la segnalazione con una propria breve relazione recante la proposta sanzione, informando contemporaneamente la Direzione Generale.

La sanzione per quanto riguarda gli amministratori potrà essere l'introduzione di meccanismi automatici di decadenza o sospensione e la revoca dell'incarico. Per quanto riguarda, invece, i lavori parasubordinati ed i collaboratori esterni potrà prospettarsi la diffida all'osservanza del modello organizzativo e la risoluzione per inadempimento del rapporto contrattuale in essere.¹⁰⁰

¹⁰⁰ P. MAGRI- M. DE PAOLIS, Modelli di organizzazione ed esenzione di responsabilità aspetti pratici ed operativi, in CANZIO G. – CERQUA L.D. – LUPARIA L., Diritto penale delle società, Padova, (2014), p.963.

6.4. Organismo di vigilanza

Com'è noto, un tratto saliente del modello italiano di compliance penale è (come si evince testualmente dall'art. 6, comma 1, lett. b), d.lgs. 231/2001) la previsione di un nuovo presidio di controllo all'interno degli enti: l'Organismo di Vigilanza.¹⁰¹

L'intento del legislatore era "istituzionalizzare" il controllo indipendente sul Modello organizzativo avente funzione esimente della responsabilità dell'ente, specie in relazione ai processi decisionali di vertice. Lo si desume dai tre cruciali compiti assegnati all'OdV dal citato art. 6, dedicato proprio ai reati commessi dai soggetti apicali:

- a) Vigilare sull'osservanza del modello di prevenzione, quindi sulla rispondenza dei comportamenti endo-aziendali alle regole cautelative normate dall'ente;
- b) Verificare l'efficacia del Modello organizzativo, ossia la concreta idoneità a prevenire il verificarsi dei reati enumerati nel decreto;
- c) Curare il suo aggiornamento, qualora intervengono significative violazioni dei protocolli preventivi, variazioni normative o modifiche del sistema organizzativo aziendale.

In breve, l'effettività del Modello organizzativo, l'esigenza che esso non resti solo sulla carta, quindi la sua capacità di esonerare da responsabilità la società in caso di commissione di un reato- presupposto, dipende, essenzialmente, dall'adeguatezza ed efficienza operativa della nuova struttura di controllo. L'OdV, dunque, è il perno soggettivo del sistema di contenimento del rischio-reato. Nondimeno, esso ancora stenta ad assumere una chiara e compiuta fisionomia, in termini di articolazione interna, competenze e responsabilità.

Nel silenzio del legislatore, ci si è lasciati orientare dalla "qualità" dei poteri che devono essere assegnati all'OdV alla luce del disposto normativo, "autonomi poteri di iniziativa e controllo", e del tipo di compiti da assolvere.

¹⁰¹ Le attività dell'OdV non possono essere affidate in outsourcing, come espressamente rimarcato nella Relazione di accompagnamento al d.lgs 231/2001

Sviluppando tali stringate indicazioni, la best practice ha enucleato tre requisiti essenziali che la nuova articolazione organizzativa deve soddisfare: autonomia/indipendenza; professionalità; continuità d'azione¹⁰².

- a) L'autonomia implica sia libertà di iniziativa e quindi che i poteri di ispezione e vigilanza dell'OdV siano attivabili *motu proprio*¹⁰³, senza necessità di autorizzazioni; sia la possibilità di disporre di un budget finanziario adeguato.¹⁰⁴ Strettamente correlato è il concetto di indipendenza che si sostanzia nella non soggezione alla linea direttiva dell'ente e nell'assenza di qualsiasi interferenza o condizionamento gerarchico¹⁰⁵, nonché nella possibilità di riportare direttamente all'organo amministrativo apicale. Occorre, quindi, che all'organismo venga riconosciuta una posizione in qualche modo di vertice nella struttura medesima¹⁰⁶, tale da assicurarne la necessaria terzietà di giudizio. L'indipendenza deve riguardare non solo l'organismo come plenum, ma anche individualmente i suoi membri. Questi, da un lato, dovranno soddisfare requisiti soggettivi di onorabilità, assenza di conflitti di interesse con l'azienda¹⁰⁷ e di rapporti di parentela con gli organi sociali e con il vertice, e dall'altro dovranno essere privi di mansioni operative di gestione che finirebbero ineluttabilmente per minarne l'autonomia di giudizio nell'effettuare i doverosi controlli sul rispetto del Modello.¹⁰⁸ Nell'ipotesi di composizione plurisoggettiva dell'OdV, le Linee Guida di Confindustria distinguono correttamente a seconda che i suoi componenti siano tutti esterni ovvero interni all'azienda: nel primo caso i

¹⁰² PISANI, I Requisiti di Autonomia e di Indipendenza dell'Organismo di Vigilanza istituito ai sensi del d.lgs. 231/2001, in questa Rivista, (2008), p.155 ss.

¹⁰³ PIERGALLINI, I Modelli organizzativi, cit., 173.

¹⁰⁴ CONFINDUSTRIA, Linee guida, cit., 61.

(<https://www.confindustria.it/notizie/dettaglio-notizie/linee-guida-confindustria-231-modelli-organizzativi>)

¹⁰⁵ ABI, Linee guida per l'adozione di Modelli organizzativi sulla responsabilità amministrativa delle banche, (2004), 24.

¹⁰⁶ FIORELLA, voce Responsabilità, cit., 5105.

¹⁰⁷ BASTIA, I Modelli Organizzativi, in LATTANZI (a cura di), Reati e responsabilità degli enti, Milano, (2005), p.162.

¹⁰⁸ SFAMENI, La Responsabilità, cit., p. 92.

requisiti di autonomia/indipendenza vanno riferiti ai singoli membri, mentre nel caso di composizione mista, non potendosi pretendere una assoluta indipendenza da soggetti incardinati nella struttura dell'ente, il grado di indipendenza dell'Organismo dovrà essere valutato nella sua globalità.¹⁰⁹

- b) I componenti dell'OdV devono, altresì. Garantire professionalità, dunque possedere le competenze necessarie a svolgere le complesse funzioni previste dalla legge. Di norma occorreranno cognizioni multidisciplinari, da cui poter distillare le tecniche necessarie per verificare il rispetto del Modello a tutti i livelli aziendali, scoprire i reati già commessi e individuarne le cause. Decisive, ovviamente, sono anche le conoscenze giuridiche, a cominciare da quelle penalistiche, dal momento che, nella specie, si tratta di neutralizzare/contenere i rischi di commissione di reati, In funzione integrativa, talune competenze potranno essere acquisite anche con l'ausilio di consulenti esterni.
- c) Infine l'OdV dovrebbe sorvegliare sulla costante attuazione del Modello: si richiede, quindi, continuità di azione, Ciò, specialmente nelle realtà aziendali di grandi o medie dimensioni, impone una struttura dedicata a tempo pieno all'attività di vigilanza sul Modello.¹¹⁰

Un elemento fondamentale per consentire all'OdV di svolgere efficacemente i propri compiti è rappresentato dai flussi informativi. Il d.lgs. n. 231/2001 si limita, tuttavia, a prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli, non introducendo, al contrario, specifiche norme in tema di flussi informativi, anche se risulta di tutta evidenza che le comunicazioni con gli organi sociali e con coloro che operano nella struttura dell'ente possano assicurare, da un lato, la vigilanza sull'efficacia del modello attraverso l'analisi delle risultanze della periodica attività di controllo e, dall'altro, l'accertamento delle anomalie procedurali che hanno reso possibile il verificarsi di un illecito.

¹⁰⁹ CONFINDUSTRIA, Linee Guida, cit., 58.

¹¹⁰ CONFINDUSTRIA, Linee Guida, cit., p.60.

In base ai destinatari della comunicazione, è possibile distinguere i flussi informativi verso l'OdV, provenienti dagli organi di controllo, dagli organi sociali e dalle funzioni che operano nelle aree a rischio, dai flussi informativi dall'OdV, ossia diretti agli organi di controllo¹¹¹.

Quanto alla prima categoria, si precisa che, oltre alle segnalazioni anonime in occasione di presunte violazioni, è opportuno che l'OdV riceva flussi informativi periodici. In particolare, dovrebbero essere trasmesse all'OdV con cadenza semestrale o annuale le risultanze periodiche dell'attività di controllo, con riferimento, in particolare, al livello di attuazione del modello, al rispetto dei principi di controllo e comportamento e alle risultanze delle verifiche a vario titolo espletate.

Le segnalazioni anonime, invece, rientrano nella più ampia categoria dei flussi non periodici, bensì ad hoc, cioè da effettuarsi, con la massima tempestività. Al verificarsi di specifici eventi, quali violazioni delle prescrizioni del modello organizzativo, fatti o comportamenti che potrebbero far sorgere una responsabilità per l'ente, avvio di procedimenti giudiziari a carico della società, anomalie rispetto ai principi delineati dai protocolli interni, decisioni relative a modifiche dell'assetto societario.

In alcuni ordinamenti, quali quello statunitense o britannico, è stato introdotto un sistema di procedure di segnalazione anonima denominato whistleblowing.¹¹²

Anche nel nostro sistema, non di rado, i modelli di organizzazione, gestione e controllo, pur in assenza di un'esplicita norma di riferimento, prevedono la creazione di una casella e mail destinata a ricevere le segnalazioni in merito a presunte

¹¹¹ M. MALAVASI, La regolamentazione dei flussi informativi nel Modello Organizzativo ex d.lgs. 231/2001, (2010), p.85 ss.

¹¹² La legge del 6 novembre 2012, n. 190 ha introdotto la "tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti". In particolare, l'art.1, comma 51, della predetta legge prevede che "fuori dai casi di responsabilità a titolo di calunnia o diffamazione, il pubblico dipendente che denuncia all'autorità giudiziaria o alla Corte dei Conti ovvero riferisce del rapporto di lavoro, non può essere sanzionato, licenziato o sottoposto ad una misura discriminatoria, diretta o indiretta, avente effetti sulle condizioni di lavoro per motivi direttamente o indirettamente alla denuncia" ed, inoltre, "nell'ambito del procedimento disciplinare, l'identità del segnalante non può essere rivelata, senza il suo consenso, sempre che la contestazione dell'addebito disciplinare sia fondata, in tutto o in parte, sulla segnalazione, l'identità può essere rivelata ove la sua conoscenza sia assolutamente indispensabile per la difesa dell'incolpato."

violazioni delle disposizioni del modello e delle procedure, con la promessa di garantirne l'anonimato.

Si segnala, dunque, come sia fondamentale assicurare che la segnalazione non avrà ripercussioni negative sulla posizione di lavoro del segnalante e che ad esse seguiranno azioni opportune da parte dell'organismo preposto. A ciò si aggiunga che l'OdV deve impegnarsi, a non divulgare all'esterno le notizie apprese e a conservare debitamente il materiale informativo, cui devono avere accesso solo i componenti dello stesso.

Con quanto sopra riportato, fa ritenere che l'OdV svolga essenzialmente un ruolo di verifica e di controllo, semmai propulsivo, ma mai impeditivo nei confronti di comportamenti illeciti che dovesse ravvisare. Le decisioni finali, infatti, spettano sempre all'organo amministrativo al quale l'OdV può eventualmente suggerire le varie strade percorribili. Non sembra, perciò, configurabile in capo ad esso una specifica posizione di garanzia che, laddove contrariamente riscontrabile, giustificerebbe la riconoscibilità di una responsabilità penale per omesso controllo in capo ai suoi membri: l'OdV, invero, è un organo sprovvisto di poteri gestori ed impeditivi, avendo solo il potere di controllo sulla funzionalità e l'adeguatezza del modello di organizzazione; pertanto, la responsabilità dei membri dell'OdV non potrà che assumere una coloritura esclusivamente civilistica, in punto di imperizia o consulenza negligente.¹¹³

Tutti i componenti dell'OdV sono, pertanto, solidalmente responsabili nei confronti dell'ente per i danni derivanti dall'inosservanza degli obblighi di diligenza nell'adempimento delle proprie funzioni e degli obblighi di legge imposti per l'espletamento dell'incarico.

7 Le persone giuridiche straniere

Sin dall'introduzione all'interno dell'ordinamento giuridico italiano della responsabilità amministrativa degli enti collettivi, non sono mancate perplessità circa

¹¹³ C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit. , p.32

l'effettiva portata del concetto di ente introdotto dal primo articolo del decreto. Tra i vari dubbi sollevati, particolare rilievo acquista l'interrogativo inerente la possibilità di ricondurre alla sopracitata categoria solamente gli enti di diritto italiano o, al contrario, anche soggetti giuridici collettivi di diritto straniero.

In una delle prime decisioni giurisprudenziali note si è affermato il principio secondo cui le norme del d.lgs n. 231 del 2001 sono applicabili anche nei confronti di società straniera che, pur avendo la sede principale all'estero, operi in Italia tramite un'associazione temporanea di imprese nazionali. A fondamento dell'applicabilità della normativa italiana si è sostenuto che le persone giuridiche straniere, nel momento in cui operano nel nostro Paese, anche eventualmente tramite un'associazione temporanea di imprese, hanno il dovere di osservare e rispettare la legge italiana, indipendentemente dall'esistenza o meno nel Paese di appartenenza di norme che regolino in modo analogo la medesima materia.

Ciò in quanto, seppur sia pacifica la natura composita dell'illecito amministrativo derivante da reato, deve pur sempre riconoscersi come sia il luogo della commissione del reato ad assumere rilievo nel sistema della responsabilità degli enti. Se la mancata adozione e l'inefficace attuazione di Modelli di Organizzazione e di Gestione ovvero la disorganizzazione dell'ente hanno reso possibile la realizzazione in Italia di un reato da cui deriva una responsabilità amministrativa dell'ente stesso, per cui è competente ex art. 36 D.lgs. 231/2001 il giudice penale, non vi è ragione per cui debba operarsi una scissione della fattispecie complessa.

Per il fatto che l'ente con sede in Italia realizzi in territorio straniero, il legislatore ha previsto espressamente l'applicabilità della legge italiana, mutuando pressoché integralmente la disciplina prevista dal Codice penale per i reati commessi da cittadini all'estero. L'art. 4 stabilisce, infatti, che “nei casi e alle condizioni previste dagli articoli 7, 8, 9 e 10 del codice penale, gli enti aventi nel territorio dello Stato la sede principale rispondono anche in relazione ai reati commessi all'estero, purché nei loro confronti non proceda lo Stato del luogo in cui è stato commesso il fatto. Nei casi in cui la legge prevede che il colpevole sia punito a richiesta del Ministero della Giustizia, si procede contro l'ente solo se la richiesta è formulata anche nei confronti di quest'ultimo.”

Perché, quindi, un'impresa possa essere ritenuta responsabile dell'illecito amministrativo dipendente da un reato commesso all'estero, non sarà sufficiente che un soggetto in posizione apicale o para-apicale abbia commesso al di là dei confini nazionali uno dei reati presupposto nell'interesse o a vantaggio dell'ente stesso, e che quest'ultimo sia altresì soggettivamente imputabile. Sarà necessario, infatti, che si verifichino le condizioni previste dagli artt. 7, 8, 9, 10, che l'ente abbia in Italia la propria sede principale, che per lo stesso fatto non proceda lo Stato del luogo in cui esso è stato commesso e che sussista, ove preveduta dalla legge, la condizione di procedibilità costituita dalla richiesta di procedere contro l'ente da parte del Ministro della Giustizia o della querela.¹¹⁴

A sostegno di tale principio viene anche il detto dell'art. 4 D.lgs 231/2001, che nel disciplinare l'ipotesi speculare del reato del reato commesso all'estero nell'interesse o a vantaggio di un ente avente la sede principale in Italia, ribadisce proprio la centralità del reato presupposto nella struttura della fattispecie, riconoscendo una competenza solo residuale del giudice italiano.

Si osservi, da ultimo, come il legislatore, nell'indicare all'art.1, co. 2. D.lgs. 231/2001 i destinatari della disciplina dettata, abbia volutamente usato una formula ampia ("le società e le associazioni anche prove di personalità giuridica") che consente agevolmente di ricomprendere anche le società aventi la propria sede all'estero.

¹¹⁴ Al riguardo, la dottrina ha sottolineato come la previsione delle condizioni sostanziali e di procedibilità enunciate dagli artt. 9 e 10 cp., combinata con l'ulteriore previsione della necessità dell'istanza del Ministro anche nei confronti degli enti, renda assai ardua la perseguibilità della fattispecie commesse all'estero da enti italiani, al punto da far ritenere che l'ente sarà perseguito soltanto per i falsi nummari previsti dall'art. 7 c.p. ed inseriti nel catalogo dei reati presupposto. Così MANACORDA, op. cit., 102.

CAPITOLO 3

GRUPPI SOCIETARI E D.LGS. 231/2001: INQUADRAMENTO E ASPETTI CRITICI

Sommario: Premessa - 1 La Responsabilità all'interno dei gruppi: ascendente/discendente- 2 Codice etico nei Gruppi di società – 3 L'adozione ed efficace attuazione del Modelli organizzativi nei Gruppi di Società: modelli di gruppo o modelli delle singole società? - 4L'Organismo di Vigilanza nei Gruppi di società – 5 Il contratto di Direzione e Coordinamento come strumento per la gestione di compliance di gruppo – 6 Le problematiche relative ai Gruppi con Capogruppo di diritto straniero-7 I Gruppi transnazionali

Premessa

Con quanto esposto nei paragrafi precedenti, si è inteso mettere in evidenza come, la rilevanza economica del Gruppo è oggi un fenomeno indiscutibile: anche per le imprese di medie dimensioni, il Gruppo di società rappresenta oggi il format giuridico prevalente.

Seppure in mancanza di una specifica disciplina da parte del Legislatore per la fattispecie del Gruppo di Società, negli ultimi anni si è passati da un insieme di disposizioni isolate ad un progressivo consolidamento di un insieme coordinato di regole che disciplinano la materia. Dunque se in campo civilistico si è ormai in presenza di un sistema organico caratterizzante il Gruppo di società, in materia di responsabilità amministrativa degli enti, invece (nonostante i molteplici interventi sul testo originale del d.lgs. 231/2001) non si fa cenno alcuno al Gruppo di imprese. Si è dunque presentato il problema di ovviare al rischio di migrazione automatica di responsabilità all'interno dei Gruppi.¹¹⁵

¹¹⁵ A riguardo si veda: BONAZZA P., Gruppi societari e vantaggi compensativi, in Diritto e Pratica delle Società, n. 24, 2005;

Il Modello cui si ispira il d.lgs. 231 è fondato su un ente singolarmente considerato, nulla disponendosi in ordine alla disciplina dei Gruppi di società. Spetta dunque all'interprete evidenziare le possibili modalità di responsabilità degli enti da reato in "ambito Gruppi", nel rispetto delle garanzie costituzionali penalistiche che, oltre a costituire imperativa sede espressa del d.lgs 231, stante il disposto di cui all'art.1, "principio di legalità."

D'altra parte dobbiamo subito dirimere una possibile controversia:

- Una cosa è l'approccio alla disciplina civilistica del Gruppo di cui sono stati tracciati i lineamenti essenziali nei capitoli precedenti;
- Ben altra questione è la considerazione del Gruppo nel contesto della responsabilità amministrativa degli enti e delle società, quale "nuovo segmento" del diritto societario di chiara marca punitivo-penalistica.

Tale scelta di politica legislativa muove certamente dalla considerazione che le società facenti parte di un Gruppo costituiscono entità autonome ed indipendenti, ciascuna dotata di una propria soggettività giuridica. Né discende che esso, non può essere considerato alla stregua di un "ente" e, dunque, non costituisce diretto centro di imputazione della responsabilità da reato, non essendo inquadrabile tra i soggetti indicati dall'art.1 del decreto 231. In altri termini, non appare in alcun modo configurabile una responsabilità diretta del Gruppo ai sensi del D.lgs 231/2001. Tuttavia, è pacifico che i singoli enti collettivi che compongono il Gruppo possano essere individualmente chiamati a rispondere dei reati commessi nello svolgimento dell'attività di impresa, purché, ai sensi dell'art.5 del decreto, si tratti di reati commessi nel loro interesse ovvero a loro vantaggio da soggetti aventi con lo stesse un rapporto qualificato.

PISTORELLI L., brevi osservazioni sull'interesse di gruppo quale criterio oggettivo di imputazione della responsabilità da reato, in *La responsabilità amministrativa degli enti*, n.1, 2006.

1 La Responsabilità all'interno dei Gruppi: Ascendente/ Discendente

Nell'ambito dei gruppi societari assume importanza preminente la questione relativa alla c.d. estensione/propagazione della responsabilità da una società ad altre appartenenti al medesimo Gruppo.

Tale questione genera due diversi ordini di riflessione: da un lato, si tratta di chiarire se, in caso di reato commesso da soggetto inserito nella organizzazione della controllante, unitamente alla responsabilità di tale società sia configurabile anche una responsabilità della controllata e, dall'altro, se in caso di reato commesso da soggetto inserito nella organizzazione di una società controllata, unitamente alla responsabilità di questa sia configurabile anche una responsabilità in capo alla capogruppo.

Per quanto concerne la prima questione, relativa alla configurabilità di una responsabilità ex D.lgs 231/2011 della controllata per i reati commessi da soggetti appartenenti alla capogruppo (c.d. responsabilità discendente), sembrerebbe doversi escludere la possibilità di imputare siffatta responsabilità in capo alla società controllate.¹¹⁶

Infatti pur essendo, nell'ambito dei gruppi, le società controllate soggette al potere di direzione e coordinamento della controllante¹¹⁷; a tali società non può essere certamente imputata alcuna responsabilità per i reati commessi da soggetti aventi un rapporto qualificato esclusivamente con la controllante e nell'esclusivo interesse o vantaggio di tali società, unicamente sulla base della appartenenza di tale società al gruppo.¹¹⁸

Diverso si presenta il panorama giurisprudenziale e dottrinale allorquando si prospetti il problema di un allargamento di responsabilità a tipologia ascendente. In assenza di

¹¹⁶ T. MENDUTO, La responsabilità amministrativa nei gruppi societari, PuntoSicuro, Quotidiano sulla sicurezza sul lavoro, 2015.

¹¹⁷ ai sensi dell'art. 2359 c.c.

¹¹⁸ La questione è stata affrontata anche dalla Suprema Corte di Cassazione, Cass. Pen., Sez. VI, sent. N. 2658 del 2014, la quale ha evidenziato la impossibilità di imputare la responsabilità da reato alle società controllate sulla scorta della mera esistenza del rapporto di controllo o di collegamento all'interno di un gruppo di società, precisando, altresì, la necessità ai fini della attribuzione di tale responsabilità, della ricorrenza in concreto dei criteri di imputazione della responsabilità da reato anche in capo alla controllata.

specifici riferimenti normativi, in dottrina si sono sviluppati diversi orientamenti, i quali hanno fornito differenti soluzioni in relazione al problema della imputazione della responsabilità amministrativa alle singole società del gruppo e, in particolare, in relazione alla posizione della società capogruppo.

Una parte della dottrina aveva accolto la tesi della configurabilità di una ipotesi di responsabilità diretta del Gruppo societario, da considerarsi quale autonomo centro di imputazione. Conseguentemente, secondo tale orientamento, in caso di commissione da parte di uno dei soggetti di cui all'art. 5 D.lgs 231/2001 di uno dei reati ricompresi nel catalogo dei reati-presupposto, qualora risultasse che il soggetto avesse agito nell'interesse ovvero a vantaggio dell'intero gruppi sarà configurabile una responsabilità da reato del gruppo medesimo e, per esso, della società capogruppo, a prescindere dal fatto che essa abbia o meno effettivamente tratto un vantaggio della condotta illecita. Tale dottrina, quindi, giungeva a giustificare la estendibilità della responsabilità da reato a tutte le società facenti parte del gruppo societario.¹¹⁹

Altro orientamento giungeva, invece, a ritenere configurabile una responsabilità diretta della capogruppo anche per i reati commessi dalle società controllate, prospettando l'esistenza in capo alla stessa di una posizione di garanzia ex art.40, comma 2, c.p., in virtù della quale sulla stessa incomberebbe un generico obbligo di vigilanza sull'operato delle controllate.

Altra parte della dottrina ha, invece, sottolineato la iniquità di siffatta soluzione interpretativa ponendo, invece, in evidenza la necessità di valutare se la società capogruppo abbia o meno tratto un effettivo vantaggio dalla condotta illecita posta in essere, nonché il suo grado di immedesimazione ed influenza nel determinare dalla condotta illecita.¹²⁰

In definitiva, secondo tale orientamento la responsabilità amministrativa da reato della capogruppo sarebbe configurabile unicamente laddove i reati siano stato

¹¹⁹ F. SGUBBI, Gruppo societario e responsabilità delle persone giuridiche ai sensi del D.lgs. 231/2001, in *Rivista* 231, 2006; C.PIERGALLINI, reati e responsabilità degli enti, (2010), Giuffrè, pp.127 e ss.

¹²⁰ A. DE VIVO, Il professionista e il D.Lgs. 231/01. Il modello esimente tra strumenti operativi e corporate governance.

effettivamente commessi anche nell'interesse o a vantaggio della stessa e purché essa abbia avuto un ruolo concreto nella commissione degli stessi¹²¹.

Di tale questione è stata investita la Suprema Corte di Cassazione, la quale, ha chiarito la impossibilità di imputare alla società controllante la responsabilità per i reati commessi nell'ambito delle società controllate unicamente sulla scorta del dato relativo alla appartenenza della società ad un Gruppo, non potendosi sostenere, che tale appartenenza implichi necessariamente che le scelte compiute dalla controllata perseguano un interesse che trascende quello proprio per coincidere con un interesse più ampio, riferibile, appunto, all'intero raggruppamento di imprese o alla società capogruppo.¹²²

Dunque, la responsabilità della capogruppo o di altra società del gruppo per il reato commesso dal soggetto collegato alla stessa da un rapporto qualificato non comporta necessariamente l'estensione della responsabilità ad altra società del medesimo Gruppo, fatta eccezione per le ipotesi in cui i soggetti apicali o subordinati di quest'ultima abbiano concorso nella commissione del reato, perseguendo un interesse proprio anche della società alla quale appartengono e che dalla commissione di tale reato tale società abbia tratto un effettivo vantaggio o comunque conseguito una utilità. In altri termini, secondo l'orientamento espresso dalla giurisprudenza di legittimità, affinché la controllante/ holding possa essere ritenuta responsabile per il reato commesso nell'ambito della controllata, occorre che nella consumazione dell'illecito, unitamente al soggetto che agisce per conto della controllata, abbia concorso una persona fisica che agisca per conto della holding stessa, perseguendo anche l'interesse di quest'ultima e che dalla commissione di tale reato la holding abbia tratto una specifica e concreta utilità o comunque conseguito un concreto vantaggio.¹²³

¹²¹ E. AMODIO, *Rischio penale di impresa e responsabilità degli enti nei gruppi multinazionali*, (2007), 1289.

¹²² In questo senso Cass. Pen., Sez. V, 20 giugno 2011, n. 24583; che, con riferimento alla questione della automatica ascrizione della responsabilità in capo alla società controllante sulla base della appartenenza della controllata al Gruppo parla di "inaccettabile automismo".

¹²³ In questo senso Cass. Pen., Sez. V, 20 giugno 2011, n. 24583; conf. Cass. Pen., Sez. V, 29 gennaio 2013; Cass. Pen. Sez. II, 9 dicembre 2016, n. 52316.

In definitiva, la holding/controllante potrà essere ritenuta responsabile per il reato commesso nell'attività della controllata qualora:

- Sia stato commesso uno dei reati ricompresi nel catalogo dei cc. Reati-presupposto;
- Il reato- presupposto sia stato commesso nell'interesse o vantaggio immediato e diretto, oltre che della controllata, anche della controllante;
- Persone fisiche collegate in via funzionale alla controllante abbiano partecipato alla commissione del reato presupposto recando un contributo causalmente rilevante, provato in maniera concreta e specifica.

Concludendo sul punto, alla luce di tale consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, affinché una determinata società del gruppo (sia essa la controllante/holding ovvero una società della stessa controllata) possa essere ritenuta responsabile ai sensi del D.Lgs 231/01 per i reati commessi all'interno di altra società appartenente al medesimo Gruppo occorre che nella commissione del reato-presupposto concorra una persona fisica che agisca per conto dell'altra società (capogruppo o controllata) e che l'illecito commesso abbia recato una specifica e concreta utilità anche a tale società, dovendosi, in ogni caso, verificare la ricorrenza in concreto dei criteri di imputazione oggettivi e soggettivi con riferimento a ciascuna delle singole società chiamata a rispondere del reato.

Deve, invece, ritenersi, in ogni caso, esclusa la possibilità di una estensione/propagazione della responsabilità da reato tra più società appartenenti al medesimo Gruppo sulla sola base della appartenenza della società al Gruppo medesimo.

2 Codice Etico nei Gruppi di Società

Nel capitolo precedente abbiamo messo in evidenza l'importanza dell'elaborazione di un Codice etico che aiuti a mantenere un rapporto di fiducia con tutti gli stakeholder, ad orientare i comportamenti e le scelte individuali e collettive per il miglior perseguimento degli interessi coinvolti.

La principale difficoltà incontrata nella predisposizione del Codice Etico di Gruppo consiste nella formulazione di regole di condotta generali che non devono limitarsi a ricalcare i protocolli e le procedure tese a ridurre il rischio che si verifichino le fattispecie di reato ex. D.lgs. 231.

A tal proposito è usuale vietare o, di contro, raccomandare tutti quei comportamenti che pur non rappresentando in sé modalità realizzative dei reati possono costituire comportamenti prodromici alla realizzazione degli stessi.

Nel contesto delineato assume quindi assoluto rilievo l'etica come mezzo per orientare i comportamenti degli Organi sociali, del management, del personale dipendente e dei collaboratori esterni oltre, e al di là, della norma e delle procedure aziendali.

L'esistenza e l'osservanza di questo sistema di regole etiche consente al Gruppo di esercitare il proprio ruolo responsabilmente e facilita l'integrazione ed il gioco di squadra, quale condizione necessaria per assolvere una funzione alla cui realizzazione concorrono una pluralità di soggetti.

Il Codice Etico risulta dunque essere “una carta dei diritti e doveri fondamentali” attraverso cui il Gruppo enuncia e chiarisce le proprie responsabilità ed impegni etico/sociali verso i vari interlocutori interni ed esterni, anche alla luce delle previsioni del d.lgs 231/2001, rendendo note le “regole del gioco”.

Il Codice Etico di Gruppo potrà essere elaborato dalla holding e sottoposto per l'approvazione ai Consigli di Amministrazione delle singole società; esso impegnerà gli organi sociali, il management, il personale dipendente, i collaboratori esterni, i partner commerciali, i fornitori e tutti coloro che intrattengono rapporti con il Gruppo. Di norma al Codice vengono attribuite:

- Una funzione di legittimazione: in quanto esso esplicita i doveri e le responsabilità del Gruppo nei confronti degli stakeholder affinché questi ultimi possano ritrovare in esso un riconoscimento delle loro aspettative;
- Una funzione cognitiva: attraverso l'enunciazione di principi astratti e generali e di regole di comportamento, il Codice consente di riconoscere i comportamenti non etici e di indicare le corrette modalità di esercizio delle funzioni e dei poteri attribuiti a ciascuno;

- Una funzione preventiva: la codifica dei principi etici di riferimento e delle regole di comportamento basilari, cui tutti gli stakeholder devono uniformarsi, costituisce l'espressa dichiarazione dell'impegno serio ed effettivo del Gruppo a rendersi garante della legalità ed eticità della propria attività, con particolare riferimento alla prevenzione degli illeciti;
- Una funzione di incentivo: il Codice, imponendo l'osservanza dei principi e delle regole in esso contenute, contribuisce allo sviluppo di una coscienza etica e rafforza la reputazione del Gruppo ed il rapporto di fiducia con i diversi interlocutori.

Analogamente, dall'osservanza dei principi e delle norme del Codice, dipende la reputazione di tutto il management e del personale dipendente e il rapporto di fiducia reciproca tra questi e la società di appartenenza.

3 L'adozione ed efficace attuazione dei Modelli Organizzativi nei Gruppi di Società: Modello di Gruppo o Modelli delle Singole Società?

Dopo aver delineato, nei precedenti paragrafi, i requisiti per l'elaborazione di Modelli Organizzativi risultanti dalle best practice e dalle Linee Guida, ci limitiamo qui a constatare che, sulla base delle indicazioni fornite dalle migliori prassi e dottrina in materia che in questi anni hanno fornito un considerevole ausilio per il design dei Modelli Organizzativi e dell'attività devoluta agli OdV, si possono trarre alcune importanti considerazioni riferibili ai Gruppi di Società.

Con riferimento al fenomeno dei gruppi di imprese, la circostanza in virtù della quale la commissione di un reato da parte di un soggetto appartenente ad una società possa comportare, in alcuni casi ed a determinate condizioni, la propagazione della responsabilità anche in capo ad altre società facenti parte del medesimo Gruppo, pone in evidenza il problema della adozione ed efficace attuazione dei modelli organizzativi all'interno dei gruppi di imprese, onde verificare quali siano le soluzioni

più auspicabili al fine di scongiurare siffatta estensione della responsabilità amministrativa da reato tra le società del gruppo.

Ci si domanda, in primo luogo, se è possibile:

- Adottare per tutte le società del Gruppo il medesimo Modello della holding con i dovuti adattamenti, in ossequio a criteri di uniformità di indirizzo e di omogeneità da cui aspettarsi anche sinergie nel comparto dei controlli
- Lasciare totalmente liberi gli organi direttivi delle singole società controllate con una preventivabile disomogeneità nei risultati dei diversi approcci intrapresi che implicherebbe un limite anche per l'efficienza del controllo.¹²⁴

Sia la dottrina che la giurisprudenza hanno espresso un giudizio negativo in relazione alla pratica della adozione di un unico modello di gruppo, ritenendo tale soluzione non idonea a prevenire il rischio di commissione dei reati,¹²⁵ in quanto l'adozione di un unico Modello progettato ed imposto dalla capogruppo dimostrerebbe che la stessa esercita sostanzialmente un'influenza così pregnante sulle controllate da privarle di autonomia nel predisporre le proprie specifiche misure di prevenzione del rischio-reato

È oggi pacifica l'opportunità di adottare modelli organizzativi distinti con riferimento alle singole società del gruppo. Tale soluzione, infatti, tenendo conto delle specificità di ogni singola realtà aziendale, appare l'unica realmente idonea a prevenire o quantomeno a ridurre il rischio di commissione dei reati all'interno di ciascuna di esse.¹²⁶

Anche le Linee Guida di Confindustria si soffermano sull'adozione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati- presupposto della responsabilità da reato nel contesto dei gruppi, sottolineando come ogni società del gruppo sia chiamata "a

¹²⁴ F.ROSSIGNOLI, Il modello di organizzazione, gestione e controllo nei gruppi di imprese: Riflessioni a partire dallo studio di due casi aziendali.

¹²⁵ A. DE NICOLA, L'organismo di vigilanza 231 nelle società di capitali, Torino, (2015), 89; F. ASSUMMA, La responsabilità amministrativa degli enti nei gruppi di imprese, Rivista 231, (2011), 3, 13.

¹²⁶ Nella prassi si suole affermare che la efficacia ed adeguatezza del modello organizzativo devono essere concretamente valutata alla luce della idoneità dello stesso a ridurre il rischio di commissione dei reati ad un livello minimo ossia "livello di rischio accettabile"

svolgere autonomamente l'attività di predisposizione e revisione del proprio Modello organizzativo”.

Dunque, ai fini della esclusione della responsabilità amministrativa da reato degli enti di cui al D.Lgs 231/01, ciascuna società appartenente al Gruppo sarà tenuta ad adottare ed efficacemente attuare un proprio modello organizzativo. Costruito sulla base delle proprie specifiche caratteristiche organizzative, operative, economiche e finanziarie. In particolare, l'adozione da parte di ogni società del Gruppo di un proprio autonomo modello mentre, da un lato, consente di elaborare uno strumento operativo che tenga realmente conto della realtà organizzativa della singola impresa (solo quest'ultima può realizzare la puntuale ed efficace ricognizione e gestione dei rischi di reato), dall'altro fornisce una conferma dell'autonomia della singola unità operativa del gruppo, così, riducendo il rischio di una estensione della responsabilità in capo alla controllante.

La holding, pur lasciando una certa libertà alle singole società del Gruppo, nel rispetto dei limiti della direzione e coordinamento, fornisce gli indirizzi ai vertici aziendali usufruendo sia del rapporto fiduciario che lega il vertice della Capogruppo ai componenti degli organi societari delle controllate, sia delle logiche tradizionali del controllo societario, ferma restando l'autonomia giuridico- formale delle diverse entità del Gruppo.

Solitamente, la holding dopo aver adottato un Codice Etico di Gruppo, svolgerà un'attività propedeutica all'adozione del Modello Organizzativo e predisporrà quindi un Modello composto da due sezioni:

- La prima basata su una struttura rigida, replicabile nelle diverse società controllate;
- La seconda ad impianto flessibile che per sua natura richiede un inevitabile adattamento alle realtà societarie a cui fa riferimento.

La prima sezione, sarà dunque composta da elementi rappresentativi della struttura del Modello in sé:

- Descrizione della struttura del Modello e caratteristiche tenendo conto delle Linee Guida e fonti normative;
- Rapporto tra Modello e Codice Etico elaborato;

- Illustrazione dei criteri e delle procedure per il monitoraggio delle attività a rischio;
- Implementazione e aggiornamento del Modello secondo la normativa vigente;
- Disciplina generale dell'Organismo di Vigilanza: requisiti, composizione, compiti, poteri, sistemi di reporting da e verso l'OdV;
- Definizione e impianto/implementazione del sistema info-formativo aziendale connesso al Modello;
- Sistema disciplinare.

Fra gli elementi che costituiscono la seconda sezione del Modello Organizzativo, a struttura "flessibile" troviamo:

- Attività di risk assessment;¹²⁷
- Definizione di adeguati protocolli e procedure per rendere residuo il rischio reato;
- Definizione di specifiche attività e test OdV e flussi di reporting che si rendono necessari per le singole caratteristiche e peculiarità aziendali.

La holding svolgerà, poi, un'azione propedeutica preliminare e di assistenza utile e funzionale all'adozione del Modello; predisporrà il format secondo lo schema illustrato, lasciando però l'attività di personalizzazione e l'adozione formale ai singoli organi dirigenti della società del Gruppo, salvaguardandone l'autonomia decisionale.

¹²⁷ Il "risk assessment" o "analisi del rischio" è una metodologia volta alla determinazione del rischio associato a determinati pericoli o sorgenti di rischio e determina il valore "qualitativo" o "quantitativo" del rischio correlato ad una situazione concreta e ad una "minaccia" specificata. La metodologia è composta dai seguenti passi: analisi dei processi ed individuazione degli asset aziendali, analisi delle minacce, identificazione delle vulnerabilità, stima degli impatti, determinazione dei livelli di rischio, determinazione delle soglie di rischio accettabile, identificazione delle contromisure, determinazione del rischio residuo.

4 L'Organismo di Vigilanza nei Gruppi di società

La predisposizione del Modello Organizzativo ex d.lgs. 231/2001 da parte delle società controllate incontra sovente difficoltà con riferimento alla tematica dell'Organismo di Vigilanza.

Il tema dell'Organismo di Vigilanza nei Gruppi di società, infatti, tocca almeno due ordini di questioni di una certa rilevanza, che, sino ad oggi, hanno provocato più di un dubbio interpretativo e applicativo: il primo problema che si pone riguarda la composizione dell'Organismo di Vigilanza e si focalizza, essenzialmente, sulla risposta alla domanda se l'appartenenza di una società ad un Gruppo abbia una qualche incidenza sulla scelta del numero e dei componenti dell'Organismo stesso; il secondo argomento, invece, si concentra sulle possibili ripercussioni, al livello dell'attribuzione della responsabilità amministrativa dell'ente, delle scelte operate e, in sintesi se una determinata opzione circa la composizione dell'Organismo di Vigilanza possa comportare, o comunque favorire, una estensione della responsabilità ad altre società del Gruppo.

Sul punto, si è già ricordato che il d.lgs 231/2001 all'art.6, comma 1, prevede l'istituzione di un Organismo di Vigilanza interno all'Ente¹²⁸, al quale è assegnata la responsabilità di verificare il funzionamento e curare l'aggiornamento del Modello. Occorre precisare che è possibile¹²⁹ attribuire le relative funzioni al Collegio sindacale, a patto che i componenti del Collegio sindacale si dotino direttamente o indirettamente (mediante consulenze esterne) delle competenze tecnico-giuridiche che si rendono opportune per svolgere il ruolo di OdV.¹³⁰

Con riferimento alla composizione dell'Organismo di Vigilanza si tratta, di saggiare i possibili riflessi che derivano dall'appartenenza della società ad un Gruppo.

Il dato normativo definisce la necessità che ogni società che decida di dotarsi di un modello organizzativo a norma del D.Lgs. 231/01, debba avere il proprio modello e,

¹²⁸ Cfr. Linee Guida Confindustria 2014, pag.75.

¹²⁹ Secondo l'art.14, comma12, legge 183/2011 (legge di Stabilità 2012) che inserisce nell'art.6 d.lgs. 231/2001 il seguente comma 4-bis: "nelle società di capitali il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo della gestione possono svolgere le funzioni dell'Organismo di Vigilanza di cui al comma 1, lett b) "

¹³⁰ M. BOIDI- R. FRASCINELLI- P. VERNIERO, La compatibilità del collegio sindacale quale Organismo di Vigilanza ex d.lgs. 231/2001, (2011).

di conseguenza, il proprio Organismo di Vigilanza, con tutte le relative attribuzioni di competenze e responsabilità, essendo questa l'unica soluzione concretamente prospettabile al fine di conservare la autonomia dei poteri di iniziativa e controllo dell'organo e garantirne la continuità d'azione.

Quindi, così come non è configurabile un modello organizzativo della capogruppo, esteso sic et simpliciter alle controllate, altrettanto non si può pensare di istituire un Organismo di Vigilanza di Gruppo, pena la violazione della norma appena ricordata e la conseguente inefficacia (e quindi, sostanziale inutilità) del modello organizzativo). Ferma questa premessa, le possibili ricadute operative debbono essere attentamente considerate.

In primo luogo, il fatto che l'organismo debba essere "dell'ente" non comporta necessariamente che esso debba essere composto da dipendenti dell'ente stesso: ad esempio anche il Consiglio di Amministrazione di una società, è un organismo dell'ente, ma di norma non è composto da suoi dipendenti. Quindi, ciò che identifica quegli organismo e quelle funzioni come dell'ente non è tanto la natura giuridica del vincolo contrattuale stipulato con la società, quanto l'inserimento nell'organizzazione e la responsabilità verso quei soci e quegli organi direttivi specifici che li hanno incaricati e nominati. L'Organismo di Vigilanza è dell'ente quando è stato nominato dall'organo direttivo di quello stesso ente, vigila sul funzionamento del suo modello organizzativo e si interfaccia con gli organi gestionali e di controllo che gli sono preposti. Una prima conseguenza è che tra i suoi componenti vi possono essere anche soggetti appartenenti ad altre entità del Gruppo o meglio che anche soggetti provenienti da altre società del Gruppo possono comporre l'Organismo di Vigilanza. Teoricamente, potremmo avere, quindi, tanti organismi identici quante sono le società del Gruppo, purché gli stessi organismi siano, a loro volta, correttamente inquadrati nelle rispettive società, siano nominati dai rispettivi organi dirigenti, sorveglino i rispettivi modelli organizzativi ed infine partecipino dei rispettivi flussi informativi.

In altre parole, i soggetti nominati, dovranno sempre garantire quelli che sono i requisiti per un corretto ed efficace funzionamento dell'OdV: professionalità, autonomia, indipendenza, competenza e continuità d'azione.¹³¹

Si potrebbe concludere sul punto rilevando che l'appartenenza di una società ad un gruppo influisce sulla composizione del suo Organismo di Vigilanza, anche in virtù di una logica economicistica rivolta al contenimento dei costi e massimizzazione degli investimenti.

Per quanto riguarda invece il numero dei consiglieri di sorveglianza viene osservato che l'opzione maggiormente condivisa è quella di istituire presso la capogruppo un organismo collegiale a composizione mista, mentre è auspicabile che siano previste composizioni diverse tra i vari organismi di vigilanza del gruppo, in quanto ciò offre una maggiore garanzia di tutela e un controllo rafforzato.¹³²

Infatti, un OdV a composizione monocratica si configura come possibile solo all'interno dei gruppi medio-piccoli, per cui le scelte dovranno essere calibrate tenendo conto della realtà di gruppo, delle società che lo compongono e delle attività da queste ultime svolte.

Un aspetto contiguo a quello della composizione dell'Organismo di Vigilanza di una società appartenente ad un Gruppo è il coordinamento delle attività dei diversi Organismi di Vigilanza che da un lato consente di prevenire all'interno del gruppo rischi già verificatisi all'interno di una singola società e, dall'altro, di sfruttare le specifiche competenze presenti all'interno dei singoli organi per delineare un programma preventivo comune.

Con riferimento alle modalità attraverso le quali deve essere concretamente realizzato il coordinamento, tra i diversi Organismi di Vigilanza deve necessariamente intercorrere uno scambio periodico di informazione reciproche, necessario, come

¹³¹ Il principio della continuità d'azione determina che i membri dell'Organismo di Vigilanza siano anche fisicamente incardinati nell'ambito della società o, comunque, stabilmente vicini alle aree sensibili, così da potere avere riscontri sull'efficacia del sistema di controllo adottato dalla società ed espresso nel modello organizzativo, nell'ottica di un esercizio mirato ed effettivo delle funzioni assegnate a tale organo.

¹³² A. Scafidi, cit.176.p

accennato, per avere una visione globale dei rischi e delle carenze esistenti all'interno del gruppo e, quindi, consentire ai singoli organi di predisporre unitariamente gli opportuni interventi correttivi.

In particolare al fine di assicurare un concreto coordinamento tra i diversi Organismi di Vigilanza, occorrerà in primo luogo procedere alla regolamentazione degli scambi di comunicazione, mediante la previsione e l'attuazione dei reciproci flussi informativi¹³³ volti alla trasmissione delle informazioni relative alle verifiche pianificate ed effettuate, alle relazioni svolte dai singoli Organismi di Vigilanza, alle iniziative intraprese dalla capogruppo in materia di responsabilità amministrativa da reato...

Sarà inoltre opportuno, prevedere la programmazione di riunioni periodiche finalizzate a stabilire gli indirizzi comuni rispetto alle attività di vigilanza e ad approfondire tematiche di interesse trasversale all'interno del Gruppo.¹³⁴

Nonostante le Linee Guida Confindustria mette in risalto un criterio di pariteticità tra gli Organismi di Vigilanza, evitando di prevedere poteri di ingerenza dell'Organismo di Vigilanza delle società controllate, proprio al fine di non pregiudicare i caratteri di autonomia ed indipendenza di questi ultimi, possiamo tuttavia notare sulla base di quanto già detto come permane in capo all'Organismo di Vigilanza della capogruppo un potere di natura propulsiva essendo quest'ultimo a definire gli indirizzi comuni rispetto alle attività da svolgere .

5 Il contratto di direzione e coordinamento come strumento per la gestione della compliance di gruppo

Nel paragrafo precedente abbiamo messo in evidenza come sia fondamentale il ruolo dell'Organismo di Vigilanza della holding nell'ottica di una corretta compliance di gruppo, in quanto è quest'ultimo che stimola e coordina l'attività di vigilanza propria

¹³³ sia da parte dell'OdV della Holding verso l'OdV delle controllate sia viceversa.

¹³⁴ Linee Guida Confindustria, (2014), pag.78

e dei rispettivi OdV delle singole società del Gruppo, assicurando uniformità nei criteri di valutazione ed azione.

Sul punto si rileva che le norme in tema di direzione e coordinamento forniscono un importante strumento operativo, anche ai fini del sistema ex d.lgs. 231/2001.

L'art. 2497- septies c.c.¹³⁵, disciplina infatti la fattispecie della direzione e coordinamento tra società, esercitata sulla base di un apposito contratto.

La fattispecie introdotta non si limita al caso della contrattualizzazione fra società indipendenti, esplicitamente considerato, ma anche alla fattispecie di società legate da una diretta relazione di controllo, aprendosi quindi notevoli possibilità di pratica applicazione.¹³⁶

La regolamentazione contrattuale della direzione e coordinamento di Gruppo, tra la holding e le società controllate, consente infatti di regolare il network di Gruppo con una precisa individuazione delle funzioni di direzione (in materia finanziaria, produttiva, commerciale, di budgeting, di servizi di assistenza e consulenza contabile, fiscale, finanziaria e quant'altro).

Il contratto potrà altresì atteggiarsi quale contratto-quadro di prestazione di servizi connessi e/o strumentali all'attività di direzione e coordinamento, che saranno poi negoziati e conclusi separatamente. In questo contesto potranno trovare sede i supporti necessari aventi rilievo operativo proprio per la predisposizione, adozione e monitoraggio dei Modelli di prevenzione dei reati e la connessa attività degli Organismi di Vigilanza. Infatti gli Organismi delle controllate potranno avvalersi, nell'espletamento del compito di vigilare sul funzionamento e sull'osservanza del Modello, delle risorse allocate presso l'analogo Organismo della Capogruppo, sulla base di un predefinito rapporto contrattuale con la stessa; i dipendenti dell'Organismo della Capogruppo, nell'effettuazione di controlli presso le società del gruppo, assumono nella sostanza la veste di professionisti esterni che svolgono la loro attività nell'interesse della controllata stessa, riportando all'Organismo di Vigilanza di quest'ultima, con i vincoli di riservatezza propri del consulente esterno.

¹³⁵ trattato nel primo capitolo.

¹³⁶ P.MONTALENTI, Organismo di Vigilanza 231 e Gruppi di società, (2009).

Nell'ambito del contratto di direzione e coordinamento potranno trovare una precisa regolamentazione, le seguenti attività:

- Schema di regolamento OdV
- Schema di Relazione periodica dell'OdV al CdA

Le Linee Guida elaborate dalle associazioni di categoria, segnalano l'opportunità che l'Organismo di Vigilanza elabori un regolamento delle proprie attività.¹³⁷

L'OdV della holding nella logica dell'ottimizzazione delle funzioni e dell'uniformità di azione, elabori un format di Regolamento dell'Organismo che la holding trasmetterà alle altre società de Gruppo affinché i rispettivi OdV ne valutino l'adozione. In generale, detto documento potrà disciplinare:

- scopo ed ambito di applicazione;
- durata in carica e cassazione;
- cause di ineleggibilità
- funzioni e compiti;
- riunioni e modalità di funzionamento;
- deleghe di funzioni;
- collaboratori interni ed esterni;
- risorse finanziarie;
- modifiche del Regolamento

Sempre nella logica di ottimizzare gli strumenti di governance del Gruppo, in tema di informativa periodica al Consiglio di Amministrazione ed al Collegio Sindacale, le Linee Guida delle principali associazioni di categoria prevedono generalmente che l'Organismo di Vigilanza curi la predisposizione di una Relazione informativa, su base almeno semestrale, per l'organo dirigente, in ordine alle attività di verifica e controllo compiute ed all'esito delle stesse. Detta Relazione dovrà inoltre essere trasmessa al Collegio Sindacale: la Relazione in oggetto rappresenta di fatto uno dei principali strumenti attraverso cui l'OdV fornisce evidenza e riscontro della propria attività.

¹³⁷ Non è invece ritenuto opportuno che tale regolamento sia redatto ed approvato da organo societari diversi dall'OdV, giacché questo potrebbe far ritenere violata l'indipendenza dello stesso.

Anche in questo caso pare opportuno che l'Organismo della Capogruppo elabori uno "schema minimo" di Relazione che la holding trasmetterà alle altre società del Gruppo affinché i rispettivi OdV ne prendano spunto per la loro periodica attività di reporting verso il CdA ed il Collegio Sindacale.

6 Le problematiche relative ai Gruppi con Capogruppo di diritto straniero

Un cenno specifico è dedicato ai gruppi di imprese in cui la Capogruppo sia società di diritto straniero e che, a loro volta, si qualificano ai fini del diritto italiano come soggetti alla normativa del d.lgs. 231/2001: negli stessi, peraltro, le affiliate possono a volte essere esse stesse Capogruppo in Italia (in quanto, ad esempio, per settori di business diversi, siano previsti gruppi societari anche a livello nazionale).

Tali gruppi di imprese multinazionali presenti ed operanti sul territorio italiano, specie se di matrice statunitense, sono già da tempo tenuti al rispetto di codici di condotta e di procedure interne di controllo dell'attività e della gestione da parte della controllante estera.

In questo caso occorre precisare che, laddove il Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo già attuato dalla controllante ai sensi di pratiche e norme straniere risponda altresì ai requisiti previsti dal d.lgs. 231/2001, esso può ritenersi valido.

Tuttavia sarebbe azzardato ritenere che, laddove il bilancio sia certificato, il Modello possa essere ridotto ai minimi termini: infatti, reati della specie in esame possono verificarsi anche in società (o Gruppi) assoggettati a revisione e certificazione del bilancio. In questi casi, pure se emergessero responsabilità a carico del revisore, il Giudice potrebbe far scattare anche le sanzioni ex d.lgs. 231/2001, una volta accertato che il Modello non era adeguato o non era rispettato.

Si tratta all'evidenza di una lettura che presuppone un accertamento da parte del giudice particolarmente complesso: ad es. in tema di reati finanziari, ambientali o in materia di sicurezza sul lavoro, si tratterà in sostanza di verificare se il modello organizzativo eventualmente adottato dall'ente straniero per adeguarsi alle regole interne del Paese in cui ha sede presenti tutte le caratteristiche di cui al artt. 6 e 7.

In definitiva, per superare tali difficoltà la prospettiva corretta non è tanto quella della responsabilizzazione diretta sul piano punitivo del gruppo, risultando del tutto adeguato l'assetto di disciplina attualmente condiviso a livello internazionale¹³⁸, quanto quella di responsabilizzare i legislatori nazionali affinché promuovano una omogeneizzazione dei rispettivi ordinamenti in vista di una più efficace lotta alla criminalità d'impresa attuata in ottica integrata e globale.

7 I Gruppi “Transnazionali”

Le Linee Guida si soffermano anche sulle peculiarità del fenomeno dei gruppi transazionali, gruppi che proprio per la dimensione extra-territoriale presentano “profili specifici di potenziale pericolosità in termini di criminalità economica”¹³⁹, quali la dispersione geografica delle attività, decentramento decisionale, crescente complessità delle operazioni economiche, difficoltà nel perseguire i reati ed individuare i responsabili.

I problemi che si evidenziano sul tema attengono alla mappatura del rischio-reato (risk assessment) e alla razionale ed efficiente strutturazione dei protocolli preventivi (risk-management).

È necessario, dapprima, distinguere tra gruppi transazionali la cui capogruppo ha sede in Italia e gruppi transazionali che hanno nel nostro paese solo una o più società controllate/collegate, ma non la capogruppo.

Nella prima ipotesi si evidenzia la necessità della capogruppo di adeguarsi al Modello Organizzativo in quanto soggetta alla normativa italiana. Riguardo all'eventuale attività di direzione e coordinamento eventualmente da questa esercitata, si ritiene, dapprima, opportuno che suggerisca alle società estere del gruppo l'adeguamento alle

¹³⁸ Pare al riguardo sufficiente ribadire che rientra nei compiti di coordinamento e direzione strategica della controllante quello di indirizzare verso l'adozione di modelli di comportamento omogenei e idonei a promuovere i valori della legalità e dell'etica.

¹³⁹ P.BASTIA, reati e responsabilità degli enti, pp.176

eventuali normative equipollenti presenti nei singoli paesi di riferimento, cercando di effettuare, ove possibile, un'attività di efficientazione, armonizzazione e coordinamento degli elementi di controllo esistenti, oltreché delle risorse dedicate alle materie in esame. In secondo luogo, sarà cura della capogruppo dettare alle società figlie regole comportamentali e principi di controllo, proponendo l'adozione di protocolli e procedure in linea con la normativa italiana, quali, ad esempio, le procedure contabili ai fini della redazione del bilancio consolidato.

In proposito è stato osservato che la dimensione transazionale di tali gruppi, generando crescenti livelli di rischi e di complessità, comporta la necessità di un adeguamento degli strumenti organizzativi aziendali adottati.

Perché una fattispecie criminosa sia qualificata come "reato transazionale" è necessario che nella realizzazione del reato sia coinvolto un gruppo criminale organizzato e che il fatto sia punito con la sanzione non inferiore nel massimo a quattro anni di reclusione.

Le difformità esistenti tra le normative appartenenti ai diversi ordinamenti rendono notevolmente complesso il problema dell'adeguamento della struttura organizzativa delle società alle prescrizioni di cui al d.lgs. 231/2001, sicché appare opportuno procedere alla definizione di compliance programs integrati.

Le multinazionali americane, ad esempio, normalmente possiedono un proprio code of business conduct ed un numero consistente di procedure (appunto corporate) che spesso non sono completamente conformi alle normative italiane. Lo sforzo della società partecipata italiana, nel corso della predisposizione del proprio Modello Organizzativo, sarà di integrare il codice di casa madre o di creare un autonomo codice di comportamento ai fini del d.lgs 231/2001 così come di prevedere procedure integrative e/o addendum italiani alle procedure internazionali. Sarà poi necessario imporre ai soggetti esteri appartenenti al gruppo di rispettare le regole del Modello Organizzativo ogniqualvolta si trovino ad operare in Italia.

In particolare, si suggerisce di inserire nel codice specifici principi etici che tengano conto della transnazionalità dell'attività svolta, di sottoporre i soggetti apicali e sottoposti ad una adeguata formazione anche in merito alla normativa vigente nei vari Paesi in cui l'ente opera, di concepire protocolli operativi che tengano conto dell'attività transnazionale e di definire programmi che consentano di ottemperare

contemporaneamente a normative differenti. Tale scelta si risolve in buona sostanza nel riconoscimento dell'esistenza di un patrimonio comune di principi fondamentali cui dovrebbe ispirarsi l'attività dell'intero gruppo e che dovrebbe altresì guidare l'esponente aziendale nei casi dubbi o non coperti da specifici presidi procedurali.¹⁴⁰ Le Linee guida ricordano infine che gli organismi di vigilanza devono integrare la propria attività per realizzare controlli efficaci nel contrasto ai reati transazionali. Si può notare quindi come la prevenzione del rischio reato sia avvertita anche nei gruppi transnazionali, i quali saranno portati a coordinare l'attività delle controllate in funzione di un'attività sinergica, volta a considerare tutti (o almeno una parte cospicua) i rischi connessi alle attività svolte dal gruppo, in Italia e all'estero.

¹⁴⁰ E. SCAROINA, Il problema del gruppo di imprese, *Societas delinquere potest*, (2006), cit. 285 p.

CAPITOLO 4

RILEVAZIONE DEL MODELLO 231 IN QUATTRO CASI STUDIO

Sommario: Premessa – 1 Il Gruppo Eni – 1.1 Profilo del Gruppo – 1.2 Il Codice Etico di Eni – 1.3 Il Modello 231 di Eni SpA – 1.4 I Modelli Organizzativi delle Società controllate – 2 Il Gruppo Cattolica Assicurazioni – 2.1 Il Profilo del Gruppo – 2.2 Il Codice Etico di Cattolica – 2.3 Modello 231 di Cattolica – 2.4 Le altre Società del Gruppo- 3 Il Gruppo Italiaonline – 3.1 Profilo del Gruppo – 3.2 Il Codice Etico di Italiaonline – 3.3 Il Modello 231 di Italiaonline – 3.4 Applicazione del Modello 231 alle Società controllate- 4 Il Gruppo Atlantia – 4.1 Profilo del Gruppo – 4.2 Il Codice Etico di Atlantia – 4.3 Il Modello 231 di Atlantia – 4.4 Applicazione del Modello 231 da parte delle Società controllate – 5 I risultati dell’indagine.

Premessa

L’obiettivo di tale analisi è esaminare l’adozione dei Modelli nell’ambito di Grandi Gruppi e come questi ultimi abbiano reagito ai principali quesiti che si pongono nella gestione degli aspetti organizzativi e procedurali relativi ad una corretta ed efficace applicazione del Decreto Legislativo 8 giugno 2001.

In particolare, lo studio dei casi è stato sviluppato in un’ottica di identificazione dei Gruppi dotati di Modelli 231 di “elevata qualità”.

Stante tale obiettivo si è reso necessario, a monte, definire le variabili idonee a qualificare la qualità dei Modelli: in tale ottica un Modello 231 è di qualità nella misura in cui è efficace ovvero è in grado di assicurare la ragionevole prevenzione dei reati in funzione dei quali è progettato e implementato.

È stato dunque necessario individuare variabili identificate quali approssimazioni della qualità dei modelli 231:

- Le modalità di composizione dell'Organismo di Vigilanza, apprezzate in termini di coerenza rispetto alle best practice sancite da idonei fonti di riferimento;¹⁴¹
- Numerosità delle riunioni dell'Organismo di Vigilanza;
- Presenza di una funzione di audit e di compliance dedicate, tra l'altro, alle verifiche della funzionalità del Modello 231 in base ad approcci standard di controllo; in alternativa, lo stanziamento di risorse per effettuare in outsourcing analoghe verifiche;
- Entità del budget annuale deliberato a disposizione dell'Organismo di Vigilanza;
- Progettazione e realizzazione di un sistema di flussi informativi periodico, strutturato e articolato volto a veicolare le informazioni dalle funzioni/processi aziendali all'Organismo di Vigilanza;
- Investimento effettuato in programmi di formazione destinati a tutto il personale, in materia 231.

L'esposizione che segue mira a focalizzare l'attenzione sugli elementi costitutivi del Modello che maggiormente rilevano nella prospettiva della presente analisi. Si tratta dell'individuazione e lo sviluppo delle principali tematiche che i Grandi Gruppi hanno affrontato e gestiscono in forma pressoché quotidiana, per quanto attiene alla compliance del Decreto.

Per cui sono stati affrontati i seguenti aspetti:

- Informazioni generali ossia dati di carattere generale delle società coinvolte nel progetto, utili ad inquadrare le realtà coinvolte;
- Adozione del Modello della Capogruppo e modalità/motivazioni sottostanti l'adozione del Modello;
- Adozione e diffusione del Modello nelle controllate e collegate italiane;
- Controllate e collegate estere e scelte in materia di adozione del Modello;
- Modalità di adozione del Codice Etico;
- Organismo di Vigilanza all'interno del Gruppo;

¹⁴¹ giurisprudenza, position paper, professionali...

- Formazione e informazione sulle tematiche ex d.lgs. 231/2001 all'interno del Gruppo.

In conclusione è stata posta attenzione ai “salti di qualità” che nel tempo hanno progressivamente condotto ad un continuo miglioramento del Modello e quindi su pressioni sia formali sia informali esercitate sulle organizzazioni tramite leggi, regole e clausole contrattuali; e su motivazioni di carattere interno e culturale.

1 GRUPPO ENI

1.1 Profilo del Gruppo

Eni è considerata una delle supermajor globali del settore Oil & Gas ed opera in 71 Paesi. Nel 2018 è l'ottavo gruppo petrolifero mondiale per giro d'affari ed è stata indicata nella rivista Forbes nel maggio 2017 tra le prime 500 aziende al mondo per capitalizzazione di mercato mentre la classifica Fortune 500 annovera Eni tra le prime 150 al mondo per fatturato.¹⁴² La società è quotata sia al New York Stock Exchange (NYSE) che nell'indice FTSE MIB della Borsa di Milano.

Eni è infatti attiva nei settori del petrolio, del gas naturale, della chimica e della chimica verde, della produzione e commercializzazione di energia elettrica e delle energie rinnovabili ed opera sul mercato nazionale ed internazionale anche attraverso la gestione di alcune società controllate e partecipate:¹⁴³

- Banque Eni SA: autorizzata all'esercizio dell'attività bancaria per l'erogazione di servizi finanziari a Eni ed alle Società di Eni;
- Eni Adfin SpA: in liquidazione dal 30 Aprile 2018;

¹⁴² Profilo aziendale eni (www.eni.com)

¹⁴³ Informazioni finanziarie e societarie (enipedia)

- Ecofuel SpA: gestisce la produzione e la commercializzazione di componenti clean per benzine;
- Eni Corporate University: nata per operare nel reclutamento, selezione, knowledge management delle risorse umane;
- Eni International Resources: costituita con l'obiettivo di selezionare e sviluppare risorse internazionali di alto profilo per costituire e consolidare le competenze legate al business Eni;
- Enipower: dedicata alla produzione di energia elettrica e vapore;
- Eni Progetti: controllata al 100% da Eni SpA, è la società di Eni per l'ingegneria;
- Eni Servizi: opera nel settore della fornitura di servizi integrati agli edifici, alle persone e a supporto del business;
- LNG Shipping SA: opera nel settore del trasporto via mare di gas naturale liquefatto attraverso l'utilizzo di sue metaniere di proprietà;
- Serfactoring: si occupa della gestione organizzata e coordinata delle operazioni di amministrazione, smobilizzo e incasso di crediti singolarmente o in massa;
- Servizi Fondo Bombe Metano: svolge i servizi tecnici e amministrativi per il Comitato Fondo Bombe Metano al quale rimette tutti i costi di esercizio attraverso la Gestione Fondo Bombe Metano;
- Syndial: fornisce un servizio integrato nel campo del risanamento ambientale attraverso le attività di approvvigionamento, ingegneria e realizzazione dei progetti e di logistica dei rifiuti;
- Versalis: si occupa a livello nazionale e internazionale della produzione e della distribuzione di numerosi prodotti petrolchimici.

Eni, adotta il sistema tradizionale¹⁴⁴ di amministrazione e controllo che vede la gestione aziendale affidata al Consiglio di Amministrazione e le funzioni di vigilanza

¹⁴⁴ Nel Modello tradizionale si ravvisano due tratti essenziali: un importante controllo dell'Assemblea sul Consiglio di Amministrazione; una netta separazione tra attività amministrativa e l'attività di controllo. Tale sistema infatti prevede che la

attribuite al Collegio Sindacale. La revisione legale dei conti è, invece, affidata a una società di revisione esterna.

1.2 Il Codice Etico di Eni

I valori di Eni sono fissati nel Codice Etico, approvato dal Consiglio di Amministrazione di Eni il 14 marzo 2008 con aggiornamenti del 10 aprile 2014 e da ultimo il 23 novembre 2017.

Amministratori, Sindaci, management e, in generale, tutti i dipendenti di Eni, così come tutti coloro che operano in Italia e all'estero per il conseguimento degli obiettivi di Eni, ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni e responsabilità, sono tenuti all'osservanza dei principi contenuti nel Codice Etico. A tal fine il Codice, tradotto in 21 lingue è diffuso in modo capillare ed è illustrato attraverso una pluralità di azioni, fra cui un'attività di formazione specifica aziendale.

In conclusione, il Codice Etico si applica a tutte le società controllate da Eni e ai fornitori, direttamente e indirettamente, in Italia e all'estero.

1.3 Il Modello 231 di Eni SpA

Il Consiglio di Amministrazione di Eni SpA, ha deliberato, nelle riunioni del 15 dicembre 2003 e del 28 gennaio 2004, per la prima volta l'adozione di un proprio modello di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. n. 231 del 2001 a cui sono seguiti aggiornamenti in relazione all'evoluzione normativa e ai mutamenti organizzativi aziendali di Eni SpA. Il Compito di disporre l'aggiornamento del Modello 231 è attribuito all'Amministratore Delegato supportato dal Comitato Tecnico 231.¹⁴⁵

nomina degli amministratori spettanti all'Assemblea Ordinaria, come anche la revoca degli amministratori, salve le due ipotesi di revoca disposta dal Tribunale in presenza di gravissime irregolarità e di revoca disposta dallo Stato o da enti pubblici per gli amministratori da essi nominati.

¹⁴⁵ Il Comitato Tecnico 231 è composto da unità delle Direzioni Affari Legali, Risorse Umane e Organizzazione, Internal Audit e Compliance Integrata.

L'individuazione delle attività aziendali ove può essere presente il rischio di commissione di reati presupposto della responsabilità degli enti ai sensi del d.lgs. 231/2001¹⁴⁶ è effettuata mediante l'analisi puntuale dei processi aziendali e delle possibili modalità commissive riconducibili alle fattispecie di reato-presupposto rilevanti per la Società. Per ciascuna attività sensibile sono identificate, oltre al referente del singolo processo aziendale (Key officer)¹⁴⁷, le modalità operative e gestionali esistenti nonché gli elementi di controllo in essere.

È quindi effettuata un'analisi comparativa tra il sistema di controllo interno esistente e i principi e i contenuti del Modello 231.

L'attività di analisi è focalizzata a individuare le Attività Sensibili in essere nella Società nel cui ambito può potenzialmente presentarsi il rischio di commissione dei reati previsti dal d.lgs. 231/2001 e le cui potenziali modalità di commissione siano state preliminarmente identificate, rilevare gli standard di controllo idonei a prevenirne la commissione.

Obiettivo dell'attività è assicurare il mantenimento e l'aggiornamento del sistema di identificazione, mappatura e classificazione delle aree di attività aziendali a rischio rilevanti anche ai fini delle attività di vigilanza.¹⁴⁸

Il Consiglio di Amministrazione nomina l'Organismo di Vigilanza che risulta composto da quattro componenti interni¹⁴⁹ e tre componenti esterni¹⁵⁰.

Quanto ai componenti interni, essi sono:

- il Direttore Affari Legali;
- il Direttore Compliance Integrata;
- il direttore Risorse Umane e Organizzazione;

¹⁴⁶ Ossia delle Attività sensibili.

¹⁴⁷ Key officer sono responsabili di funzione con conoscenza approfondita dei processi/attività sensibili e dei relativi meccanismi di controllo in essere

¹⁴⁸ A riguardo si è reso necessario la predisposizione di un documento "Attività Sensibili e standard di controllo specifici del Modello 231" approvato dal CdA e dall'Amministratore Delegato.

¹⁴⁹ ossia dirigenti della Società

¹⁵⁰ ossia soggetti non legati da rapporto di lavoro dipendente con la Società

- il Direttore Internal Audit

Quanto ai componenti esterni, uno dei quali con funzioni di Presidente, essi sono individuati tra accademici e professionisti di comprovata competenza ed esperienza nelle tematiche di economia, organizzazione aziendale e responsabilità amministrativa di impresa.

1.4 I Modelli Organizzativi delle Società controllate

Eni SpA promuove l'adozione ed efficace attuazione da parte di tutte le Società Controllate di idonei sistemi di prevenzione del rischio di responsabilità di impresa derivante da reato. A tale riguardo, innanzitutto, tutte le Società Controllate, italiane ed estere, adottano il Codice Etico Eni. Inoltre, le regole del sistema normativo interno di Eni assicurano che tutte le Società Controllate adottino, nella gestione delle attività a rischio ai fini della responsabilità di impresa, principi e presidi di controllo coerenti con i principi e i presidi di controllo previsti nel presente Modello 231. A tale scopo, l'Organismo di Vigilanza di Eni SpA promuove la diffusione e la conoscenza dei presidi adottati in tema di prevenzione del rischio di responsabilità di impresa, nonché della metodologia e degli strumenti di attuazione del Modello 231, anche eventualmente coordinandosi e/o formulando raccomandazioni alle funzioni aziendali competenti alla predisposizione ed emissione di strumenti normativi interni.

Tutte le Società Controllate italiane istituiscono autonomi organismi di vigilanza e adottano propri modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi degli articoli 6 e 7 del d.lgs. n. 231 del 2001. A tale scopo, il Modello 231 è reso disponibile alle predette Società Controllate mediante appositi flussi informativi interni attivati dalle strutture cui le società medesime riportano organizzativamente. Nella definizione dei propri modelli 231, le Società Controllate italiane tengono conto di tutti gli elementi utili alla migliore caratterizzazione dei presidi di controllo alla luce delle proprie specificità organizzative e business.

Vengono inoltre definiti i casi in cui le Società Controllate italiane di piccole dimensioni possono adottare un modello semplificato, caratterizzato dai seguenti elementi:

- a) possibilità di attribuire i compiti di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli nonché di curare il loro aggiornamento, all'organo dirigente;
- b) adattamento e razionalizzazione degli standard di controllo del Modello 231 alla singola realtà aziendale;
- c) verifica, almeno annuale, da parte del Consiglio di Amministrazione della società controllata. Anche su indicazione dell'Amministratore Delegato della stessa, della sussistenza dei requisiti che caratterizzano l'ente tra quelli di piccole dimensioni e legittimano il mantenimento del modello semplificato.

Le Società Controllate estere adottano modelli di compliance per la gestione e il controllo delle attività a rischio ai fini della responsabilità di impresa adeguati alle peculiarità del contesto normativo locale, in coerenza con gli appositi strumenti normativi interno emessi da Eni SpA. Le Società Controllate estere esposte a maggiori livelli di rischio di responsabilità di impresa, sulla base di specifici parametri ed indicatori ben definiti, si dotano di specifici organismi di compliance, incaricandoli di svolgere verifiche indipendenti sulle materie di interesse.

Ad ogni modo tutte le Società Controllate estere, a prescindere dal proprio livello di rischio, sono sottoposte ai normali strumenti ed attività di controllo ad esse applicabili ai sensi della normativa interna.¹⁵¹

Allo scopo di mettere a fattor comune, tra le società del gruppo gli eventuali spunti di miglioramento rinvenibili dalle esperienze applicative dei modelli organizzativi maturate in altre Società Controllate, gli organismi di vigilanza delle Società Controllate italiane informano l'Organismo di Vigilanza di Eni SpA in ordine:

- a) ai fatti rilevanti da essi appresi ad esito delle attività di vigilanza svolte;
- b) alle sanzioni disciplinari applicate.

Dunque tutti gli eventi che evidenziano la necessità di modificare e integrare il modello organizzativo della società controllata cui i predetti eventi si riferiscano.

¹⁵¹ ci si riferisce in questo caso alle attività di verifica di internal audit, i normali cicli di risk assessment e monitoring

Inoltre, gli organismi di vigilanza delle Società Controllate italiane e gli organismi di compliance delle Società Controllate estere riscontrano, senza ritardo, ogni richiesta di informativa giunta loro da parte dell'Organismo di Vigilanza di Eni SpA, informandolo altresì di ogni circostanza significativa da essi appresa, che risulti rilevante ai fini dello svolgimento delle attività di competenza dell'Organismo di Vigilanza di Eni SpA.

Per quanto riguarda, invece, la diffusione del Modello 231 presso le società italiane a controllo congiunto e società italiane collegate, Eni SpA e le Società Controllate, si adoperano affinché adottino un proprio modello di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del d.lgs n. 231 del 2001 che sia il più coerente possibile con i contenuti ed i principi del Modello 231 del Gruppo.

2 GRUPPO CATTOLICA ASSICURAZIONI

2.1 Profilo del Gruppo

Il Gruppo Cattolica è uno dei maggiori attori del mercato assicurativo italiano e può contare su una raccolta premi di oltre 5 miliardi di euro a fine 2017. Oltre 3,6 milioni di clienti si affidano alle soluzioni assicurative e ai prodotti distribuiti da Cattolica e dalle altre società del Gruppo.

Cattolica è inoltre l'unica società cooperativa di settore quotata alla Borsa di Milano, dove è presente dal novembre 2000.¹⁵²

Cattolica è la Capogruppo dell'omonimo Gruppo assicurativo, costituito da società assicurative, autorizzate ad operare nei rami danni e/o nei rami vita, e strumentali.

Le società assicurative e di bancassurance che compongono il Gruppo Cattolica sono undici:

- Vera Assicurazioni;
- Vera Vita;
- Vera Financial;
- Lombarda Vita;
- BCC Assicurazioni;
- BCC Vita;
- ABC Assicura;
- Berica Vita;
- Cattolica Life;
- TUA Assicurazioni

Le altre società attive nell'ambito agricolo-immobiliare e di servizi operativi:

- Cattolica Immobiliare;
- Cattolica Agricola;
- Cattolica Beni Immobiliari;

¹⁵² Profilo-societario (www.cattolica.it)

- Cattolica Services;
- C.P. Servizi Consulenziali;
- Agenzia Generale Agrifides.

Il modello di amministrazione e controllo adottato da Cattolica è quello tradizionale, con la presenza del Consiglio di Amministrazione e del Collegio Sindacale.

2.2 Il Codice Etico di Cattolica

Il Gruppo considera la ricerca e tutela della ottima qualità del rapporto con i propri interlocutori¹⁵³ una esigenza primaria per la realizzazione della propria missione.

Il Codice dunque, enuncia taluni principi e norme di comportamento che devono essere rispettate da quanti operano all'interno e all'esterno del Gruppo nello svolgimento della loro attività, al fine che siano adempiuti gli impegni assunti dal Gruppo nei confronti dei propri interlocutori; ciò al fine di favorire la diffusione delle caratteristiche anche culturali a cui si ispira l'operatività del Gruppo, non disgiunta da un peculiare stile di correttezza e trasparenza a cui ogni collaboratore è chiamato ad aderire.

2.3 Modello 231 di Cattolica

La Società Cattolica di Assicurazione S.C.p.A., Capogruppo del Gruppo Assicurativo Cattolica Assicurazioni, è la società che, ai sensi dell'art. 2359 primo e secondo comma del Codice Civile, controlla le altre società del Gruppo assicurativo Cattolica e svolge, ai sensi dell'art. 2497 del Codice Civile, attività di direzione e coordinamento nei confronti delle stesse.

Nel settore assicurativo le attività e le responsabilità di direzione e coordinamento risultano maggiormente pervasive rispetto a quelle previste dalla normativa civilistica,

¹⁵³ siano essi soci, azionisti, collaboratori dipendenti, agenti, clienti, partner, fornitori o consulenti...

in virtù della disciplina speciale contenuta nel Titolo VII, Capo IV del Codice delle Assicurazioni D.Lgs. Private.¹⁵⁴

Per la costruzione del proprio Modello, dunque, Cattolica si è ispirata alle Linee guida elaborate dall'Associazione Nazionale Italiana fra le Imprese Assicuratrici (A.N.I.A), nonché di ulteriori prassi applicative del Decreto.

I punti fondamentali che le Linee Guida individuano nella costruzione dei Modelli possono essere così sintetizzati e schematizzati:

- Individuazione delle aree/attività di rischio, volta a verificare in quale area/settore attività aziendale sia possibile la realizzazione dei Reati previsti dal Decreto;
- Obblighi di informazione dell'Organismo di Vigilanza, volti a soddisfare l'attività di controllo sul funzionamento, l'efficacia e l'osservanza del Modello;
- Predisposizione di un sistema di controllo interno ragionevolmente in grado di prevenire o ridurre il rischio di commissione dei Reati attraverso l'adozione di appositi protocolli.

Tenendo in considerazione i predetti punti fondamentali, il Modello di Cattolica è stato elaborato in prima istanza tenendo conto dell'attività concretamente svolta dalla Società, della sua struttura, nonché della natura e delle dimensioni della sua organizzazione, con continui aggiornamenti che si renderanno necessari.

La società ha dunque, proceduto ad un'analisi preliminare del proprio contesto aziendale e, successivamente, ad una analisi delle aree di attività che presentano profili potenziali di rischio, in relazione alla commissione dei reati indicati dal Decreto. In particolar modo, sono stati analizzati: la Storia della Società, il contesto normativo di riferimento, il contesto societario, il settore di appartenenza, l'assetto organizzativo aziendale, il sistema di corporate governance esistente, il sistema delle procure e delle deleghe, i rapporti giuridici esistenti con soggetti terzi, la realtà

¹⁵⁴ D.Lgs. 7 settembre 2005, n. 209, e successive modifiche ed integrazioni.

operativa le prassi e le procedure formalizzate e diffuse all'interno della Società per lo svolgimento delle operazioni.

In particolare, ha proceduto:

- Alla identificazione dei processi, sotto processi o attività aziendali in cui è possibile che siano commessi i reati presupposto indicati nel Decreto;
- All'autovalutazione dei rischi¹⁵⁵ di commissione di reati e dell'idoneità del sistema di controllo interno ad intercettare comportamenti illeciti;
- All'identificazione di adeguati presidi di controllo, già esistenti o da implementare nelle procedure operative e prassi aziendali;
- All'analisi del proprio sistema di deleghe e poteri e di attribuzione delle responsabilità.

Il Consiglio di Amministrazione provvede alla nomina dell'Organismo di Vigilanza mediante apposita delibera consiliare.

Dunque, in ottemperanza a quanto stabilito dall'art.6, comma1, lett. b) del Decreto e dalle Linee guida elaborate da ANIA, il Consiglio di Amministrazione ha nominato un Organismo di Vigilanza composto da quattro membri:

- Due membri esterni, tra cui individuare il presidente: dotati di indiscussa autorevolezza, competenza nelle tematiche giuridiche, economiche e finanziarie e comprovata esperienza in materie attinenti agli specifici compiti assegnati all'OdV.
- Due membri interni: Il responsabile pro tempore della Funzione di Revisione Interna ed il responsabile pro tempore della Funzione di Verifica della Conformità, i quali per la conoscenza della Società e per l'indipendenza organizzativa dagli organi direttivi e dalle funzioni operative, sono i più idonei a ricoprire la carica di membro dell'OdV.

¹⁵⁵ C.d. risk self assessment

2.4 Le altre Società del gruppo

Ogni società facente capo a Cattolica è tenuta ad adoperarsi per adottare un proprio modello di organizzazione, gestione e controllo, previa delibera del Consiglio di Amministrazione, dopo aver analizzato ed identificato le attività a rischio di reato e le misure atte a prevenirle.

Tutte le Società controllate da Cattolica, nella definizione del proprio modello organizzativo, si attengono ai principi generali della normativa interna, integrandone i contenuti in base alle specifiche peculiarità inerenti la natura, le dimensioni, il tipo di attività, la struttura delle deleghe interne e dei poteri delle Società Controllate stesse. È cura di ogni società controllata adottare un proprio modello e nominare un proprio Organismo di Vigilanza.

Il modello adottato dalle Società Controllate è comunicato all'Organismo di Vigilanza della Compagnia, che ne riferisce al Consiglio di Amministrazione. Ogni successiva modifica di carattere significativo, apportata al proprio modello, è comunicata dagli Organismi di Vigilanza delle Società Controllate all'Organismo di Vigilanza di Cattolica.

Per quanto riguarda l'OdV, quest'ultimo esercita la funzione istituzionale attribuitagli dall'art. 6 del Decreto con riferimento allo specifico modello organizzativo sul quale è chiamato a vigilare.

Infatti, all'interno di un gruppo societario, per quanto incisivo possa essere il controllo della Capogruppo e l'ipotetica "vigilanza di gruppo" del relativo organismo, è solo a livello di ogni singola società controllata che può essere eseguita una efficace e completa attività di sorveglianza.

La società Capogruppo deve interessarsi dell'effettiva adozione del modello e costituzione dell'OdV da parte di ciascuna Società Controllate, assicurandosi che quest'ultime siano nelle condizioni di adeguarsi alle disposizioni del Decreto, svolgendo un ruolo di stimolo, ma senza determinare le scelte in materia di costituzione e funzionamento dell'OdV.

Infatti, il rischio-reato va gestito da ogni singola società al suo interno e, per tale ragione, ogni Società del Gruppo, così come deve elaborare autonomamente il proprio modello organizzativo, deve parimenti costituire un proprio organismo ad hoc.

In detto contesto, peraltro, gli Organismi di Vigilanza delle Controllate, pur mantenendo la necessaria autonomia e indipendenza nello svolgimento dei compiti affidati, alimentano forme di reporting periodico (semestrale/annuale) nei confronti dell'Organismo di Vigilanza della Capogruppo.

In tema di composizione dell'OdV, relativamente alle altre società del Gruppo, sono adottate le seguenti linee guida:

- Società Controllate: l'OdV è composto in forma collegiale da tre membri, di cui uno non appartenente al personale della società, da individuarsi preferibilmente tra i membri esterni dell'OdV della Capogruppo e nominato presidente, e due identificati con il Responsabile della funzione di Revisione Interna ed il Responsabile della Funzione di Verifica della Conformità;
- Società Controllate in joint venture: l'OdV è composto, di norma, in forma collegiale da quattro membri, di cui due non appartenenti al personale della società, dei quali il primo da individuarsi tra i membri esterni dell'OdV della Capogruppo e nominato presidente, il secondo designato dal Partner, e gli altri due identificati con i responsabili delle Funzioni di Revisione Interna e di Verifica della conformità.

Il Gruppo Cattolica si è dotato di un sistema di controlli interni di gruppo.

È previsto un coordinamento tra gli OdV delle società del Gruppo che consente, attraverso lo scambio periodico di informazioni reciproche, di avere una visione globale dei rischi e delle eventuali carenze presenti all'interno del Gruppo. In base a quanto riscontrato, il coordinamento si realizza attraverso incontri periodici, per approfondire tematiche a rischio e per consultarsi su possibili soluzioni.

Inoltre, sono previsti scambi di informazioni puntuali in relazione a variazioni o evoluzioni normative e/o di reati presupposto.

L'organizzazione dei controlli con un approccio integrato è finalizzato all'ottimizzazione e razionalizzazione delle attività di controllo e, in particolare, ad una maggiore efficacia ed efficienza del piano delle verifiche, con benefici di costi in termini di risorse impiegate e una maggiore copertura delle attività sensibili nell'ambito del piano annuale.

Pertanto, tenendo conto della specificità di ogni Società all'interno del Gruppo, le attività di vigilanza possono essere affidate da parte delle Controllate alla Capogruppo (Funzioni di Revisione Interna e di Verifica della Conformità), nell'ambito di accordi di service o attraverso delibere formalizzate dai singoli OdV.

Il reporting redatto dalle funzioni di controllo della Capogruppo a beneficio degli OdV delle Controllate costituisce il supporto per la redazione dei report periodici, che gli stessi OdV inviano periodicamente al Consiglio di Amministrazione delle Controllate, nonché all'Organismo di Vigilanza della Capogruppo.

3 GRUPPO ITALIAONLINE:

3.1 Profilo del Gruppo

Italiaonline è un gruppo digitale leader in Italia, nato dalla fusione per incorporazione di Italiaonline S.p.A in SEAT Pagine Gialle S.p.A., efficace dal 20 giugno 2016.

Il gruppo Italiaonline opera, infatti, sul mercato web marketing e digital advertising, inclusi la gestione di campagne pubblicitarie e la generazione di leads attraverso i social network e i motori di ricerca ed è l'operatore leader nel mercato italiano delle directories cartacee online e telefoniche, e rappresenta oggi la prima web company nazionale e il terzo player del mercato web italiano. Con la sua capillare rete di vendita e la capacità di realizzare progetti su misura per la visibilità online dei large account, la società annovera circa 300.000 clienti tra grandi, piccole e medie aziende. Italiaonline detiene il 100% di Moqu Adv Srl, Digital Local Services (70 filiali locali costituite in forma di Srl direttamente controllate da Italiaonline), BIZPAL Srl, Consodata SpA e Couponing Italia Srl (quest'ultima in liquidazione). Detiene inoltre una partecipazione del 20% in Gold Five Srl (in liquidazione).

Le azioni ordinarie e di risparmio della società sono quotate sul Mercato Telematico Azionario, MTA organizzato e gestito da Borsa Italian SpA e sono presenti negli indici FTSE all share capped, FTSE Italia All-Share, FTSE Italia Small Cap, FTSE Italia Servizi al Consumo e FTSE Italia Media.

Il modello di amministrazione e controllo della Capogruppo è quello tradizionale in cui la governance si caratterizza per la presenza di: Assemblea dei Soci, Consiglio di Amministrazione e Collegio Sindacale; mentre l'attività di revisione legale dei conti è affidata alla Società di Revisione.

3.2 Il Codice etico di Italiaonline

Il 16 dicembre 2016, il Consiglio di Amministrazione di Italiaonline ha approvato il nuovo Codice Etico e "i Principi e linee guida di Gruppo per l'implementazione del Modello di Organizzazione e Gestione secondo i principi di cui al d.lgs 231/01.

Entrambi i documenti, hanno una duplice valenza in quanto, da un lato illustrano il sistema di procedure e di controlli richiesti da Board, finalizzati a ridurre il rischio di commissione di reati previsti dalla speciale normativa, dall'altra forniscono una serie di indicazioni comportamentali e di divieti che mirano ad una gestione etica del business, al rispetto di tutte le normative che ne disciplinano il funzionamento e, non da ultimo, alla efficacia ed efficienza di tutte le attività aziendali, nell'interesse degli stakeholders.

È stata inoltre prevista, a supporto anche dell'Organismo di Vigilanza, oltre che degli Organismi di Vigilanza delle controllate, la costituzione di un Comitato Etico, composto dai responsabili delle Direzioni Internal Audit & Compliance, Human Resources e Affari Legali e societari, che potrà meglio assicurare una vista multidisciplinare sulle problematiche trattate.¹⁵⁶

3.3 Il Modello 231 di Italiaonline

Il Modello organizzativo è costituito dal sistema di regole operative e comportamentali, dai sistemi informativi e dai presidi organizzativi, da ruoli e responsabilità, attraverso cui si snodano le attività della Società o delle società del Gruppo, collegati a elementi specifici di controllo in grado, complessivamente di prevenire la commissione delle diverse tipologie di reati contemplate dal Decreto. Con le presenti Linee Guida viene:

- Ribadito che tutti coloro che operano in nome e per conto della Società nelle “aree a rischio reato” e nelle “aree strumentali alla commissione dei reati”, possono incorrere in illeciti di natura disciplinare o penale, nel caso di violazione delle disposizioni aziendali;
- Ribadito che tali forme di comportamento illecito sono fortemente condannate dalla Società, in quanto contrarie, oltre che alle disposizioni di legge, anche ai principi etici della Società;
- Consentito alla Società, grazie ad una azione di monitoraggio continuo sulle “aree a rischio reato” e sulle “aree strumentali alla commissione dei reati”, di

¹⁵⁶ www.italiaonline.it

intervenire tempestivamente per prevenire o contrastare la commissione dei reati stessi.

Vengono quindi identificare le attività sensibili¹⁵⁷ (attività da rieseguirsi a seguito della fusione tra Italiaonline SpA la ex controllata Seat PG SpA) da aggiornare costantemente grazie al processo ERM (Enterprise Risk Management) con il supporto di tutte le funzioni aziendali allo scopo di individuare processi e attività operative e di supporto, nel cui ambito possono realizzarsi le condotte illecite.

L'Organismo di vigilanza definisce e svolge le attività di competenza secondo la regola della collegialità ed è dotato ai sensi dell'art.6, comma I, lett. b) del d.lgs. 231/2001 di "autonomi poteri di iniziativa e controllo". Esso è nominato con delibera del Consiglio di Amministrazione o dell'Organo di gestione di ciascuna Società ed è composto da soggetti esterni e interni alle Società, dotati di adeguata esperienza professionale.

3.4 Applicazione del Modello 231 alle società controllate

Le Linee Guida in precedenza descritte costituiscono altresì principi organizzativi e gestionali di riferimento per la definizione del Modello di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del d.lgs. 231/01 di ciascuna società controllata con sede nel territorio nazionale. Nell'adozione di propri modelli organizzativi, le società del Gruppo dovranno pertanto conformarsi a esse, salvo quanto previsto in materia di composizione dell'OdV che potrà modularsi secondo criteri di proporzionalità. La capogruppo comunica, con le modalità che ritiene più opportune, agli organi amministrativi delle società controllate Le Linee Guida e ogni successivo aggiornamento.

Ogni società controllata è tenuta ad adottare un modello organizzativo commisurato alle dimensioni e alla complessità organizzativa. Fino all'adozione del proprio

¹⁵⁷ Attraverso la "as-is analysis"

Modello, qualora non presente, le società del Gruppo assicurano la prevenzione dei fatti di reato attraverso idonee misure di organizzazione e di controllo interno.

Quanto invece, alle controllate estere adotteranno adeguate misure di contenimento dei rischi di commissione di reati da parte dei propri dipendenti secondo i principi di cui al Codice Etico.

Inoltre, le Società del Gruppo contemplano 2 categorie di flussi informativi:

- Flussi informativi generali e informazioni non strutturate consistenti: nell'obbligo generale in capo ai responsabili delle funzioni aziendali o i referenti individuati da costoro, di comunicare all'Organismo di Vigilanza ogni informazione utile per agevolare lo svolgimento delle verifiche sulla corretta attuazione del Modello; e nell'obbligo in capo a tutti i dipendenti di segnalare direttamente all'Organismo nell'apposito indirizzo di posta elettronica attivato per ciascuna società del Gruppo o mediante comunicazione sul canale dedicato di Gruppo;
- Informazioni strutturate, ad evento o periodiche: si tratta di informazioni da inviare all'OdV a cura di ciascuna funzione aziendale e riferite ai processi sensibili. E' compito dell'OdV definire e rivedere periodicamente, per ciascuna processo sensibile o area di rischio le informazioni necessarie per esercitare i propri compiti.

Inoltre, l'Organismo della Capogruppo, nel rispetto dell'autonomia funzionale degli Organismi delle singole società del Gruppo, che esercitano autonomamente i loro compiti, promuove la diffusione e la conoscenza da parte delle Società controllate della metodologia e degli strumenti di attuazione del Modello attraverso il coordinamento degli stessi. L'OdV della società controllata informa l'OdV della controllante in ordine all'attività svolta, fatti rilevanti e conseguenti sanzioni disciplinari, oltre agli adeguamenti del Modello conseguenti ai mutamenti intervenuti nell'ambiente.

4 GRUPPO ATLANTIA

4.1 Profilo del Gruppo

Atlantia è leader globale nel settore delle infrastrutture di trasporto autostradali ed aeroportuali con una presenza articolata in 16 paesi. Il gruppo gestisce 14.000 chilometri di autostrade a pedaggio, gli aeroporti di Fiumicino e Ciampino in Italia e i tre aeroporti di Nizza, Cannes-Madelieu e Saint Tropez in Francia con oltre 60 milioni di passeggeri l'anno.

Quotata alla Borsa di Milano, Atlantia ha un fatturato aggregato 2017 superiore a 11 miliardi di euro e un Ebitda di oltre 7 miliardi di euro, con oltre 32.000 dipendenti. Atlantia è dunque una holding di partecipazione industriale; in particolare gestisce partecipazioni in società concessionarie autostradali italiane, per il tramite della controllata Autostrade per l'Italia SpA e partecipazioni in concessionarie autostradali estere sia direttamente che indirettamente (India, Polonia, Brasile e Cile).

A seguito della fusione con Gemina SpA, dal 2013 Atlantia controlla anche Aeroporti di Roma e dal mese di novembre 2016, Atlantia possiede, per il tramite di Azzurra Aeroporti Srl, la maggioranza del capitale sociale di Aéroports de la cote d'Azur. Inoltre, dal dicembre 2016 Atlantia controlla direttamente Telepass SpA che gestisce il sistema di pagamento elettronico del pedaggio autostradale più diffuso in Europa, con oltre 8 milioni di dispositivi Telepass in circolazione.

Infine, Atlantia controlla direttamente Pavimental, Spea Engineering e Fiumicino Energia che offrono soluzioni integrate nel campo dei servizi di ingegneria per la progettazione, costruzione e manutenzione di infrastrutture autostradali e aeroportuali, della sicurezza, del controllo del traffico e delle tecnologie di risparmio energetico.¹⁵⁸ Atlantia ha adottato un sistema di amministrazione e di controllo di tipo tradizionale con gestione affidata al CdA, le funzioni di vigilanza attribuite al Collegio Sindacale e quelle di controllo contabile alla Società di Revisione.

¹⁵⁸ Profilo del gruppo www.atlantia.it

4.2 Il Codice Etico di Atlantia

Il Codice Etico si applica all'intero Gruppo Atlantia, in qualsiasi Paese e a qualsiasi livello dell'Organizzazione pur in considerazione della diversità culturale, sociale ed economica. In caso di disallineamento tra i principi espressi nel Codice Etico e le normative locali, si applicano comunque le previsioni più restrittive, siano esse quelle espresse nel Codice Etico oppure nel singolo ordinamento giuridico.

Al fine di promuovere l'osservanza del Codice a tutti i livelli e in tutti i Paesi, il Gruppo si impegna a fornire adeguati strumenti di informazione, comunicazione, prevenzione e controllo.

I principi espressi nel Codice Etico rappresentano la base valoriale comune e presupposto essenziale non derogabile che deve guidare, nell'ambito delle proprie funzioni, i comportamenti di tutti i Destinatari.

Il Codice Etico è infatti parte integrante del rapporto di lavoro, L'osservanza delle norme del Codice deve considerarsi parte essenziale degli obblighi del Personale del Gruppo.

4.3 Il Modello 231 di Atlantia

Atlantia ha adottato il Modello dal 2003, ed è stato oggetto negli anni di numerosi interventi di aggiornamento, in funzione dell'evoluzione del quadro normativo e organizzativo. Nell'elaborazione del modello vengono prese in considerazione le Linee Guida di Confindustria e si compone di varie fasi:

- Mappatura delle attività a rischio: valutazione delle attività aziendali nell'ambito delle quali potrebbe essere commesso uno dei reati presupposto nonché quelle che potrebbero essere strumentali alla commissione di tali illeciti, rendendo possibile o agevolando il perfezionamento del reato presupposto;
- Analisi dei presidi di controllo: analisi del sistema dei controlli esistenti nei processi/Attività a rischio, al fine di valutarne l'adeguatezza nella prevenzione del rischio;

- Gap Analysis: il disegno dei controlli rilevato è stato confrontato con le caratteristiche e gli obiettivi richiesti dal Decreto e suggeriti dalle Linee Guida di Confindustria e dalle migliori pratiche nazionali e internazionali.

L'Organismo di Vigilanza è stato nominato dal Consiglio di Amministrazione ed è composto da due membri esterni, di cui uno con le funzioni di coordinatore, e dal Responsabile della Direzione Internal Audit di Gruppo.

4.4 Applicazione del Modello 231 da parte delle Società controllate

Ciascuna Società del Gruppo, in quanto singolarmente destinataria dei precetti del d.lgs. 231/2001 è chiamata a svolgere autonomamente l'attività di predisposizione e revisione del proprio Modello Organizzativo.

L'adozione da parte di ogni Società del Gruppo di un proprio autonomo Modello consente alle stesse di elaborare un modello realmente calibrato sulla propria realtà organizzativa e gestionale confermando l'autonomia della singola Società nell'ambito del Gruppo. Solo ciascuna Società può infatti realizzare la puntuale ed efficace ricognizione e gestione dei rischi di possibile commissione di reato, necessaria affinché al modello sia riconosciuta l'efficacia esimente di cui all'art.6 del Decreto. Ciascuna Società controllata istituisce un autonomo e indipendente Organismo di Vigilanza con il compito primario di vigilare sull'attuazione del Modello secondo le procedure in esso descritte e sulla base delle indicazioni contenute negli artt. 6 e 7. Il Modello di Atlantia rappresenta il punto di riferimento per la definizione dei modelli di organizzazione delle Società controllate, direttamente e indirettamente, con particolare riguardo ai principi definiti nello stesso. Resta ferma l'individuazione, da parte di ciascuna Società controllata, delle attività sensibili e dei protocolli specifici¹⁵⁹ in ragione delle peculiarità della propria realtà aziendale., Tutte le modifiche e integrazioni al Modello di Atlantia devono essere tempestivamente comunicate alle

¹⁵⁹ La Società ha messo a punto un complesso di procedure volte a specificare l'articolazione dei processi aziendali di cui l'organizzazione si compone descrivendo le modalità di svolgimento, individuando i contenuti e le responsabilità nonché le attività di controllo e monitoraggio da espletare al fine di garantire la correttezza, l'efficacia e l'efficienza delle attività aziendali.

Società controllate affinché, nell'ambito della richiamata autonomia, valutino l'eventuale opportunità di adeguamento dei rispettivi Modelli di Organizzazione Gestione e Controllo.

Le Società di diritto estero, controllate direttamente o indirettamente da Atlantia, hanno adottato un Compliance Programme ispirato ai contenuti del Modello di Atlantia,¹⁶⁰ nel rispetto delle peculiarità della normativa locale.

Nel rispetto della reciproca autonomia e della riservatezza delle informazioni afferenti alle diverse Società del Gruppo, l'Organismo di Vigilanza può relazionarsi con gli OdV della Società controllate per l'efficace attuazione dei rispettivi Modelli. Tali flussi informativi possono riguardare le modalità di programmazione delle attività, le iniziative assunte, eventuali violazioni del Modello, sanzioni applicate e criticità riscontrate nell'attività di vigilanza al fine di individuare e conoscere settori di attività rivelatisi a rischio.

¹⁶⁰ Il modello dovrà dunque contenere: analisi dell'attività aziendale nell'ambito della quale potrebbe essere commesso il reato; procedura di esecuzione di tali attività onde rendere difficoltosa la realizzazione di eventuali reati; protocollo preventivo di informazione delle operazioni in corso; specificazione dei poteri di firma e controllo delle movimentazioni bancarie, che potrebbero fornire i mezzi per compiere reati.

5 I risultati dell'indagine

I principali aspetti caratterizzanti il Modello previsto dal Decreto sono stati recepiti dai Grandi Gruppi come una opportunità per migliorare e razionalizzare il sistema di controllo interno di Gruppo e l'assetto procedurale già in essere. I principi di controllo e la compliance con le linee guida aziendali hanno da sempre costituito obiettivi prioritari dei Gruppi, e da questo punto di vista le previsioni del Decreto sono diventate parte integrante dell'organizzazione interna.

Un aspetto interessante per le società Capogruppo è pertanto l'individuazione degli strumenti che consentano di esercitare il ruolo di direzione e coordinamento nell'ambito della compliance al D.lgs. 231/2001, garantendo al contempo il rispetto dell'autonomia giuridica di ogni società facente parte del Gruppo.

Analizzando i 4 casi studio, operanti tutti in diversi settori, è emerso come nella realtà rispetto all'idealtipo di Modello definito dalle Linee Guida, si riscontrano soluzioni differenti in cui la Capogruppo esercita una maggiore influenza nella determinazione del Modello all'interno dell'intero Gruppo (costituendo quasi un Modello unico di Gruppo), oppure situazioni in cui vi è maggiore libertà nella determinazione del Modello specifico per ciascuna società del gruppo.

In ogni caso è emerso come il Modello della Capogruppo sia preso a riferimento per i Modelli delle controllate, che ne traggono linee guida e principi ispiratori: in alcuni casi condividendo anche le procedure di identificazione delle attività sensibili, stessa metodologia e condivisione degli strumenti di attuazione del Modello 231.

Le attività di analisi dei rischi specifici nell'ambito del Decreto (risk assessment) e, analogamente, l'identificazione dei principi di controllo e di comportamento, risultano infatti, nella maggior parte dei casi, avviate dalle società Capogruppo, anche al fine di individuare e validare l'approccio metodologico e le conclusioni sulle analisi di rischio, con la successiva estensione dello stesso alle società controllate, che valutano le proprie situazioni di rischio specifico ed elaborano il proprio Modello.

Tutti i casi coinvolti nella presente analisi, hanno previsto l'adozione del Modello per tutte le controllate e collegate.

Ogni Società del gruppo, infatti, si è adoperata per adottare un proprio Modello con delibera del proprio Consiglio di Amministrazione.

In particolare, la percezione del profilo di rischio sui reati commessi all'estero è risultata molto influenzata dall'estensione geografica e dalla tipologia di business svolto, per cui i Grandi Gruppi presi in considerazione, hanno ritenuto opportuno avviare progetti di ricognizione dei rischi per ottenere un certo livello di copertura delle attività sensibili (spesso tramite l'adozione di Compliance Programs), ottenuto attraverso disposizioni, policy e documentazione in linea con il Codice Etico di ciascun Gruppo, anche presso le controllate estere, soprattutto alla luce delle normative come UK Bribery Act, e Foreign Corrupt Practices Act, vigenti in paesi stranieri ove i Gruppi operano.

Per quanto riguarda la composizione dell'Organismo di Vigilanza, in tutti i casi analizzati, la Capogruppo assume il ruolo di coordinare e fornire indicazioni sulla composizione e durata dell'OdV delle società facenti parte al Gruppo, in linea con le previsioni del Decreto ed in relazione alle caratteristiche dell'Organismo stesso. Le indicazioni dei Grandi Gruppi convergono, verso una struttura collegiale¹⁶¹ ed una presenza di membri esterni, per conseguire una maggiore indipendenza dell'Organismo stesso e per riuscire a mantenere, con una pluralità di competenze, una efficace vigilanza, a fronte di realtà complesse e della progressiva estensione del novero dei reati presupposto.

Gli Organismi di Vigilanza delle controllate, pur mantenendo la necessaria autonomia e indipendenza nello svolgimento dei compiti affidati, alimentano forme di reporting nei confronti dell'Organismo di Vigilanza delle Capogruppo.

Ogni Gruppo considerato ha posto attenzione sul flusso di informazioni, specificatamente disciplinato, che consente di avere una visione globale dei rischi e delle eventuali carenze riscontrate all'interno del Gruppo.

¹⁶¹ In generale, la prassi registra una maggiore diffusione degli OdV a composizione collegiale, e quindi composto da più soggetti forniti della necessaria professionalità e che siano in grado di assicurare "continuità d'azione" (cfr. ordinanza del Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Milano, 20 Settembre, 2004). Negli enti di piccole dimensioni, invece, non è infrequente la presenza di un Organismo monocratico: in tal caso, l'incarico viene affidato nella stragrande maggioranza dei casi ad un professionista esterno.

In tutti i casi vi è una parte, anche molto dettagliata, che disciplina l'attività di formazione in materia di d.lgs 231/2001.

Anche se il D.Lgs 231/2001 non prevede direttamente in capo all'ente un obbligo di formazione verso i dipendenti e i dirigenti ma è stata avvertita da tutti i Grandi Gruppi come uno degli elementi maggiormente incisivi per favorire la diffusione della conoscenza del Decreto e delle procedure adottate per adempiere alle previsioni del Modello stesso. Ogni Gruppo, dunque si è assicurato di fornire una adeguata conoscenza, comprensione ed applicazione del Modello da parte dei dipendenti e dei dirigenti che operano in specifiche aree di rischio, all'Organo di Vigilanza ed ai preposti al controllo interno. Tale attività di formazione, il più delle volte, si sostanzia in:

- Corsi di formazione obbligatori;
- Disponibilità di informazioni su un apposito sito intranet aziendale, disponibile a tutti gli utenti anche non dipendenti;
- Attività in modalità e-learning con relativo attestato di fruizione.

La tendenziale omogeneità dei suddetti Modelli è frutto non solo dell'esigenza di conformarli alle Linee Guida delle associazioni di categoria, ma anche di pressioni dei contesti sociali e culturali quali variabili in grado di spiegare le dinamiche organizzative.

In particolare in tutti i casi esaminati è emerso un continuo miglioramento dei Modelli 231 sia per i Gruppi che lo hanno adottato sin dal 2003/2004, sia per i Gruppi che si sono dotati del Modello in un momento successivo e a seguito di processi di riorganizzazione aziendale. Tali variazioni intervenute rappresentano non solo la fisiologica successione degli aggiornamenti apportati ai Modelli 231 in relazione all'introduzione nel catalogo di nuovi reati-presupposto, ma sono anche ascrivibili ad una variazione migliorativa, significativa di fattori interni e dell'intera cultura organizzativa. Infatti i Gruppi hanno fornito, a fronte della pressione al cambiamento, spesso indotta dall'apertura di un procedimento giudiziale, risposte organizzative tendenzialmente omogenee, generando processi di miglioramento standardizzati in grado di condurre ad un risultato di qualità tendenzialmente elevata.

Tenendo conto del contesto organizzativo:

- Da un lato, la situazione di incertezza in cui versano le imprese sottoposte ad un procedimento penale stimola comportamenti volti ad imitare organizzazioni che hanno percorso, con risultati di successo, esperienze analoghe; parimenti, pur in assenza di un procedimento penale incombente, i casi studiati evidenziano come il processo di prima adozione del Modello sconti scelte che risentono della volontà di ripercorrere le scelte dei first movers pienamente legittimati nello specifico contesto;
- Dall'altro lato, altamente importante è il contributo fornito dai penalisti (in presenza di procedimenti 231) e dai consulenti coinvolti nei processi di aggiornamento e miglioramento dei Modelli 231: la presenza di figure professionali che sono connotate da percorsi formativi ed esperienze di vita analoghe stimola nelle diverse organizzazioni l'uniformità dei comportamenti; il tutto trova evidenza nell'esigenza che i Modelli 231 siano conformati alle best practice, e queste ultime sono il frutto diretto, tenendo conto delle posizioni espresse nelle Linee Guida e in giurisprudenza, delle esperienze progressivamente maturate dai consulenti in specifici contesti evoluti e poi disseminate presso altre realtà che ne richiedono l'intervento.

CONCLUSIONI

Al termine della disamina effettuata, sembra corretto affermare che il modello di organizzazione, gestione e controllo costituisce il vero e proprio polmone del d.lgs. n. 231/200, che viene attivato mediante procedure decisionali, presidi cautelari e di controllo, destinati a diffondere l'idea della prevenzione del rischio-reato all'interno del tessuto societario.

L'implementazione iniziale e il monitoraggio continuo del Modello Organizzativo ex D.Lgs. 231 hanno rappresentato e rappresentano un impegno rilevante per i Grandi Gruppi. Un impegno però necessario se si vuole beneficiare della condizione "esimente" in caso di commissione di uno dei reati previsti dal Decreto, ma soprattutto dei notevoli impatti positivi in termini di immagine. L'immagine di una realtà aziendale è fondamentale per la buona riuscita dei rapporti con i diversi stakeholders, cioè consumatori, fornitori, collaboratori, ecc.; in ogni caso in cui si aprono procedimenti giudiziari a carico di imprese, l'immagine di queste ne esce indebolita e, di conseguenza, i rapporti con i diversi portatori di interesse risultano a rischio. Non a caso, la stessa disciplina della sanzione della pubblicazione della sentenza mira a colpire, come si è visto in precedenza, la reputazione di cui l'impresa gode sul mercato, dal momento che questa funziona alla stregua di una pubblicità negativa.

L'introduzione della normativa 231 ha inoltre avuto il merito di aver posto particolare attenzione, forse per la prima volta nel panorama italiano in modo così netto, alla diffusione nelle aziende della cultura del rispetto dei principi etici, con la definizione di procedure e protocolli ed una condivisione degli obiettivi di Gruppo.

L'elaborato ha dunque analizzato il fenomeno dei gruppi con il relativo sviluppo nell'attuale sistema economico, ponendo l'attenzione del secondo capitolo alle principali sezioni del Decreto, commentandone i tratti essenziali che delineano la sostanza della responsabilità prevista per gli enti, dai soggetti destinatari, dall'elencazione dei reati che danno luogo alla responsabilità degli enti agli strumenti sanzionatori previsti per reprimere o scoraggiare le condotte criminose.

Nei capitoli introduttivi viene posta particolare attenzione al ruolo dei modelli organizzativi, tramite i quali l'ente può esimere la propria responsabilità nel caso in cui il reato sia commesso da soggetti apicali e sottoposti e, sulla composizione, caratteristiche e ruolo dell'Organismo di Vigilanza. Nel terzo capitolo invece si è cercato di estendere la disciplina contenuta nel D.lgs. 231/2001 nell'ambito dei Gruppi societari, in considerazione delle Linee Guida delle Associazioni di categoria ed affrontando il tema dell'espansione/propagazione della responsabilità di una società alle altre società appartenenti al Gruppo.

Il cuore dell'elaborato è costituito dal quarto capitolo che propone l'analisi dell'adozione del Modello 231 in quattro Grandi Gruppi, passando dunque ad un'applicazione pratica e concreta di quanto previsto nei capitoli precedenti.

La prassi è quella di adottare dei Modelli che siano omogenei nell'ambito di un gruppo, per evitare che una cattiva organizzazione delle controllate possa essere giudicata come una politica di gruppo inefficace nel prevenire i reati.

Tale indagine ha fatto emergere, infatti, un tendenziale processo migliorativo dei Modelli Organizzativi adottati ed una tendenziale omogeneità nella loro costituzione. Tuttavia le evidenze empiriche hanno anche dimostrato diversi gradi di intervento della capogruppo e quindi diversi gradi di differenziazione tra i Modelli delle società del gruppo per renderli sempre più aderenti agli specifici profili di rischio di ciascuna impresa.

L'adozione di un modello organizzativo in capo alla holding che sia poi coordinato a tutte le società facenti parte del gruppo, richiede notevoli investimenti sia economici che operativi: i costi di progettazione e attuazione di procedure e controlli sono ingenti. I Grandi Gruppi credono che l'investimento- economico e organizzativo- che affrontano consentirà di migliorare la governance, prevenire la commissione di illeciti, evitare un'espansione delle responsabilità all'interno del gruppo, e ottenere nel caso in cui il reato sia comunque commesso, un riconoscimento in sede processuale di una scelta organizzativa virtuosa. L'idoneità di un modello a prevenire un reato non equivale, infatti, al concreto impedimento dell'illecito. Può accadere che, anche in presenza di un modello efficace, un reato possa essere commesso: lo stesso decreto 231 lo ammette esplicitamente.

In generale, in tutti i Gruppi esaminati il D.lgs. 231/2001 è stato letto non solo come un mero adempimento normativo, ma piuttosto come una spinta per un miglioramento ed uno sviluppo a livello organizzativo-gestionale e quindi come strumento che può dare un grande supporto al Gruppo in grado di dare coerenza e direzione alle sue azioni ed ispirarle ad un modello diverso e ritenuto vincente.

Pur mostrando come il Modello 231 sia stato adottato all'interno delle Grandi realtà come un'opportunità, all'esito della seguente indagine sono evidenti le numerose criticità riscontrate in occasione dell'applicazione in concreto della normativa in esame ai gruppi di impresa, determinati, dall'assenza di una specifica regolamentazione.

Si auspica pertanto, a fronte dei promessi interventi legislativi di riforma un approfondimento della materia in esame che tenga conto dei numerosi risvolti pratici che le molteplici forme di aggregazione societaria comportano. Tutto ciò per evitare che lo sforzo, anche economico, sostenuto dalle aziende per adeguarsi al Decreto sia vanificato da interpretazioni giurisprudenziali che non tengono conto della complessità delle relazioni infragruppo.

BIBLIOGRAFIA

- ABBADESSA P., La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione. (2008)
- AMODIO E., Rischio penale di impresa e responsabilità degli enti nei gruppi multinazionali, (2007)
- ASSUMMA F., La responsabilità amministrativa degli enti nei gruppi di imprese, Rivista 231, (2011)
- ATTISANO F., ROSATO R., “Modello 231, ERM e riforma della responsabilità amministrativa”, Rivista dell’Associazione Italiana Auditors, (2011)
- AZZINI L., I gruppi aziendali, Giuffrè, Milano (1975)
- AZZINI L., Istituzioni di economia d’azienda, Giuffrè, Milano, (1982)
- BASTIA P., I Modelli Organizzativi, in LATTANZI (a cura di), Reati e responsabilità degli enti, Milano, (2005)
- BASTIA P., reati e responsabilità degli enti, (2005)
- BERTA G., i gruppi Societari, Torino, (2011)
- BOIDI M.- FRASCINELLI R. – VERNIERO P., La compatibilità del collegio sindacale quale Organismo di Vigilanza ex d.lgs. 231/2001, (2011)
- BONAZZA P., Gruppi societari e vantaggi compensativi, in Diritto e Pratica delle Società, n. 24, (2005)
- BRAMIERI M. – BAGAGLIA D. – FIRMANI A.– MIFSUD A., La responsabilità amministrativa e penale delle imprese, Milano, (2008)
- CALLEGARI M., I gruppi di società, in Il nuovo diritto societario – nella dottrina e nella giurisprudenza (2003-2009)

- CASSANDRO P.E., I gruppi aziendali, (1957)
- CHERUBINI G., La nuova responsabilità delle persone giuridiche, Milano, (2011)
- CLINARD M.B., Illegal Corporate Behavior, (1979)
- CROSETTI A., voce Organi, in Dig. Disc pubbl., vol. X, Torino, (1995)
- DE GOTTARDO F., Concorrenza sleale e abuso di direzione e coordinamento dei rapporti di gruppo, Riv. Giurisprudenza Commerciale, fasc.2, (2017)
- DE MAGLIE C., L'etica e il mercato, (2002)
- DE NICOLA A., L'organismo di vigilanza 231 nelle società di capitali, Torino, (2015)
- DE SIMONE G., Persone giuridiche e responsabilità da reato: profili storici, dogmatici e comparatistici, Edizioni ETS, Pisa (2012)
- DE VERO G., La responsabilità penale delle persone giuridiche, (2008)
- DE VIVO A. – DE LUCA C., Il D.Lgs. 231/2001 tra testo attuale e scenari futuri, Milano, (2012)
- DE VIVO A., Il professionista e il D.Lgs. 231/01. Il modello esimente tra strumenti operativi e corporate governance, (2012)
- DI SABATO F., Riflessioni sparse sui gruppi: direzione unitaria, rapporti infragruppo, rapporti creditizi di gruppo, (1995)
- EPIDENDIO T.E., I reati da cui dipende l'illecito, in A. BASSI, T.E. EPIDENDIO, Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari, Giuffrè, (2006)
- FIORELLA A., Responsabilità da reato degli enti collettivi, Jovene Editore, (2013)
- GALGANO F., Diritto commerciale: L'imprenditore-Le società, Zanichelli, Bologna (2008)

GALGANO F., Diritto commerciale. L'imprenditore- Le società, VIII ed., Bologna, (2013)

GIANNINI M.S., voce Organi (teoria generale), in Enc. Giur. Treccani, vol. XXXI, Milano, (1981)

LEMME G., Il diritto dei gruppi di società, Bologna (2013)

MAGRI P.- DE PAOLIS M., Modelli di organizzazione ed esenzione di responsabilità aspetti pratici ed operativi, in CANZIO G. – CERQUA L.D. – LUPARIA L., Diritto penale delle società, Padova, (2014)

MALAVASI M., La regolamentazione dei flussi informativi nel Modello Organizzativo ex d.lgs. 231/2001, (2010)

MENDUTO T., La responsabilità amministrativa nei gruppi societari, PuntoSicuro, Quotidiano sulla sicurezza sul lavoro, (2015)

MONGILLO V., Profili critici della responsabilità da reato degli enti alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale, (2009)

MONTALENTI P., "Interesse sociale, interesse di gruppo e gestione dell'impresa nei gruppi di società, (2015)

MONTALENTI P., Conflitto di interessi nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi, (1995)

MONTALENTI P., Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi, (2007)

MONTALENTI P., Organismo di Vigilanza 231 e Gruppi di società, (2009)

MONTESI C., I modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001. Etica d'impresa e punibilità degli enti, Giuffrè editore, (2005)

PAOLUCCI V., Imprese in crisi, Torino, (1992)

PAVONE A., Le società controllate. I gruppi, in G.E. COLOMBO, G.B. PORTALE, Torino (1991)

- PEDRAZZI C., Diritto penale III, scritti di diritto penale dell'economia, Milano (2003)
- PIERGALLINI C., La struttura del modello di organizzazione, gestione e controllo del rischio-reato, (2015)
- PIERGALLINI C., Paradigmatica dell'autocontrollo penale, (2011)
- PIERGALLINI C., reati e responsabilità degli enti, Giuffrè, (2010)
- PIERGALLINI P., I Modelli organizzativi, (2010)
- PISANI N., I Requisiti di Autonomia e di Indipendenza dell'Organismo di Vigilanza istituito ai sensi del d.lgs. 231/2001, in questa Rivista, (2008)
- PISTORELLI L., brevi osservazioni sull'interesse di gruppo quale criterio oggettivo di imputazione della responsabilità da reato, in La responsabilità amministrativa degli enti, n.1, (2006)
- PRESUTTI A.- BERNASCONI A.- FIORIO C. (a cura di), La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. legisl. 8 giugno 2001, n.231, Padova, (2008)
- PULITANO' D., La responsabilità da reati degli enti: i criteri di imputazione, (2002)
- ROSSI V., Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere, I gruppi di società. In Rivista delle società, Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia, (1995)
- ROSSIGNOLI F., Il modello di organizzazione, gestione e controllo nei gruppi di imprese: Riflessioni a partire dallo studio di due casi aziendali.
- SANTAGATA R., Il gruppo paritetico. Diritto commerciale interno ed internazionale, Torino (2002)
- SBISA' G., Direzione e coordinamento di società; (2012)
- SCAROINA E., Il problema dei gruppi di imprese, Milano (2006)

SCAROINA E., Il problema del gruppo di imprese, *Societas delinquere potest*, (2006)

SFAMENI P., *Responsabilità patrimoniale e vicende modificative dell'ente*, Milano, (2002)

SGUBBI F., Gruppo societario e responsabilità delle persone giuridiche ai sensi del D.lgs. 231/2001, in *Rivista 231*, (2006)

SORCI C, FALDETTA G., *I gruppi come strumenti di governo delle aziende*, Milano (2008)

TOMBARI U. n G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale; 2. Diritto delle Società*, VII ed., Torino, (2011)

TOMBARI U., *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, (2010)

VALZER A., *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, (2007)

WILLIAMSON O., *L'organizzazione economica. Impresa, mercati e controllo politico*, Bologna, (1991)

WILLIAMSON O., *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, New York, (1975)

SITOGRAFIA

<http://www.confindustria.vicenza.it/sito/website.nsf/Stampa.xsp?action=openDocument&p=ist&db=Guide&documentId=5663426C5CA0EE63C1256F5E0028F7F6>

https://www.abi.it/DOC_Normativa/Ordinamento/Responsabilita-amministrativa/tmp1048669044706_13LineeGuidaABI.pdf

<https://www.confindustria.it/notizie/dettaglio-notizie/linee-guida-confindustria-231-modelli-organizzativi>

<https://www.istat.it/storage/rapporto-annuale/2018>, Rapporto annuale 2018

www. Aodv231.it, Lista aggiornata al 2018

www.ania.it

www.atlantia.it, Profilo del Gruppo

www.cattolica.it, Profilo-societario

www.eni.com, Profilo aziendale

www.italiaonline.it

www.rivista231.it

LA RESPONSABILITA' AMMINISTRATIVA DEGLI ENTI NEI GRUPPI DI IMPRESA: PROBLEMI E PROSPETTIVE DI COORDINAMENTO

Il Decreto Legislativo n. 231 del 2001 ha rappresentato un punto di svolta nell'ordinamento giuridico italiano, introducendo il principio della responsabilità in sede amministrativa degli enti. Tale responsabilità introdotta- che, seppur qualificata come "amministrativa", presenta i caratteri propri della responsabilità penale- è relativa a specifiche tipologie di reati, perpetrato dai vertici aziendali e dai soggetti loro sottoposti, i cui effetti non sono circoscritti al soggetto o ai soggetti che pongono in essere la condotta criminosa ma si estendono anche all'Ente a cui gli stessi sono riconducibili.

Oggetto della presente ricerca è l'analisi della suddetta disciplina sulla responsabilità amministrativa in presenza di un gruppo societario, che è un fenomeno sempre più diffuso negli ultimi anni, assumendo un'importanza sempre maggiore come forma organizzativa e divenendo uno strumento indispensabile per le aziende che vogliono crescere e collocarsi sul mercato globale.

Il "Gruppo" è, infatti, oggi la forma di organizzazione maggiormente utilizzata per facilitare il raggiungimento di determinate dimensioni funzionali ed operative. I gruppi aziendali costituiscono una "variante della grande impresa della quale più aziende giuridicamente autonome sarebbero tra loro coordinate da un soggetto economico comune, solitamente identificato con l'organo esecutivo della capogruppo".

Il fenomeno del gruppo d'impresa, almeno fino alla recente riforma, non era mai stato oggetto di alcun tentativo di inquadramento sistematico da parte del legislatore che si era limitato a dettare isolate normative di settore. L'opportunità di una disciplina dei gruppi, in sede di riforma del diritto societario, pur essendo da alcuni avversata, è stata la scelta del legislatore delegante che, infatti, all'art.10, lett. a) della legge 3-10-2001, n.366, ha imposto di "prevedere una disciplina del gruppo secondo i principi di trasparenza, tale da assicurare che l'attività di direzione e coordinamento contemperi

adeguatamente l'interesse del gruppo, delle società controllate e dei soci di minoranza di queste ultime".

Dunque, la riforma del diritto societario (d.lgs. 17 Gennaio 2003, n.6) introduce per la prima volta nel nostro ordinamento una disciplina del gruppo di imprese dotata di qualche organicità. Il riferimento è, in primo luogo, alle disposizioni contenute nel Capo IX, Titolo V, Libro V, del codice civile, rubricato "Direzione e coordinamento di società". La nuova normativa avrebbe dovuto mirare alla maggior efficienza della gestione unitaria del gruppo ed al maggior equilibrio di tutti gli interessi coinvolti, pur senza disconoscere le esigenze gestionali delle controllate.

Il gruppo viene dunque visto, come una situazione di fatto, individuata nell'esistenza di una direzione unitaria di più società, la quale genera tuttavia una serie di diritti e di doveri di tipo informativo, organizzativo e risarcitorio.

Alla holding spetta la suprema direzione del gruppo, quella che le norme introdotte definiscono "attività di direzione e coordinamento". Essa attua questa funzione esercitando il voto di socio di maggioranza nelle assemblee delle controllate e, per le materie che eccedono le competenze dell'assemblea, facendo valere l'interno rapporto fiduciario che lega gli amministratori all'azionista di controllo.

In termini più specifici, spetta alla capogruppo valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile del gruppo nel suo complesso; predisporre i piani strategici, industriali e finanziari, nonché i budget annuali del gruppo, esaminare ed approvare preventivamente quelli delle società che ne fanno parte e inoltre le operazioni sul capitale stesse, o quelle di trasformazione, fusione e scissione, gli atti di disposizione delle partecipazioni, le operazioni concernenti l'acquisto o la cessione di aziende o di rami di esse, l'assunzione o la concessione di finanziamenti oltre determinati importi, la stipulazione di patti parasociali e, in generale, tutte le operazioni di maggior rilevanza economica, patrimoniale e finanziaria.

Per il ruolo rilevante svolto dalla capogruppo è importante specificare anche a che tipo di responsabilità potrebbe imbattersi: la responsabilità della capogruppo, introdotta con la già citata riforma del diritto societario, infatti, è prevista nei confronti delle società soggette a direzione e coordinamento, per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio sociale, e nei confronti dei soci di queste società, per il pregiudizio arrecato alla redditività della partecipazione sociale.

La responsabilità, in capo alla holding, deriva dall'esercizio abusivo dell'attività di direzione e coordinamento, ed in particolare, dalla violazione dei principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria; in altri termini, quando vi è abuso nell'esercizio della direzione unitaria si impone una forma di tutela più stringente soprattutto per quella categoria di soggetti (shareholders) che in maggior misura rischiano di essere sacrificati dal prevalere degli interessi di chi dirige il gruppo su quelli della singola società eterodiretta.

Con lo sviluppo dell'economia globalizzata e la crescita esponenziale del numero delle grandi imprese, le società sono andate a sviluppare un management distribuito su base orizzontale piuttosto che su di un asse verticale, rendendo così difficile, a volte impossibile, individuare l'autore del reato all'interno della compagine aziendale. Tale fenomeno di decentralizzazione e polverizzazione della responsabilità rende evidente l'opportunità, o forse la necessità, di un controllo penale che incida e colpisca direttamente l'organizzazione in sé e per sé considerata, a prescindere dalla persona fisica (o le persone fisiche) che hanno materialmente commesso il reato.

A ciò deve aggiungersi un'altra fondamentale questione che milita a favore dell'ampliamento della responsabilità penale direttamente in capo agli enti collettivi, ed in particolare a quelli a carattere imprenditoriale: la persona giuridica societaria, come organizzazione complessa, è infatti per sua stessa natura un ambiente criminogeno, e ciò solo per il fatto di svolgere un determinato tipo di attività, in maniera per l'appunto organizzata, al fine di perseguire uno scopo ben preciso, che è quello del profitto. Su tali premesse interviene a livello nazionale la Legge Delega n.300/200, che configura storicamente un punto di partenza in quanto per la prima volta il legislatore italiano è chiamato a disciplinare la responsabilità amministrativa degli Enti collettivi per gli illeciti dipendenti da reato.

Per dare applicazione al mandato della Legge Delega 300/200 è stato emanato il Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231, con il quale è stata introdotta la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di responsabilità giuridica per i reati commessi (da persona fisica) nell'interesse o a profitto dell'ente collettivo.

La norma prevede, in relazione ad alcune specifiche fattispecie, una responsabilità degli Enti nel caso in cui il reato sia commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente

da suoi dirigenti definiti nel decreto come “soggetti apicali”, ma anche da tutti quei soggetti che per essi operano; in questo modo si vuole: colpire sul piano patrimoniale i soggetti responsabili degli illeciti, minimizzare il rischio criminoso, favorire la riparazione del danno.

Infatti tale responsabilità amministrativa dell’ente, si aggiunge a quella della persona fisica che ha commesso materialmente il fatto e viene meno se si dimostra di aver istituito un Organismo di Vigilanza e di aver adottato Modelli Organizzativi al fine di prevenire i reati. Attraverso il Modello di organizzazione, gestione e controllo (Modello 231), l’impresa dispone una sorta di codice comportamentale indirizzato ai propri funzionari e dipendenti al fine di scoraggiare la commissione dei reati previsti dal decreto. Si tratta di un modello “operativo”, un programma d’azione di dettaglio in cui l’azienda delinea le procedure, la modulistica, i processi, i sistemi informatici, un codice etico che, insieme, guidano i membri dell’ente nell’espletamento della loro attività in modo corretto e ossequioso della legge 231.

Nello specifico l’art. 6 prevede che l’ente sia escluso da reato qualora provi che: l’organo dirigente abbia adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, M.O.G. idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; il compito di vigilanza sul funzionamento, l’osservanza e la cura dell’aggiornamento dei M.O.G. sia stato affidato ad un organismo dell’ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; le persone abbiano commesso il reato tramite elusione fraudolenta dei M.O.G. ;non vi sia stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell’organismo di cui alla lettera b).

Dunque, la mera adozione del documento non è sufficiente di per sé a tutelare l’impresa dalla responsabilità amministrativa da reato. Il Legislatore, ha preferito non delineare uno standard di Modello da seguire; infatti gli artt. 5,6,7 del Decreto forniscono solo indicazioni sugli elementi ma non su come i modelli devono essere predisposti.

Per la costruzione dei modelli, alcune indicazioni sono state fornite dalle Linee Guida, elaborate da Confindustria, la cui prima versione risale al 2002 al quale sono seguite una serie di aggiornamenti adeguando il precedente testo alle novità legislative, giurisprudenziali e della prassi applicativa nel frattempo intervenute.

Secondo le Linee Guida il modello organizzativo dovrebbe tener conto dei seguenti momenti logici: realizzazione di un'analisi delle aree a rischio- reato per verificare il grado di probabilità che in quella determinata area si realizzi un reato- presupposto; concreta individuazione della possibilità di realizzazione dei singoli illeciti penali nell'ambito delle diverse aree dell'ente; verifica dell'esistenza di procedure operative e di quelle di controllo previste dal sistema organizzativo; verifica della sufficienza o meno di tali procedure a prevenire la realizzazione dei reati e rimedio in caso di lacuna; creazione di un Organismo di Vigilanza, dotato dei necessari poteri di iniziativa e controllo, che operi al fine di verificare l'idoneità del modello e la sua effettiva adozione; effettività della funzione di controllo dell'Organismo di Vigilanza, che deve essere provata dalla documentazione all'uopo redatta; adozione di un Codice etico contenente il catalogo dei comportamenti attesi e di quelli vietati, cui devono ispirarsi tutti i soggetti appartenenti all'ente; previsione di un sistema disciplinare che preveda sanzioni da irrogare ai diversi esponenti dell'ente; previsione di un sistema di formazione e informazione; previsione di un sistema di reporting che consenta a ciascun appartenente all'ente di segnalare all'Organismo di Vigilanza qualunque fatto o accadimento di interesse ai fini del D.Lgs. n. 231/2001.

Un fondamentale passo da compiere nell'implementazione del modello organizzativo è lo sviluppo, all'interno della società, di un clima culturale che dissuada dalla commissione dei reati- presupposto. A tal fine, un'importante operazione consiste nella redazione del Codice etico aziendale, il quale contiene tutti i principi cui si orienta la mission aziendale, indicando le regole di correttezza nei comportamenti di tutto il personale dell'azienda, dei professionisti e dei collaboratori che agiscono per conto dell'ente.

Com'è noto, un tratto saliente del modello italiano di compliance penale è (come si evince testualmente dall'art. 6, comma 1, lett. b), d.lgs. 231/2001) la previsione di un nuovo presidio di controllo all'interno degli enti: l'Organismo di Vigilanza.

Tale organo ha 3 cruciali compiti: Vigilare sull'osservanza del modello di prevenzione, quindi sulla rispondenza dei comportamenti endo-aziendali alle regole cautelative normate dall'ente; Verificare l'efficacia del Modello organizzativo, ossia la concreta idoneità a prevenire il verificarsi dei reati enumerati nel decreto;

Curare il suo aggiornamento, qualora intervengono significative violazioni dei protocolli preventivi, variazioni normative o modifiche del sistema organizzativo aziendale.

Sulla base delle indicazioni fornite dalle migliori prassi e dottrina in materia che in questi anni hanno fornito un considerevole ausilio per il design dei Modelli Organizzativi e dell'attività devoluta agli OdV, si possono trarre alcune importanti considerazioni riferibili ai Gruppi di Società.

Con riferimento al fenomeno dei gruppi di imprese, la circostanza in virtù della quale la commissione di un reato da parte di un soggetto appartenente ad una società possa comportare, in alcuni casi ed a determinate condizioni, la propagazione della responsabilità anche in capo ad altre società facenti parte del medesimo Gruppo, pone in evidenza il problema della adozione ed efficace attuazione dei modelli organizzativi all'interno dei gruppi di imprese, onde verificare quali siano le soluzioni più auspicabili al fine di scongiurare siffatta estensione della responsabilità amministrativa da reato tra le società del gruppo.

È oggi pacifica l'opportunità di adottare modelli organizzativi distinti con riferimento alle singole società del gruppo. Tale soluzione, infatti, tenendo conto delle specificità di ogni singola realtà aziendale, appare l'unica realmente idonea a prevenire o quantomeno a ridurre il rischio di commissione dei reati all'interno di ciascuna di esse. La holding, pur lasciando una certa libertà alle singole società del Gruppo, nel rispetto dei limiti della direzione e coordinamento, fornisce gli indirizzi ai vertici aziendali usufruendo sia del rapporto fiduciario che lega il vertice della Capogruppo ai componenti degli organi societari delle controllate, sia delle logiche tradizionali del controllo societario, ferma restando l'autonomia giuridico- formale delle diverse entità del Gruppo.

Con riferimento alla composizione dell'Organismo di Vigilanza si tratta, di saggiare i possibili riflessi che derivano dall'appartenenza della società ad un Gruppo.

Il dato normativo definisce la necessità che ogni società che decida di dotarsi di un modello organizzativo a norma del D.Lgs. 231/01, debba avere il proprio modello e di conseguenza, il proprio Organismo di Vigilanza, con tutte le relative attribuzioni di competenze e responsabilità, essendo questa l'unica soluzione concretamente

prospettabile al fine di conservare la autonomia dei poteri di iniziativa e controllo dell'organo e garantirne la continuità d'azione.

Quindi, così come non è configurabile un modello organizzativo della capogruppo, esteso sic et simpliciter alle controllate, altrettanto non si può pensare di istituire un Organismo di Vigilanza di Gruppo, pena la violazione della norma appena ricordata e la conseguente inefficacia (e quindi, sostanziale inutilità) del modello organizzativo). Ad ogni modo, i soggetti nominati, dovranno sempre garantire quelli che sono i requisiti per un corretto ed efficace funzionamento dell'OdV: professionalità, autonomia, indipendenza, competenza e continuità d'azione.

Per quanto riguarda invece il numero dei consiglieri di sorveglianza viene osservato che l'opzione maggiormente condivisa è quella di istituire presso la capogruppo un organismo collegiale a composizione mista, mentre è auspicabile che siano previste composizioni diverse tra i vari organismi di vigilanza del gruppo, in quanto ciò offre una maggiore garanzia di tutela e un controllo rafforzato; infatti, un OdV a composizione monocratica si configura come possibile solo all'interno dei gruppi medio-piccoli, per cui le scelte dovranno essere calibrate tenendo conto della realtà di gruppo, delle società che lo compongono e delle attività da queste ultime svolte.

Un aspetto contiguo a quello della composizione dell'Organismo di Vigilanza di una società appartenente ad un Gruppo è il coordinamento delle attività dei diversi Organismi di Vigilanza che da un lato consente di prevenire all'interno del gruppo rischi già verificatisi all'interno di una singola società e, dall'altro, di sfruttare le specifiche competenze presenti all'interno dei singoli organi per delineare un programma preventivo comune.

Con riferimento alle modalità attraverso le quali deve essere concretamente realizzato il coordinamento, tra i diversi Organismi di Vigilanza deve necessariamente intercorrere uno scambio periodico di informazione reciproche, necessario, per avere una visione globale dei rischi e delle carenze esistenti all'interno del gruppo e, quindi, consentire ai singoli organi di predisporre unitariamente gli opportuni interventi correttivi.

In particolare al fine di assicurare un concreto coordinamento tra i diversi Organismi di Vigilanza, occorrerà in primo luogo procedere alla regolamentazione degli scambi

di comunicazione, mediante la previsione e l'attuazione dei reciproci flussi informativi.

Sulla base della normativa appena illustrata, si è passati ad un'analisi pratica.

L'obiettivo di tale analisi è esaminare l'adozione dei Modelli nell'ambito di Grandi Gruppi e come questi ultimi abbiano reagito ai principali quesiti che si pongono nella gestione degli aspetti organizzativi e procedurali relativi ad una corretta ed efficace applicazione del Decreto Legislativo 8 giugno 2001.

I Gruppi analizzati, operanti tutti in settori differenti, sono: Eni, Cattolica Assicurazioni, Italiaonline, Atlantia.

Eni è considerata una delle supermajor globali del settore Oil & Gas ed opera in 71 Paesi. Nel 2018 è l'ottavo gruppo petrolifero mondiale per giro d'affari; è infatti attiva nei settori del petrolio, del gas naturale, della chimica e della chimica verde, della produzione e commercializzazione di energia elettrica e delle energie rinnovabili ed opera sul mercato nazionale ed internazionale anche attraverso la gestione di alcune società controllate e partecipate.

Eni SpA promuove l'adozione ed efficace attuazione da parte di tutte le Società Controllate di idonei sistemi di prevenzione del rischio di responsabilità di impresa derivante da reato. A tale riguardo, innanzitutto, tutte le Società Controllate, italiane ed estere, adottano il Codice Etico Eni. Inoltre, le regole del sistema normativo interno di Eni assicurano che tutte le Società Controllate adottino, nella gestione delle attività a rischio ai fini della responsabilità di impresa, principi e presidi di controllo coerenti con i principi e i presidi di controllo previsti nel presente Modello 231. A tale scopo, l'Organismo di Vigilanza di Eni SpA promuove la diffusione e la conoscenza dei presidi adottati in tema di prevenzione del rischio di responsabilità di impresa, nonché della metodologia e degli strumenti di attuazione del Modello 231, anche eventualmente coordinandosi e/o formulando raccomandazioni alle funzioni aziendali competenti alla predisposizione ed emissione di strumenti normativi interni.

Tutte le Società Controllate italiane istituiscono autonomi organismi di vigilanza e adottano propri modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi degli articoli 6 e 7 del d.lgs. n. 231 del 2001.

Il **Gruppo Cattolica** è uno dei maggiori attori del mercato assicurativo italiano e può contare su una raccolta premi di oltre 5 miliardi di euro a fine 2017. Oltre 3,6 milioni

di clienti si affidano alle soluzioni assicurative e ai prodotti distribuiti da Cattolica e dalle altre società del Gruppo.

Cattolica è inoltre l'unica società cooperativa di settore quotata alla Borsa di Milano, dove è presente dal novembre 2000.

Ogni società facente capo a Cattolica è tenuta ad adoperarsi per adottare un proprio modello di organizzazione, gestione e controllo, previa delibera del Consiglio di Amministrazione, dopo aver analizzato ed identificato le attività a rischio di reato e le misure atte a prevenirle.

Tutte le Società controllate da Cattolica, nella definizione del proprio modello organizzativo, si attengono ai principi generali della normativa interna, integrandone i contenuti in base alle specifiche peculiarità inerenti la natura, le dimensioni, il tipo di attività, la struttura delle deleghe interne e dei poteri delle Società Controllate stesse. È cura di ogni società controllata adottare un proprio modello e nominare un proprio Organismo di Vigilanza.

Italiaonline è un gruppo digitale leader in Italia, nato dalla fusione per incorporazione di Italiaonline S.p.A in SEAT Pagine Gialle S.p.A., efficace dal 20 giugno 2016.

Il gruppo Italiaonline opera, infatti, sul mercato web marketing e digital advertising, inclusi la gestione di campagne pubblicitarie e la generazione di leads attraverso i social network e i motori di ricerca ed è l'operatore leader nel mercato italiano delle directories cartacee online e telefoniche, e rappresenta oggi la prima web company nazionale e il terzo player del mercato web italiano.

Il Modello organizzativo di Italiaonline è costituito dal sistema di regole operative e comportamentali, dai sistemi informativi e dai presidi organizzativi, da ruoli e responsabilità, attraverso cui si snodano le attività della Società o delle società del Gruppo, collegati a elementi specifici di controllo in grado, complessivamente di prevenire la commissione delle diverse tipologie di reati contemplate dal Decreto.

Ogni società controllata è tenuta ad adottare un modello organizzativo commisurato alle dimensioni e alla complessità organizzativa. Nell'adozione di propri modelli organizzativi, le società del Gruppo dovranno pertanto conformarsi alle Linee Guida di riferimento, salvo quanto previsto in materia di composizione dell'OdV che potrà modularsi secondo criteri di proporzionalità. La capogruppo comunica, con le

modalità che ritiene più opportune, agli organi amministrativi delle società controllate Le Linee Guida e ogni successivo aggiornamento.

Atlantia è leader globale nel settore delle infrastrutture di trasporto autostradali ed aeroportuali con una presenza articolata in 16 paesi. Il gruppo gestisce 14.000 chilometri di autostrade a pedaggio, gli aeroporti di Fiumicino e Ciampino in Italia e i tre aeroporti di Nizza, Cannes-Madelieu e Saint Tropez in Francia con oltre 60 milioni di passeggeri l'anno.

Quotata alla Borsa di Milano, Atlantia ha un fatturato aggregato 2017 superiore a 11 miliardi di euro e un Ebitda di oltre 7 miliardi di euro, con oltre 32.000 dipendenti. Atlantia ha adottato il Modello dal 2003, ed è stato oggetto negli anni di numerosi interventi di aggiornamento, in funzione dell'evoluzione del quadro normativo e organizzativo. Ciascuna Società del Gruppo, in quanto singolarmente destinataria dei precetti del d.lgs. 231/2001 è chiamata a svolgere autonomamente l'attività di predisposizione e revisione del proprio Modello Organizzativo.

L'adozione da parte di ogni Società del Gruppo di un proprio autonomo Modello consente alle stesse di elaborare un modello realmente calibrato sulla propria realtà organizzativa e gestionale confermando l'autonomia della singola Società nell'ambito del Gruppo.

Analizzando i 4 casi studio, operanti tutti in diversi settori, è emerso come nella realtà rispetto all'idealtipo di Modello definito dalle Linee Guida, si riscontrano soluzioni differenti in cui la Capogruppo esercita una maggiore influenza nella determinazione del Modello all'interno dell'intero Gruppo (costituendo quasi un Modello unico di Gruppo), oppure situazioni in cui vi è maggiore libertà nella determinazione del Modello specifico per ciascuna società del gruppo.

In ogni caso è emerso come il Modello della Capogruppo sia preso a riferimento per i Modelli delle controllate, che ne traggono linee guida e principi ispiratori: in alcuni casi condividendo anche le procedure di identificazione delle attività sensibili, stessa metodologia e condivisione degli strumenti di attuazione del Modello 231.

Le attività di analisi dei rischi specifici nell'ambito del Decreto (risk assessment) e, analogamente, l'identificazione dei principi di controllo e di comportamento, risultano infatti, nella maggior parte dei casi, avviate dalle società Capogruppo, anche al fine di individuare e validare l'approccio metodologico e le conclusioni sulle analisi di

rischio, con la successiva estensione dello stesso alle società controllate, che valutano le proprie situazioni di rischio specifico ed elaborano il proprio Modello.

Tutti i casi coinvolti nella presente analisi, hanno previsto l'adozione del Modello per tutte le controllate e collegate.

Ogni Società del gruppo, infatti, si è adoperata per adottare un proprio Modello con delibera del proprio Consiglio di Amministrazione.

In particolare, la percezione del profilo di rischio sui reati commessi all'estero è risultata molto influenzata dall'estensione geografica e dalla tipologia di business svolto, per cui i Grandi Gruppi presi in considerazione, hanno ritenuto opportuno avviare progetti di ricognizione dei rischi per ottenere un certo livello di copertura delle attività sensibili (spesso tramite l'adozione di Compliance Programs), ottenuto attraverso disposizioni, policy e documentazione in linea con il Codice Etico di ciascun Gruppo, anche presso le controllate estere, soprattutto alla luce delle normative come UK Bribery Act, e Foreign Corrupt Practices Act, vigenti in paesi stranieri ove i Gruppi operano.

Per quanto riguarda la composizione dell'Organismo di Vigilanza, in tutti i casi analizzati, la Capogruppo assume il ruolo di coordinare e fornire indicazioni sulla composizione e durata dell'OdV delle società facenti parte al Gruppo, in linea con le previsioni del Decreto ed in relazione alle caratteristiche dell'Organismo stesso. In particolare in tutti i casi esaminati è emerso un continuo miglioramento dei Modelli 231 sia per i Gruppi che lo hanno adottato sin dal 2003/2004, sia per i Gruppi che si sono dotati del Modello in un momento successivo e a seguito di processi di riorganizzazione aziendale. Tali variazioni intervenute rappresentano non solo la fisiologica successione degli aggiornamenti apportati ai Modelli 231 in relazione all'introduzione nel catalogo di nuovi reati-presupposto, ma sono anche ascrivibili ad una variazione migliorativa, significativa di fattori interni e dell'intera cultura organizzativa. Infatti i Gruppi hanno fornito, a fronte della pressione al cambiamento, spesso indotta dall'apertura di un procedimento giudiziale, risposte organizzative tendenzialmente omogenee, generando processi di miglioramento standardizzati in grado di condurre ad un risultato di qualità tendenzialmente elevata.

Tenendo conto del contesto organizzativo: Da un lato, la situazione di incertezza in cui versano le imprese sottoposte ad un procedimento penale stimola comportamenti

volti ad imitare organizzazioni che hanno percorso, con risultati di successo, esperienze analoghe; parimenti, pur in assenza di un procedimento penale incombente, i casi studiati evidenziano come il processo di prima adozione del Modello sconti scelte che risentono della volontà di ripercorrere le scelte dei first movers pienamente legittimati nello specifico contesto; Dall'altro lato, altamente importante è il contributo fornito dai penalisti (in presenza di procedimenti 231) e dai consulenti coinvolti nei processi di aggiornamento e miglioramento dei Modelli 231: la presenza di figure professionali che sono connotate da percorsi formativi ed esperienze di vita analoghe stimola nelle diverse organizzazioni l'uniformità dei comportamenti; il tutto trova evidenza nell'esigenza che i Modelli 231 siano conformati alle best practice, e queste ultime sono il frutto diretto, tenendo conto delle posizioni espresse nelle Linee Guida e in giurisprudenza, delle esperienze progressivamente maturate dai consulenti in specifici contesti evoluti e poi disseminate presso altre realtà che ne richiedono l'intervento.