

LUISS



Dipartimento di Impresa e Management

Cattedra di Revisione interna, compliance e gestione rischi
aziendali

RESPONSABILITA' AMMINISTRATIVA DEGLI ENTI
EX D.LGS. 8 giugno 2001 n. 231: ANALISI EVOLUTIVA E
PROSPETTIVE DELLA DISCIPLINA PER I GRUPPI DI
SOCIETA'

Prof. SANTE RICCI

RELATORE

Prof. MASSIMO FERRARI

CORRELATORE

GIUSEPPE IOVINO

CANDIDATO

Anno Accademico 2020/2021

Alla mia famiglia.

INDICE

Introduzione	9
---------------------	---

CAPITOLO I

D. Lgs. 8 giugno 2001 n. 231

1.1 Origine	11
1.2 Responsabilità formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale: il “tertium genus”	17
1.3 I soggetti coinvolti ed i destinatari	21
1.4 Le finalità	25
1.5 Interesse e vantaggio	26
1.6 I reati presupposto	31
1.7 Le sanzioni	53
1.8 L’efficacia esimente	56

CAPITOLO II

Modelli organizzativi e Organismo di vigilanza

2.1 Cosa è un MOG_____	62
2.2 Caratteristiche e costruzione di un MOG_____	65
2.3 I codici di comportamento (Linee Guida)_____	76
2.4 Sistemi di segnalazione_____	80
2.5 MOG e gruppi di imprese_____	84
2.6 L’organismo di vigilanza_____	91
2.7 Nomina e composizione_____	93
2.8 Requisiti e compiti_____	96

CAPITOLO III

La responsabilità derivante da reato nei gruppi di imprese

3.1 La responsabilità di gruppo: un nesso teleologico e funzionale con riferimenti agli orientamenti della letteratura penalistica_____	103
3.2 Funzioni accentrate e gruppi multinazionali in relazione ai reati esteri_____	108
3.3 <i>Risk assessment</i> di gruppo_____	112
3.4 Regolamento di Gruppo: uno strumento giuridico negoziale per il Gruppo_____	114
3.5 Prevenzione rischio reato: sinergia di gruppo o autonomia delle singole società?_____	118
3.6 Il Modello di organizzazione, gestione e controllo “231” in una multinazionale: il caso Roche Diagnostics S.p.A._____	123

Conclusioni_____129

Bibliografia_____132

Sitografia_____135

Riassunto_____136

Introduzione

A venti anni dall'emanazione del Decreto Legislativo 8 giugno 2001 n. 231 (di seguito D. Lgs. 231/2001) e dopo molteplici aggiornamenti che nel tempo ne hanno perfezionato l'indirizzo ed hanno portato le organizzazioni aziendali al rispetto dei codici etici e dei temi sensibili in materia di *compliance*, non sembra che il legislatore abbia sinora tenuto in adeguata considerazione lo studio del fenomeno dei gruppi di imprese e di come possa articolarsi l'esimente da responsabilità amministrativa nel caso di commissione dei cd. reati-presupposto.

Partendo da queste zone d'ombra, il seguente lavoro intende offrire uno spunto di riflessione sulla disciplina ed, in particolare, dopo aver esposto e spiegato le peculiarità del decreto *de quo*, passato in rassegna e dedicando la giusta attenzione al catalogo dei reati-presupposto, e analizzato in dettaglio la costruzione dei modelli organizzativi e l'operato dell'Organismo di Vigilanza, affronta, nell'ultimo capitolo, il tema dei gruppi di impresa nel caso di una multinazionale e dei conseguenti sforzi non solo in termini economici nel cercare di conformarsi a differenti discipline di altrettanti paesi.

Oggi più che mai, diviene necessario adottare ed attuare modelli organizzativi in presenza di gruppi aziendali, lì dove più imprese sono tra loro collegate sul piano sia organizzativo che finanziario. Data la realtà economica del nostro Paese, caratterizzata da un tessuto imprenditoriale estremamente diversificato che vede una miriade di piccole e medie imprese convivere con multinazionali e mega-gruppi industriali, è necessario studiare il contesto di riferimento in cui si opera valutando come l'appartenere ad un gruppo possa influenzare attività negoziali, esecutive e decisionali. In conseguenza di ciò, ci si pone il problema di come "immunizzarsi" da responsabilità che potrebbero derivare dai controlli a cascata o da gruppi di grosse dimensioni dove sovente proprietà e controllo sono separate.

Si evidenzia, in questo lavoro di ricerca, la problematica del limite delle autonomie tra gruppo e singole società, e la contrapposizione tra modelli di organizzazione, gestione e controllo (di seguito MOG) propri di ogni società, costruiti in relazione alle proprie attività, e il cd. "interesse di gruppo" nell'ottica di evitare il propagarsi della responsabilità (che si caratterizza nella sostanza come penale) per i reati commessi dalle altre società del medesimo gruppo con particolare riferimento alla *holding*.

CAPITOLO I

D. lgs. 8 giugno 2001 n. 231

1.1 Origine

Il decreto legislativo n. 231/2001 introduce per la prima volta nell'ordinamento italiano la responsabilità formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale per gli enti che commettano una serie di reati, cosiddetti "presupposto", tramite persone fisiche ad essi collegate che agiscono nell'interesse o a vantaggio dell'ente stesso.

Originariamente, prima dell'introduzione del suddetto decreto, valeva il brocardo *societas delinquere non potest* quando ci si chiedeva se una persona giuridica potesse essere considerata autore di un reato, ma nel tempo per rispondere ai tanti scandali di rilievo internazionale (Watergate 1972, General Electric 1992 etc.) si è ritenuto necessario uniformarsi a quelli che erano i dettami normativi di altri paesi che, prima dell'Italia, avevano reagito a condotte criminali commesse con la finalità di favorire l'ente di appartenenza.

In primis il *Foreign Corrupt Practices Act* del 1997 aggiornato successivamente nel 1988 e 1998 negli Stati Uniti, atto legislativo con il quale il Congresso iniziò a sanzionare le società americane che tentavano di corrompere funzionari stranieri per aggiudicarsi affari.

Il suo contenuto contempla due principali aree di intervento:

- 1) le società operanti nel mercato mobiliare statunitense per legge erano tenute a dotarsi di un sistema di controllo interno che facesse luce su irregolarità e discrepanze tra i flussi finanziari reali delle società e quello che veniva registrato sui bilanci;
- 2) si vietava l'elargizione di tangenti a pubblici funzionari. Venne anche specificato che il pagamento, per poter essere bandito, doveva avere come fine la corruzione e quindi la peculiarità di influire sulla decisione del funzionario facendolo violare i doveri dalla legge prescritti nell'esercizio delle proprie funzioni cos' causando un ingiusto vantaggio o influenzando altri organi di governo stranieri.

Le sanzioni penali previste per la persona giuridica sono di tipo pecuniario e prevedono un pagamento fino a 2 milioni di dollari a

violazione, per quanto riguarda le persone fisiche, invece, sono previste delle multe fino ad un massimo di 100.000 dollari o, addirittura, 250.000 dollari nel caso in cui il pagamento abbia apportato un vantaggio, oltre alla reclusione fino ad anni 5.

Seguendo questa linea ci sono stati molti interventi anche successivi al D.lgs. 231/2001 degni di nota che aiutano a delineare un più completo ed ampio quadro normativo di riferimento a livello internazionale.

Si è avuto un primo approccio di sensibilizzazione simile al D. Lgs. 231/2001 con il *UK Bribery Act* entrato in vigore nel Regno Unito nel 2011. Si tratta di una legge anticorruzione che colpisce società ed enti inglesi che operano sia dentro che fuori dal Regno Unito e società ed enti stranieri che lavorano nel Regno Unito. Il contenuto della legge prevede che si possa ritenere responsabile l'ente per reati corruttivi privati o pubblici compiuti da persone che agiscano in nome e per conto dello stesso o che con gli stessi enti abbiano una relazione qualificata. E' importante osservare che questi reati devono essere stati compiuti nell'interesse dell'organizzazione anche se alla fine non è stato tratto alcun effettivo vantaggio. L'ente non è considerato responsabile qualora abbia preventivamente adottato adeguate procedure con lo scopo di prevenire la commissione di reati.

Il UK Bribery Act disciplina i reati di corruzione come segue: corruzione passiva nei confronti di soggetti privati o pubblici,

corruzione attiva nei confronti di soggetti privati o pubblici, corruzione di un pubblico funzionario straniero e mancata prevenzione della corruzione da parte della società. Le organizzazioni che non riescano a dimostrare di aver adottato le procedure necessarie rischiano sanzioni pecuniarie e interdizione dalla competizione per pubblici appalti oltre ai danni che ne derivano in termini di immagine e reputazione. Per le persone fisiche ree di aver commesso il reato è prevista la reclusione fino a 10 anni oltre alle già menzionate sanzioni pecuniarie.

In Francia è, invece, in vigore la legge n. 2016/1691 *Loi Sapin II* che disciplina programmi di trasparenza, lotta alla corruzione e modernizzazione della vita economica. Trattasi di un aggiornamento della disciplina francese che tende ad avvicinarsi e conformarsi agli standard europei.

Soggetti alla *Sapin II* sono le società francesi o che appartengono a gruppi multinazionali francesi con un fatturato maggiore di 100 milioni di euro ed un numero di dipendenti maggiore di 500.

I principali riferimenti introducono un programma di *compliance* per il quale le società devono adottare un codice di condotta che preveda un relativo sistema di sanzioni, una mappa dei rischi, controllo dei flussi contabili e relazioni commerciali, corsi di formazione e aggiornamento per il personale ed un appropriato sistema di *whistleblowing* che viene rafforzato e maggiormente tutelato.

Viene istituita l'Agence Anticorruption Française (AFA) quale principale autorità anticorruzione in Francia. Viene attribuita alla legge penale francese un carattere di extraterritorialità che consente di perseguire, gli stranieri residenti in Francia o chi, anche non essendo residente, svolga per tutto o in parte attività economica nello Stato.

Il giorno 1° marzo 1994 in Francia entra in vigore il nuovo codice penale, nella parte generale del quale, viene inserita la disciplina penale per le persone giuridiche.

L'art. 121-2 del Codice Penale francese recita: “Le persone giuridiche ad eccezione dello Stato sono penalmente responsabili in base alle distinzioni previste dagli articoli 121-4a 121-7 dei reati commessi per loro conto da propri organi o rappresentanti.”

Lo Stato non può essere incluso per il semplice motivo che avendo esso il potere di regolare e punire non potrebbe mai trovarsi nella posizione di destinatario della sua stessa sanzione. I soggetti destinatari pertanto potranno essere le sole *personnes morales* ovvero gli enti forniti di personalità giuridica. Nel novero di queste possiamo citare le società commerciali e civili, cooperative, fondazioni e associazioni, sindacati e partiti politici nonché le persone giuridiche di diritto pubblico affinché non venga violato il principio di uguaglianza tra i due settori. In coerenza con la disciplina italiana le sanzioni prevedono sia pene pecuniarie che interdizione, condanna e confisca.

Anche in Germania c'è una legge del 1968 che regola la responsabilità degli enti. Nello specifico sussiste responsabilità amministrativa degli enti quando un illecito amministrativo (reato presupposto) è commesso da un soggetto legato all'ente stesso come un amministratore o direttore, o da un organo che apporta un vantaggio tramite il compimento degli atti. Le conseguenze comportano ripercussioni da parte dell'autorità amministrativa di tipo patrimoniale e non solo.

Le principali difformità con il sistema italiano si riscontrano, *in primis*, nell'assenza di misure interdittive, in secondo luogo la competenza non è del giudice penale ma di quello amministrativo. Non per ultimo passiamo in rassegna la normativa internazionale in materia di anticorruzione, la Convenzione OCSE.

All'interno della Convenzione sull'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico è stato costituito un *Working Group on Bribery (WGB)* con il compito di lavorare per evitare la corruzione degli ufficiali pubblici stranieri all'interno delle transazioni che si verificano a livello internazionale. Questo è formato da 35 rappresentanti degli stessi Stati facenti parte della convenzione.

Il 18 febbraio 2010 è stata adottata la "*Good Practice Guidance on Internal Control, Ethics and Compliance*" cioè una guida in cui sono sintetizzate le raccomandazioni del WGB al fine di perseguire e attuare i principi della convenzione OCSE circa la lotta alla

corruzione, rivolgendosi a tutte quelle imprese che cercano di promuovere una serie di controlli interni, codici di condotta, etica, programmi di *compliance* e misure che mirano a prevenire e rilevare elementi corruttivi nelle operazioni economiche internazionali in capo a pubblici ufficiali stranieri. Anche qui questa guida è da ritenersi non vincolante giuridicamente e non obbligatoria ma caldamente suggerita per tutte quelle aziende che vogliono assicurarsi controlli interni efficaci e modelli che siano conformi anche ai principi etici.

1.2 Responsabilità formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale: il “tertium genus”

Come detto finora il decreto è formalmente identificativo di una responsabilità amministrativa.

La responsabilità ha natura sostanzialmente penale perché:

- deriva da reato;
- viene accertata con le garanzie del processo penale;

- comporta l'applicazione di sanzioni particolarmente afflittive (fino addirittura all'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività).

La natura personale della responsabilità penale è un principio costituzionalmente garantito, l'articolo 27 della Costituzione, infatti, recita:

“La responsabilità penale è personale.

L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva.

Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato.

Non è ammessa la pena di morte.”

Non dimentichiamo, inoltre, che si parla di una responsabilità ulteriore, pertanto supplementare rispetto a quella che è prevista per il soggetto che ha materialmente posto in essere un reato.

La peculiarità del decreto legislativo n. 231/2001 infatti è che, a differenza di altre norme, non introduce una responsabilità oggettiva che prescinde dall'esistenza di un elemento soggettivo che sia colpa o dolo, ma introduce invece il nesso eziologico di causalità. Si configura infatti la cosiddetta **colpa organizzativa** che si sostanzia nel non aver introdotto strumenti che riducano il livello di rischio fino a renderlo accettabile.

La *ratio* nell'adozione di questa valutazione viene spiegata nella relazione del decreto legislativo 231/2001 che enuncia i motivi di tale scelta: *“Si è preso atto dell'insufficienza dei poteri istruttori riconosciuti alla Pubblica Amministrazione nel modello procedimentale delineato dalla Legge 1981, n. 681 rispetto alle esigenze di accertamento che si pongono all'interno del sistema di responsabilità degli enti. Poiché l'illecito penale è uno dei presupposti della responsabilità, occorre disporre di tutti i necessari strumenti di accertamento di cui è provvisto il procedimento penale, nettamente più incisivi e penetranti rispetto all'arsenale di poteri istruttori contemplati nella Legge 689/1981.”*¹

Ed infatti nel contesto del D. Lgs. 231/2001 vige il “principio di legalità” per cui non esiste responsabilità per un fatto che prima di essere stato commesso non era considerato un reato; il regime di pubblicità della sentenza di condanna in caso di interdizione ai sensi del diritto penale; la responsabilità viene accertata nel processo penale e da un giudice penale che viene selezionato secondo le procedure del codice di procedura penale; sono rispettate le indicazioni del codice di procedura penale per quanto concerne la prima notificazione all'ente.

¹ S. Di Pinto, *La responsabilità amministrativa da reato degli enti, Profili penali sostanziali e ricadute sul piano civilistico*, TORINO, 2003

Il decreto *de quo* ha quindi introdotto per la prima volta il “*tertium genus*” e cioè una responsabilità che non si identifica né in quella penale né in quella amministrativa ma che riesce a ibridarle entrambe senza alcuna forzatura o violazione costituzionale del principio secondo cui la responsabilità penale è personale. Ogni reato commesso da persona fisica viene imputato all’ente solamente in virtù di un legame tra il reo e l’ente medesimo ed in virtù del fatto che il reo abbia agito nell’interesse o vantaggio e quindi a favore di quest’ultimo. In tale contesto il soggetto agisce seguendo precise finalità, e non in modo autonomo.

L’unica colpa che si possa addebitare all’ente è la cosiddetta **colpa organizzativa** cioè il non aver messo in pratica iniziative organizzative e gestionali che potessero limitare tale rischio.

Il “*tertium genus*” rappresentato dalla colpa organizzativa prevede quindi che l’ente sia garante della legalità e pertanto, esso non risponde direttamente per il reato commesso da terzi ma per il suo comportamento omissivo della salvaguardia e dei controlli dei propri dipendenti.

E’ bene specificare che si tratta di una responsabilità autonoma e indipendente da quella prevista dall’autore persona fisica del reato presupposto, ed infatti la legge prevede che esista responsabilità dell’ente anche quando “*l’autore del reato non è stato identificato o non è imputabile*”².

² Art 8, D.Lgs. 231/2001

1.3 I soggetti coinvolti ed i destinatari

Per far sì che l'ente sia ritenuto responsabile e quindi sanzionabile è necessario che si verifichino particolari criteri di imputazione oltre a quello normativo. Questi sono essenzialmente di due categorie: soggettivi ed oggettivi.

I criteri soggettivi concernono gli strumenti di cui un ente deve essere in possesso affinché non risulti responsabile per la commissione di uno dei reati presupposto. Essenzialmente l'ente, onde evitare la responsabilità, è tenuto a dimostrare che:

- i) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;
- ii) il compito di vigilare sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli e di curarne il loro aggiornamento è stato affidato ad un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo;
- iii) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e gestione;
- iv) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di vigilanza.

C'è bisogno che questi requisiti sussistano insieme in modo congiunto per escludere l'ente dalla responsabilità.

Per quanto riguarda i criteri oggettivi è sufficiente che il reato sia commesso da un soggetto qualificato all'interno della società e che comporti o apporti un interesse o un vantaggio alla stessa.

Il suddetto decreto delinea i soggetti coinvolti circa la commissione dei reati presupposto e li distingue in:

1) SOGGETTI APICALI

2) SOGGETTI SOTTOPOSTI ALLA DIREZIONE O VIGILANZA DI APICALI

Ai primi appartengono tutti coloro che dispongono di poteri di rappresentanza, direzione o amministrazione di enti o sue unità organizzative che sono comunque dotate di autonomia di spesa (finanziaria) oltre a tutti quei soggetti che *de facto* svolgono ed esercitano funzioni di gestione e controllo.

Persone investite di tali poteri possono essere amministratori, dg, legali rappresentanti, direttori di funzioni o divisioni e componenti di collegi sindacali.

Tra i secondi troviamo invece tutti quei lavoratori soggetti all'altrui direzione e quindi subordinati o sottoposti e collaboratori di qualsiasi tipo quali possono essere anche consulenti e fornitori. Per meglio comprendere in concreto chi sono i soggetti che rivestono funzioni di rappresentanza, amministrazione o direzione dell'ente non è sufficiente studiare ed analizzare solo il sistema di deleghe o le gerarchie dell'organigramma ma è indispensabile leggere la situazione reale, quotidiana, e delineare così chi svolge funzioni apicali. A questo punto i sottoposti restano una categoria residuale.

Quindi l'individuazione di soggetti apicali e subordinati non si basa su di un criterio meramente formale, quanto piuttosto su uno schema ed una valutazione più ampia ed elastica (di tipo funzionale ed oggettivo) che non vada a prendere in considerazione solamente le formali qualifiche aziendali ma le mansioni svolte nel concreto, con valutazioni che si fondino sul principio dell'effettività.

Destinatari della norma sono tutti i soggetti che agiscono secondo le regole del diritto civile ad esclusione dello Stato e degli enti territoriali oltre ai soggetti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale quali partiti e sindacati.

Nello specifico il decreto legislativo 231/2001 viene applicato a tutti quegli enti dotati di personalità giuridica e anche alle società

e associazioni senza personalità giuridica (ritenuti maggiormente a rischio in quanto meno soggette a controlli).

In particolare:

- società di persone;
- società di capitali;
- enti e associazioni con personalità giuridica;
- enti pubblici economici;
- società cooperative;
- enti privati di servizio pubblico;
- comitati ed associazioni senza personalità giuridica;
- fondazioni.

Per quanto riguarda le imprese individuali occorre chiarire che possono essere soggette al decreto nel caso in cui esse presentino una struttura che coinvolga più soggetti nell'attività, nel rispetto della locuzione *ne bis in idem* ad escludere la doppia sanzione nel caso in cui la ditta nei fatti si immedesima e si identifichi con un unico soggetto titolare.

Come già accennato si escludono espressamente lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici e gli enti con funzioni di rilievo costituzionale. In riferimento allo Stato vengono quindi ricompresi i rami amministrativi come Ministeri, Prefetture e Questure e tra gli enti con funzioni di rilievo

costituzionale il Parlamento, Corte Costituzionale e Giurisdizioni. Appare logico pensare che non è immaginabile poter interdire tali enti con conseguenti impedimenti all'esercizio delle funzioni né tantomeno comminare sanzioni pecuniarie che graverebbero sui contribuenti.

1.4 Le finalità

Si distinguono tre principali finalità.

La prima è colpire sul piano patrimoniale i soggetti responsabili degli illeciti.

Risulta immediatamente comprensibile come questa finalità sia la più "ovvia" in quanto obiettivo primario del legislatore è quello di non lasciar alcun vantaggio in termini economici che derivi dalla commissione del reato ai soggetti che l'hanno commesso.

La seconda finalità consiste nel favorire la riparazione del danno.

Questa è strettamente collegata alla prima in quanto viene messa a disposizione del danneggiato la società che, a differenza della persona fisica colpevole dell'illecito, ha una maggiore capacità patrimoniale per risarcire i danni causati.

L'ultima è minimizzare il rischio criminoso.

Di fondamentale importanza perché a differenza delle prime due che garantiscono la punibilità e assumono una funzione qualora l'illecito sia stato già compiuto, la minimizzazione del rischio preventivamente tende ad evitare che si arrivi al compimento del fatto. Ciò che è sembrato di cruciale importanza al legislatore era il bisogno di minimizzare il rischio criminoso introducendo un deterrente tale da indurre i soggetti a dotarsi di un modello di organizzazione e gestione che potesse **circoscrivere** il rischio di commissione dei reati. Tutto ciò attraverso il principio della “*segregation of duties*” (separazione dei doveri, dei compiti) tramite il quale si agisce per abbassare il rischio di commissione reato, strumento che permette di parcellizzare le mansioni in termini quanto più ampi possibili e le responsabilità in proporzione alla struttura.

Risulta condivisibile l'intenzione di voler scoraggiare chiunque voglia ricercare un vantaggio anche non necessariamente economico dal porre in essere un evento criminoso.

1.5 Interesse e vantaggio

Non tutti i reati, anche se presupposto, determinano un'ulteriore responsabilità dell'ente oltre a quella imputabile alla persona

responsabile, ma solo nel caso in cui i soggetti abbiano agito nell'interesse e/o a vantaggio dell'ente. Secondo l'articolo 5 del decreto legislativo 231/2001 in tema di responsabilità degli enti, affinché si possa imputare la persona giuridica per la commissione dell'illecito, c'è bisogno che lo stesso sia attuato nell'interesse o a vantaggio del medesimo ente. L'interesse e/o il vantaggio così come inteso dal legislatore divengono un presupposto indispensabile a tal punto che ancora nell'articolo 5 è previsto, all'ultimo comma, che l'ente non può subire conseguenze penali qualora l'autore del reato abbia agito nel proprio o di terzi interesse. Una prima differenza tra interesse e vantaggio si riscontra in termini temporali. Mentre l'interesse va valutato *ex ante* perché magari può esservi un interesse a monte della società ad un arricchimento (anche solo prefigurato ma magari non più realizzato) in conseguenza dell'illecito, il vantaggio è da valutarsi *ex post* cioè quando effettivamente viene rilevato che è conseguenza dell'illecito anche se non divisato originariamente dall'agente. La valutazione dell'interesse prescinde dal risultato finale ovvero dal conseguimento o meno di un profitto come, ad esempio, nel caso di tentata corruzione dove esiste una volontà ed un interesse ma non si consegue un relativo vantaggio. Non è necessario che interesse e vantaggio coesistano, essi sono alternativi e concorrenti tra loro in quanto il criterio dell'interesse esprime una valutazione del reato di tipo deterministico che è

quindi apprezzabile tramite un metro di giudizio assolutamente soggettivo. Quello del vantaggio invece ha una connotazione oggettiva, valutabile quindi *ex post* sulla base degli effetti derivanti nel concreto dalla realizzazione dell'illecito. E' possibile delineare una ulteriore differenza a seconda che il reato sia di natura dolosa o colposa: se nei reati presupposto di tipo doloso il reato potrebbe corrispondere all'interesse voluto dall'ente, non si può dire degli stessi reati di tipo colposo.

Una più attenta riflessione potrebbe portare ad interrogarsi su come sia possibile che la persona giuridica risulti responsabile per morte o lesioni colpose causate da persone fisiche se il criterio oggettivo ed indispensabile è quello dell'interesse e vantaggio dell'ente?

I reati di natura colposa, infatti, sono caratterizzati dalla mancanza di volontà dell'evento che cagiona il danno e apparirebbero quindi incompatibili con il concetto di interesse e vantaggio. Un reato involontario si pone in contrasto con qualunque interesse per l'ente. La giurisprudenza, però, tenendo conto dell'articolo 25 *septies*³ del citato decreto ha elaborato un criterio per rendere il tutto compatibile.

³ 1. In relazione al delitto di cui all'articolo 589 del codice penale, commesso con violazione dell'articolo 55, comma 2, del decreto legislativo attuativo della delega di cui alla legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di salute e sicurezza sul lavoro, si applica una sanzione pecuniaria in misura pari a 1.000 quote. Nel caso di condanna per il delitto di cui al precedente periodo si applicano le sanzioni interdittive di cui all'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore a tre mesi e non superiore ad un anno.

2. Salvo quanto previsto dal comma 1, in relazione al delitto di cui all'articolo 589 del codice penale, commesso con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, si applica una sanzione pecuniaria in misura non inferiore a 250 quote e non superiore a 500 quote. Nel caso di condanna per il delitto di cui al precedente periodo si

Il criterio si basa su due aspetti: il primo prevede che nei reati colposi l'interesse o il vantaggio dell'ente non si riferisca alla commissione del reato ma solamente alla condotta⁴. Il secondo valuta l'interesse o il vantaggio in relazione alla colpa, in particolare interesse e vantaggio come già detto non sono sinonimi ma risultano in concorso reale.

In più, l'interesse inteso come tale rappresenta un legame finalistico tra reato e risultato che si vuole raggiungere tramite il primo. L'accertamento e la dimostrazione di tale nesso non è sempre facile o scontata, poiché si renderebbe necessaria una valutazione *ex ante* che accerti che il reato individuato nella politica dell'azienda sia volto al perseguimento di particolari obiettivi tramite le condotte illecite dei suoi dipendenti. Nel caso in cui l'interesse sia concorrente fra l'ente e l'autore fisico la Cassazione si è espressa come di seguito: *“l'interesse dell'autore del reato può anche solo coincidere con quello della persona giuridica, alla quale sarà imputabile l'illecito anche quando*

applicano le sanzioni interdittive di cui all'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore a tre mesi e non superiore ad un anno.

3. In relazione al delitto di cui all'articolo 590, terzo comma, del codice penale, commesso con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, si applica una sanzione pecuniaria in misura non superiore a 250 quote. Nel caso di condanna per il delitto di cui al precedente periodo si applicano le sanzioni interdittive di cui all'articolo 9, comma 2, per una durata non superiore a sei mesi.

⁴ Sentenza a Sezioni unite N.38343 Suprema Corte 2014

*l'agente, perseguendo il proprio autonomo interesse, finisca per realizzare obiettivamente quello dell'ente"*⁵.

Quindi l'interpretazione è sicuramente estensiva della circostanza in questione per imputare il reato all'ente a cui appartiene la persona rea di aver commesso il reato.

Per l'accertamento del vantaggio invece si ha una procedura più snella e veloce perché bisognerà semplicemente valutare *ex post* se l'ente ha realmente ottenuto un beneficio. La Suprema Corte ha confermato che: *“Si ritiene che il criterio dell'interesse esprima una valutazione teleologica del reato, apprezzabile ex ante, al momento della commissione del fatto, e secondo un criterio marcatamente soggettivo; e che il criterio del vantaggio abbia una connotazione essenzialmente oggettiva, come tale valutabile ex post sulla base degli effetti concretamente derivati dalla realizzazione dell'illecito”*⁶.

La responsabilità dell'ente si configura anche quando il reato sia stato solamente tentato, tranne nei casi in cui si verificano alcune condizioni che consistono nell'aver adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione e gestione, nell'aver istituito un organismo di vigilanza con il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza del MOG e che il reato sia stato commesso in modo fraudolento violando quindi le norme interne.

⁵ Cass. Pen., Sez. V, n. 10265 del 28/11/2013

⁶ Cass. Pen., Sez. Un., n. 38343 del 24/04/2014

1.6 I reati presupposto

I reati presupposto si limitavano a pochi reati contro la pubblica amministrazione perché, nella sua genesi il decreto legislativo 231/2001 era nato dopo l'inchiesta "mani pulite"; ora invece, per circoscrivere il rischio reato (perseguiti dal D. Lgs. 231/2001), si è allargata la portata dei reati che sono stati aggiornati costantemente per cercare di circoscrivere quelli che sempre più spesso si verificano e che più facilmente si prestano alle attività che le aziende svolgono. Dalle relazioni introduttive del decreto si evince come le proposte di legge si ponevano l'obiettivo di razionalizzare e potenziare i contenuti del decreto 231/2001 venendo in un primo momento anche incontro alle *lobbies* che ragionevolmente avevano bisogno di molto tempo per ristrutturare e riorganizzare le funzioni aziendali. A titolo di esempio possiamo citare l'inclusione nella lista dei reati in materia di salute e sicurezza sul lavoro o ancora i reati di tipo ambientale (tema estremamente delicato, oggi più che mai) che con gli aggiornamenti degli ultimi anni sono stati aggiunti nel catalogo.

Come detto, la lista dei reati presupposto muta e si aggiorna nel tempo.

Ad oggi i reati previsti sono i seguenti:

- indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato, di un ente pubblico o dell'Unione europea o per il conseguimento di erogazioni pubbliche, frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico e frode nelle pubbliche forniture [Articolo modificato dal D.Lgs.n.75 del 14 luglio 2020] ⁷

Reati presupposto		
Codice penale	art. 316 <i>bis</i>	Malversazione a danno dello Stato
	art. 316 <i>ter</i>	Indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato
	art. 640	Truffa aggravata a danno dello Stato
	art. 640 <i>bis</i>	Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche
	art. 640 <i>ter</i>	Frode informatica

“Il delitto di truffa aggravata in danno dello Stato è realizzabile in tutti gli ambiti aziendali che prevedono rapporti o contatti con la P.A. La truffa si caratterizza per l’immutazione del vero in ordine a situazioni la cui esistenza, nei termini falsamente rappresentati, è essenziale per l’atto di disposizione patrimoniale da parte della P.A.

⁷ Art. 24, D.Lgs. 8 giugno 2001 n. 231

La frode informatica, invece, assume rilievo ai fini della responsabilità dell'ente solo se realizzata in danno della P.A. Il reato di frode informatica presenta, sostanzialmente, la medesima struttura e i medesimi elementi costitutivi del reato di truffa da cui si distingue in quanto l'attività illecita investe non la persona ma un sistema informatico. Nel reato di frode informatica, pertanto, non assume rilevanza - a differenza che nel reato di truffa - il ricorso da parte dell'autore del reato ad artifici o raggiri, ma l'elemento oggettivo dell'alterazione del sistema informatico (e/o dei dati in esso disponibili). Si tratta di una tipologia di illecito oggi poco frequente ma che, è prevedibile, avrà nel futuro più ampia realizzazione. Al contrario, i reati in materia di erogazioni pubbliche (art. 316 bis, 316 ter e 640 bis c.p.) sono piuttosto ricorrenti, soprattutto in certe aree geografiche. Le fattispecie da ultimo richiamate mirano a tutelare l'erogazione di finanziamenti pubblici, comunque denominate, sotto due diversi profili temporali: nel momento di erogazione e nel successivo momento dell'utilizzazione dei finanziamenti. Le condotte punite, con riferimento al primo dei due momenti, sono modellate sullo schema della truffa in cui assume rilevanza determinante l'immutazione del vero in ordine ad aspetti essenziali ai fini dell'erogazione. Nella malversazione, invece, assume rilievo la mancata destinazione del

finanziamento ricevuto per le finalità di interesse pubblico che ne abbiano giustificato l'erogazione”⁸.

- Delitti informatici e trattamento illecito di dati [Articolo aggiunto dalla L. n. 48/2008; modificato dal D.Lgs.n.7 e 8/2016 aggiornato alla Legge di conversione n. 133 del 18.11.2019] ⁹

Reati presupposto		
Codice penale	art. 491 bis	Falsità riguardanti un documento informatico
	art. 615 ter	Accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico
	art. 615 quater	Detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici e telematici
	art. 615 quinquies	Diffusione di apparecchiature, dispositivi o programmi informatici diretti a danneggiare o interrompere un sistema informatico o telematico
	art. 617 quater	Intercettazione, impedimento o interruzione illecita di comunicazioni informatiche o telematiche
	art. 617 quinquies	Installazione di apparecchiature atte ad intercettare, impedire o interrompere comunicazioni informatiche o telematiche
	art. 635 bis	Danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici
	art. 635 ter	Danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici utilizzati dallo Stato o da altro ente pubblico o comunque di pubblica utilità
	art. 635 quater	Danneggiamento di sistemi informatici o telematici
	art. 635 quinquies	Danneggiamento di sistemi informatici o telematici di pubblica utilità
	art. 640 quinquies	Frode informatica del soggetto che presta servizi di certificazione di firma elettronica

“L’articolo 24-bis del decreto 231 ha esteso la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti alla quasi totalità dei reati informatici. Alla luce dei presupposti applicativi

⁸ CONFINDUSTRIA, “Linee Guida per la costruzione di modelli di organizzazione, gestione e controllo – Case Study “, (2014), pag. 85

⁹ Art. 24-bis, D.Lgs. 8 giugno 2001 n. 231

del decreto, gli enti saranno considerati responsabili per i delitti informatici commessi nel loro interesse o a loro vantaggio da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, amministrazione, direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa, ma anche da persone sottoposte alla loro direzione o vigilanza. Le tipologie di reato informatico si riferiscono a una molteplicità di condotte criminose in cui un sistema informatico risulta, in alcuni casi, obiettivo stesso della condotta, in altri, lo strumento attraverso cui l'autore intende realizzare altra fattispecie penalmente rilevante. Lo sviluppo della tecnologia informatica ha generato nel corso degli anni modifiche sostanziali nell'organizzazione del business di impresa e ha inciso sensibilmente sulle opportunità a disposizione di ciascun esponente aziendale per realizzare o occultare non soltanto schemi di condotte criminali già esistenti ma anche fattispecie nuove, tipiche del cd. mondo virtuale¹⁰.

- Delitti di criminalità organizzata [Articolo aggiunto dalla L. n. 94/2009, modificato dalla L. 69/2015 e successivamente dalla L.n.236 /2016]¹¹

¹⁰ CONFINDUSTRIA, op.cit., pag. 88

¹¹ Art. 24-ter, D.Lgs. 8 giugno 2001 n. 231

Reati presupposto		
Codice penale	Art. 377-bis	Induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria
	art. 378	Favoreggiamento personale
	art. 416	Associazione per delinquere
	art. 416 bis	Associazioni di tipo mafioso anche straniere
	art. 416 ter	Scambio elettorale politico-mafioso
	art. 630	Sequestro di persona a scopo di estorsione
Codice di procedura penale	art. 407, comma 2, lett. a), n. 5	Delitti in materia di armi
D.P.R. 309/1990 (T.U. stupefacenti)	art. 74	Associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope
D.P.R. 43/1973	Art. 291 quater	Associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri

“La legge 16 marzo 2006, n. 146, “Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall’Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001”, ha esteso la responsabilità degli enti ai reati di cd. criminalità organizzata transnazionale. Lo scopo della Convenzione ONU così ratificata è di promuovere la cooperazione tra Stati al fine di prevenire e combattere il crimine organizzato transnazionale in maniera più efficace. Ogni Stato firmatario è chiamato adotti le misure necessarie, conformemente ai suoi principi giuridici, per determinare la responsabilità delle persone giuridiche che partecipano a reati gravi che coinvolgono un gruppo criminale organizzato”¹².

- Peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione e abuso d'ufficio [Articolo modificato dalla L. n.

¹² CONFINDUSTRIA, op.cit., pag 97

190/2012 e dalla Legge n. 3 del 9 gennaio 2019 e modificato dal D.Lgs.n.75 del 14 luglio 2020]¹³

Reati presupposto		
Codice penale	art. 317	Concussione
	art. 318	Corruzione per l'esercizio della funzione
	art. 319	Corruzione per un atto contrario ai doveri di ufficio
	art. 319 <i>ter</i>	Corruzione in atti giudiziari
	art. 319 <i>quater</i>	Induzione indebita a dare o promettere utilità
	art. 321	Pene per il corruttore
	art. 322	Istigazione alla corruzione

“Si tratta di tipologie di reato che rientrano nell’ambito dei reati contro la Pubblica Amministrazione e, in quanto tali, presuppongono l’instaurazione di rapporti con soggetti pubblici e/o l’esercizio di una pubblica funzione o di un pubblico servizio. Si è, in particolare, in presenza di reati propri, il cui soggetto attivo è di regola un pubblico funzionario. L’inserimento come delitto presupposto nel decreto 231 (art. 25) si giustifica poiché la legge punisce – in presenza di determinate circostanze – anche il privato che concorre con il soggetto pubblico nella realizzazione del reato, come nel caso di induzione indebita a dare o promettere utilità o della corruzione attiva, su cui ci si soffermerà in seguito.

Inoltre, nel nostro ordinamento non è raro che la qualità di soggetto pubblico (pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio) sia

¹³ Art. 25, D.Lgs. 8 giugno 2001 n. 231

estesa anche nei confronti di soggetti privati e, quindi, che tale qualifica sia attribuita ad esponenti di realtà societarie a carattere privato, investite dello svolgimento di pubblici servizi o di pubbliche funzioni, nei limiti e in relazione alle attività aziendali riconducibili all'assolvimento di tali compiti, come anche di seguito specificato. A tale proposito si deve ricordare che, secondo l'attuale disciplina, ciò che rileva è, infatti, l'attività svolta in concreto e non la natura giuridica, pubblica o privata, del soggetto. Ne consegue che il nostro ordinamento accoglie una nozione di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio di tipo "oggettivo", che comporta la necessità di una valutazione "caso per caso" - peraltro non sempre agevole - delle singole funzioni ed attività svolte, sia per determinare la qualificazione del soggetto interessato (pubblico ufficiale, incaricato di pubblico servizio o semplice privato) sia, di conseguenza, per stabilire la natura delle azioni realizzate dal medesimo. Da ciò discende che possono coesistere in capo ad un medesimo soggetto, almeno a fini penalistici, qualifiche soggettive diverse"¹⁴.

- Falsità in monete, in carte di pubblico credito, in valori di bollo e in strumenti o segni di riconoscimento [Articolo aggiunto dal D.L. n. 350/2001, convertito con modificazioni dalla L. n. 409/2001; modificato dalla L. n. 99/2009; modificato dal D.Lgs.n.125/2016]¹⁵

¹⁴ CONFINDUSTRIA, op.cit., pag. 103

¹⁵ Art. 25-*bis*, D.Lgs. 8 giugno 2001 n. 231

- Delitti contro l'industria e il commercio [Articolo aggiunto dalla L. n. 99/2009]¹⁶

Reati presupposto		
Codice penale	art. 453	Falsificazione di monete, spendita e introduzione nello Stato, previo concerto, di monete falsificate
	art. 454	Alterazione di monete
	art. 455	Spendita e introduzione nello Stato, senza concerto, di monete falsificate
	art. 457	Spendita di monete falsificate ricevute in buona fede
	art. 459	Falsificazione dei valori di bollo, introduzione nello Stato, acquisto, detenzione o messa in circolazione di valori di bollo falsificati
	art. 460	Contraffazione di carta filigranata in uso per la fabbricazione di carte di pubblico credito o di valori di bollo
	art. 461	Fabbricazione o detenzione di filigrane o di strumenti destinati alla falsificazione di monete, di valori di bollo o di carta filigranata
	art. 464	Uso di valori di bollo contraffatti o alterati
	art. 473	Contraffazione, alterazione o uso di marchi o segni distintivi ovvero di brevetti, modelli e disegni
	art. 474	Introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi
	art. 513	Turbata libertà dell'industria o del commercio
	art. 513 bis	Illecita concorrenza con minaccia o violenza
	art. 514	Frodi contro le industrie nazionali
	art. 515	Frode nell'esercizio del commercio
	art. 516	Vendita di sostanze alimentari non genuine come genuine
	art. 517	Vendita di prodotti industriali con segni mendaci
art. 517 ter	Fabbricazione e commercio di beni realizzati usurpando titoli di proprietà industriale	
art. 517 quater	Contraffazione di indicazioni geografiche o denominazioni di origine dei prodotti agroalimentari	

- Reati societari [Articolo aggiunto dal D.Lgs.n.61/2002, modificato dalla L. n. 190/2012, dalla L. 69/2015 e successivamente dal D.lgs. n.38/2017]¹⁷

¹⁶ Art. 25 bis.1, D.Lgs. 8 giugno 2001 n. 231

¹⁷ Art. 25-ter, D.Lgs. 8 giugno 2001 n. 231

Reati presupposto		
Codice civile	art. 2621	False comunicazioni sociali
	art. 2622	False comunicazioni sociali in danno della società, dei soci o dei creditori
	art. 2625	Impedito controllo
	art. 2626	Indebita restituzione dei conferimenti
	art. 2627	Illegale ripartizione degli utili e delle riserve
	art. 2628	Illecite operazioni sulle azioni o quote sociali o della società controllante
	art. 2629	Operazioni in pregiudizio dei creditori
	art. 2629-bis	Omessa comunicazione del conflitto di interessi
	art. 2632	Formazione fittizia del capitale
	art. 2633	Indebita ripartizione dei beni sociali da parte dei liquidatori
	art. 2635	Corruzione tra privati
	art. 2636	Illecita influenza sull'assemblea
	art. 2637	Aggiotaggio
art. 2638	Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza	
d.lgs. 58/1998	art. 173-bis	Falso in prospetto
d.lgs. 39/2010	art. 27	Falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni delle società di revisione

“I reati societari possono qualificarsi come propri perché soggetti attivi possono essere solo “amministratori, direttori generali, liquidatori o da persone sottoposte alla loro vigilanza”. Tale caratteristica ripropone le questioni relative all'autonomia, alla collocazione nell'organizzazione aziendale, ai poteri e alla comunicazione da e verso l'Organismo di Vigilanza già affrontate nel relativo capitolo.

Le linee direttrici della legge delega sulla riforma del diritto societario (l. n. 366/2001) che propongono, in tema di organizzazione interna delle società per azioni, alcune impostazioni tipiche di ordinamenti stranieri, contengono importanti spunti di riferimento utili per risolvere le predette

questioni, almeno riguardo alle società per azioni o, comunque, a struttura organizzativa complessa”¹⁸.

- Reati con finalità di terrorismo o di eversione dell’ordine democratico previsti dal Codice penale e dalle leggi speciali [Articolo aggiunto dalla L. n. 7/2003]¹⁹

“La legge 14 gennaio 2003, n. 7, di ratifica ed esecuzione della Convenzione internazionale firmata a New York per la repressione del finanziamento del terrorismo del 1999, introduce nel decreto 231 l’art. 25-quater. Ai sensi di tale norma, costituiscono reato presupposto di tale illecito tutti i delitti con finalità di terrorismo o eversione dell’ordine democratico previsti dal codice penale e dalla legislazione complementare, nonché i delitti diversi da questi ultimi ma posti in essere in violazione di quanto stabilito dall’art. 2 della Convenzione di New York. Tra le fattispecie previste dal codice penale, le più rilevanti sono le seguenti: associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell’ordine democratico (art. 270-bis c.p.); assistenza agli associati

¹⁸ CONFINDUSTRIA, op.cit., pag. 119

¹⁹ Art. 25-quater D.Lgs. 8 giugno 2001 n. 231

(art. 270-ter c.p.); arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale (art. 270-quater c.p.); addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale (art. 270-quinquies c.p.); condotte con finalità di terrorismo (art. 270-sexies c.p.); attentato per finalità terroristiche o di eversione (art. 280 c.p.); atto di terrorismo con ordigni micidiali o esplosivi (art. 280-bis c.p.); sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione (art. 289-bis c.p.); istigazione a commettere uno dei delitti contro la personalità dello Stato (art. 302 c.p.). Questi ultimi sono i reati diretti a fornire direttamente o indirettamente fondi a favore di soggetti che intendano porre in essere reati di terrorismo. In particolare, la Convenzione rinvia ai reati previsti da altre convenzioni internazionali, tra i quali: il dirottamento di aeromobili, gli attentati contro personale diplomatico, il sequestro di ostaggi, l'illecita realizzazione di ordigni nucleari, i dirottamenti di navi, l'esplosione di ordigni, ecc''²⁰.

- Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (Art. 583-bis c.p.) [Articolo aggiunto dalla L. n. 7/2006]²¹

²⁰ CONFINDUSTRIA, op.cit., pag. 131

²¹ Art. 25-*quater*.1 D.Lgs. 8 giugno 2001 n. 231

“La Legge n. 7 del 9 gennaio 2006, contenente disposizioni in materia di prevenzione e divieto delle pratiche di infibulazione, ha introdotto nel codice penale il reato di pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (art. 583-bis c.p., successivamente modificato e integrato) e ha esteso a tale reato l'ambito di applicazione del d. lgs. n. 231/2001 (art. 25-quater. 1). La ratio della norma è di sanzionare enti e strutture (in particolare, strutture sanitarie, organizzazioni di volontariato, ecc.) che si rendano responsabili della realizzazione, al loro interno, di pratiche mutilative vietate. In particolare, all'ente nella cui struttura viene commesso il delitto di cui all'art. 583-bis c.p. sono applicabili la sanzione pecuniaria da 300 a 700 quote e le sanzioni interdittive per una durata minima di un anno. Inoltre, se l'ente interessato è un ente privato accreditato, è disposta la revoca dell'accreditamento. Infine, si prevede la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività, se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo - unico o prevalente - di consentire o agevolare la commissione del reato (art. 16, co. 3, decreto 231).

Ai fini della prevenzione di questa fattispecie di reato, è opportuno inserire nel Codice etico specifici richiami volti a impedirne la commissione”²².

²² CONFINDUSTRIA, op.cit., pag.132

- Delitti contro la personalità individuale [Articolo aggiunto dalla L. n. 228/2003; modificato dalla L. n. 199/2016 e successivamente dalla L.n.236 / 2016 e poi ancora dalla Legge 110 del 14 luglio 2017]²³
- Reati di abuso di mercato [articolo aggiunto dalla L. n. 62/2005]²⁴

Reati presupposto		
T.U.F. (D.lgs. 58/1998)	art. 184	Abuso di informazioni privilegiate
	art. 185	Manipolazione di mercato

“L’art. 9 della legge n. 62/2005 (Legge Comunitaria per il 2004) ha recepito la direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2003, relativa all’abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato (c.d. abusi di mercato) e ha introdotto l’art. 25-sexies nel decreto n. 231/2001, estendendo l’ambito della responsabilità amministrativa degli enti alle condotte che integrano tali abusi. Il sistema sanzionatorio definito dalla Legge Comunitaria per i cd. abusi di mercato si

²³ Art. 25-*quinquies* D.Lgs. 8 giugno 2001 n. 231

²⁴ Art. 25-*sexies* D.Lgs. 8 giugno 2001 n. 231

estende oltre il profilo della responsabilità ai sensi del decreto 231. Infatti, esso prevede sanzioni amministrative a carico sia della persona fisica che della società per illeciti amministrativi, nonché sanzioni penali a carico della persona fisica e sanzioni amministrative a carico della società, nel caso in cui l'illecito assuma rilevanza penale²⁵.

- Altre fattispecie in materia di abusi di mercato (Art. 187-quinquies TUF) [articolo modificato dal D. Lgs. n. 107/2018]
- 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 [articolo aggiunto dalla L. n. 123/2007; modificato L. n. 3/2018]²⁶

Reati presupposto		
Codice penale	art. 589	Omicidio colposo
	art. 590	Lesioni personali colpose

²⁵ CONFINDUSTRIA, op.cit., pag. 135

²⁶ Art. 25-septies D.Lgs. 8 giugno 2001 n. 231

“La legge 123/2007 ha per la prima volta previsto la responsabilità dell’ente in dipendenza di un reato colposo. Tale circostanza impone un coordinamento con l’art. 5 del decreto 231, che definisce il criterio oggettivo di imputazione della responsabilità dell’ente, subordinandola all’esistenza di un interesse o vantaggio per l’ente, nonché con l’esimente di cui all’art. 6, nella parte in cui richiede la prova della elusione fraudolenta del modello organizzativo, sicuramente incompatibile con una condotta colposa. A tal proposito, l’impasse si potrebbe superare facendo ricorso ad una interpretazione che, tenendo conto del diritto di difesa e del principio di uguaglianza, permetta di prescindere da tale prova o quantomeno di disancorare il concetto di “elusione fraudolenta” dalle tipiche fattispecie proprie del codice penale e di assumerlo in termini di intenzionalità della sola condotta dell’autore (e non anche dell’evento) in violazione delle procedure e delle disposizioni interne predisposte e puntualmente implementate dall’azienda per prevenire la commissione degli illeciti di cui si tratta o anche soltanto di condotte a tali effetti “pericolose”. Questa interpretazione si fonda sui seguenti presupposti. Le condotte penalmente rilevanti consistono nel fatto, da chiunque commesso, di cagionare la morte o lesioni gravi/gravissime al lavoratore, per effetto dell’inosservanza di norme antinfortunistiche. In linea teorica, soggetto attivo dei reati può essere chiunque sia tenuto ad osservare o far osservare le

norme di prevenzione e protezione. Tale soggetto può quindi individuarsi, ai sensi del decreto 81/2008, nei datori di lavoro, nei dirigenti, nei preposti, nei soggetti destinatari di deleghe di funzioni attinenti alla materia della salute e sicurezza sul lavoro, nonché nei medesimi lavoratori”²⁷.

- Ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, nonché autoriciclaggio [articolo aggiunto dal D. Lgs. n. 231/2007; modificato dalla L. n. 186/2014]²⁸

Reati presupposto		
Codice penale	art. 648	Ricettazione
	art. 648-bis	Riciclaggio
	art. 648-ter	Impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita

“Con il decreto 231 del 21 novembre 2007 il legislatore ha dato attuazione alla direttiva 2005/60/CE del Parlamento e del Consiglio concernente la prevenzione dell’utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo (c.d. III direttiva antiriciclaggio), e alla direttiva 2006/70/CE della Commissione che ne reca misure di

²⁷ CONFINDUSTRIA, op,cit., pag. 142

²⁸ Art. 25-octies D.Lgs. 8 giugno 2001 n. 231

esecuzione. L'intervento normativo comporta un riordino della complessa normativa antiriciclaggio presente nel nostro ordinamento giuridico, tra l'altro estendendo la responsabilità amministrativa degli enti ai reati di ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza. Inoltre, abroga i commi 5 e 6 dell'art. 10 della l. n. 146/2006, di contrasto al crimine organizzato transnazionale, che già prevedevano a carico dell'ente la responsabilità e le sanzioni ex 231 per i reati di riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita (artt. 648-bis e 648-ter c.p.), se caratterizzati dagli elementi della transnazionalità, secondo la definizione contenuta nell'art. 3 della stessa legge 146/2006. Ne consegue che ai sensi dell'art. 25-octies, decreto 231/2001, l'ente sarà ora punibile per i reati di ricettazione, riciclaggio e impiego di capitali illeciti, anche se compiuti in ambito prettamente "nazionale", sempre che ne derivi un interesse o vantaggio per l'ente medesimo"²⁹.

- Delitti in materia di violazione del diritto d'autore [articolo aggiunto dalla L. n. 99/2009]³⁰

²⁹ CONFINDUSTRIA, op.cit., pag. 145

³⁰ Art. 25-novies D.Lgs. 8 giugno 2001 n. 231

Reati presupposto		
L. 633/1941	art. 171	Divulgazione di opere dell'ingegno attraverso rete telematica
	art. 171-bis	Reati in materia di <i>software</i> e banche dati
	art. 171-ter	Reati in materia di opere dell'ingegno destinate ai circuiti radiotelevisivi e cinematografico oppure letterarie, scientifiche e didattiche
	art. 171-septies	Violazioni nei confronti della SIAE
	art. 171-octies	Manomissione di apparati per la decodificazione di segnali audiovisivi ad accesso condizionato

- Induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria [articolo aggiunto dalla L. n. 116/2009]³¹
- Reati ambientali [articolo aggiunto dal D. Lgs. n. 121/2011, modificato dalla L. n. 68/2015, modificato dal D. Lgs. n. 21/2018]³²

Reati presupposto		
Codice penale	art. 727 bis	Uccisione, distruzione, cattura, prelievo, detenzione di esemplari di specie animali o vegetali selvatiche protette
	art. 733 bis	Distruzione o deterioramento di habitat all'interno di un sito protetto
Codice dell'Ambiente (D.lgs. 152/2006)	art. 137	Sanzioni penali in materia di scarichi di acque reflue
	art. 256	Reati in materia di gestione non autorizzata di rifiuti
	art. 257	Reati in materia di bonifica dei siti
	art. 258	Violazione degli obblighi di comunicazione, di tenuta dei registri obbligatori e dei formulari
	art. 259	Traffico illecito di rifiuti
	art. 260	Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti
	art. 260 bis	Sistema informatico di controllo della tracciabilità dei rifiuti
	art. 279	Reati in materia di tutela dell'aria e di riduzione delle emissioni in atmosfera
L. 150/1992	art. 1 - 3 bis, 6	Reati in materia di tutela di specie animali e vegetali in via di estinzione
L. 549/1993	art. 3	Reati in materia di ozono e atmosfera
D.lgs. 202/2007	art. 8, 9	Inquinamento doloso e colposo provocato dalle navi

³¹ Art. 25-decies D.Lgs. 8 giugno 2001 n. 231

³² Art. 25-undecies D.Lgs. 8 giugno 2001 n. 231

“La responsabilità dell’ente è stata estesa ai reati ambientali dal d.lgs. 121/2011, emanato in attuazione della direttiva 2008/99/CE. L’Unione Europea ha mostrato preoccupazione per la diffusione degli illeciti in materia ambientale, i cui effetti spesso si propagano anche oltre le frontiere degli Stati in cui i reati vengono commessi. Ha dunque imposto agli Stati membri di perseguire penalmente condotte che “provochino o possano provocare” pregiudizi all’ambiente e siano tenute “intenzionalmente o per grave negligenza”. Per le sole “gravi violazioni” della disciplina europea in materia ambientale, i legislatori nazionali sono stati vincolati a introdurre sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive sia per la persona fisica che per l’ente”³³.

- Impiego di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare [articolo aggiunto dal D. Lgs. n. 109/2012, modificato dalla Legge 17 ottobre 2017 n. 161]³⁴

Reato presupposto		
D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (T.U. sull’immigrazione)	art. 22 comma 12 bis	Impiego di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare aggravato da: <ul style="list-style-type: none"> - numero di lavoratori irregolari superiore a tre; - impiego di minori in età non lavorativa; - sottoposizione a condizioni lavorative di particolare sfruttamento, quali l’esposizione a situazioni di grave pericolo, avuto riguardo alle caratteristiche delle prestazioni da svolgere e delle condizioni di lavoro.

³³CONFINDUSTRIA, op.cit., pag. 154

³⁴ Art. 25-duodecies D.Lgs. 8 giugno 2001 n. 231

“Il 9 agosto 2012 è entrato in vigore il d.lgs. 109/2012, il quale amplia i reati presupposto per la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche prevista dal d.lgs. 231/2001, in attuazione della direttiva 2009/52/CE, che introduce norme relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare. È un delitto di natura dolosa, suscettibile di fondare la responsabilità dell’ente nella sola ipotesi aggravata di cui al comma 12 – bis”³⁵.

- Razzismo e xenofobia [articolo aggiunto dalla Legge 20 novembre 2017 n. 167, modificato dal D. Lgs. n. 21/2018]³⁶
- Frode in competizioni sportive, esercizio abusivo di gioco o di scommessa e giochi d'azzardo esercitati a mezzo di apparecchi vietati [articolo aggiunto dalla L. n. 39/2019]³⁷
- Reati Tributari (Art. 25-quinquesdecies, D. Lgs. n. 231/2001) [articolo aggiunto dalla L. n. 157/2019 e dal D. Lgs. n. 75/2020]³⁸

³⁵ CONFINDUSTRIA, op.cit., pag. 160

³⁶ Art. 25-terdecies D.Lgs. 8 giugno 2001 n. 231

³⁷ Art 25-quaterdecies D.Lgs. 8 giugno 2001 n. 231

³⁸ Art. 25-quinquesdecies D.Lgs. 8 giugno 2001 n. 231

- Contrabbando [articolo aggiunto dal D. Lgs. n. 75/2020]³⁹
- Delitti tentati⁴⁰
- Responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato (Art. 12, L. n. 9/2013) [Costituiscono presupposto per gli enti che operano nell'ambito della filiera degli oli vergini di oliva]
- Reati transnazionali (L. n. 146/2006) [Costituiscono presupposto per la responsabilità amministrativa degli enti i precedenti reati se commessi in modalità transnazionale].

Il primo blocco di reati come possiamo vedere riguarda la pubblica amministrazione, per il semplice motivo che il decreto nasce all'inizio per tutelare gli interessi della Pubblica Amministrazione e poi si allarga a tutti gli altri soggetti. Dopo di questi, infatti, è opportuno sottolineare l'importanza del blocco dei reati societari, i quali sono stati disciplinati nel cod. civ. dal legislatore. Questi in effetti sono reati abbastanza frequenti che hanno portato lo stesso legislatore a considerarli come reati presupposto.

³⁹ Art. 25-*sexiesdecies* D.Lgs. 8 giugno 2001 n. 231

⁴⁰ Art. 26 D.Lgs. 8 giugno 2001 n. 231

1.7 Le sanzioni

Presupposto del decreto legislativo n.231/2001 è la **colpa organizzativa** che consiste, attraverso l'azione o l'omissione, nell'aver consentito la commissione del reato. Le sanzioni non potranno ovviamente coincidere con quelle previste dal codice penale per i reati commessi dalle persone fisiche, perché la società non è una persona e pertanto non potrebbe essere soggetta a limitazioni della libertà personale.

Le sanzioni derivanti dalla responsabilità si articolano in quattro tipologie che sono:

- SANZIONE PECUNIARIA
- SANZIONE INTERDITTIVA
- CONFISCA
- PUBBLICAZIONE DELLA SENTENZA

Il primo gruppo di sanzioni si riferisce a quella pecuniaria che determina una conseguenza solo economica e non di limitazione dell'attività. La sanzione interdittiva invece impedisce il regolare svolgimento dell'attività imprenditoriale dell'ente a livello

temporaneo o definitivo. La confisca e la pubblicazione della sentenza sono infine considerati gruppi accessori di sanzioni.

Ed infatti la confisca è conseguenza di una sanzione interdittiva, dal momento che consente di impedire che il frutto del reato continui a permanere nella sfera del soggetto e nella disponibilità del reo. Nei casi di condanna è sempre prevista nei confronti dell'ente la confisca del prezzo o del profitto derivante da reato.

Per quanto riguarda la pubblicazione della sentenza, questa viene applicata in alcuni casi per evidenziare e dare pubblicità alla sentenza così che spieghi i suoi effetti nei confronti di terzi. Per di più reca un grave danno all'immagine della società e sottolinea il carattere sanzionatorio della stessa.

Riguardo alle sanzioni pecuniarie, esse fanno riferimento a quote che vanno da un minimo di euro 258 ad un massimo di euro 1.549, e le quote sono calcolate in un numero non inferiore a 100 né superiore a 1.000. Il numero di quote viene deciso dal giudice in funzione della gravità del reato e l'entità di ogni singola quota dipende dal patrimonio aziendale.

Per ultimo, le sanzioni interdittive nelle ipotesi dei reati più gravi o in caso di reiterazione degli stessi, sono estremamente impattanti poiché possono vietare l'esercizio dell'attività, comportare sospensione o revoca di autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali al proseguimento della stessa, o prevedere il divieto di contrarre con la Pubblica Amministrazione a tempo indeterminato.

La più grave interdizione che può essere comminata è la sospensione dall'esercizio dell'attività. Come già anticipato, le sanzioni accessorie completano quelle principali e la confisca insieme alla pubblicazione della sentenza ne fanno parte. Il bene confiscato può essere messo all'asta o distrutto mentre la pubblicazione della sentenza è prevista in taluni casi ove il giudice ritenga opportuna un'ulteriore pubblicità, e dal punto di vista della reputazione la stessa può essere più impattante della sanzione pecuniaria.

Anche per la violazione delle misure previste dal modello organizzativo sussistono delle sanzioni (interne), infatti il sistema disciplinare assume una funzione preventiva ed è per questo opportuno che preveda una serie di sanzioni graduate alla gravità delle infrazioni accertate. Le sanzioni, quindi variano da conservative fino a provvedimenti che interrompono il rapporto di lavoro tra la persona e l'ente a seconda che si tratti di casi più tenui o più gravi. Il sistema disciplinare si conforma al principio di proporzione commisurando la sanzione alla gravità del fatto, ed al principio del contraddittorio che coinvolge il soggetto interessato per dare la possibilità di presentare giustificazioni per il comportamento assunto.

1.8 L'efficacia esimente

L'esistenza di un modello di organizzazione e gestione non determina automaticamente il venir meno dell'illecito ma determina sostanzialmente ed unicamente la non responsabilità e l'esenzione dell'ente poiché tale modello si pone come strumento atto a "prevenire reati della specie di quello verificatosi" e pertanto si ritiene meritevole di un effetto che potremmo definire premiale e che ha come risvolto pratico l'esenzione da responsabilità. L'esenzione da responsabilità si ha, quindi, solo quando è provato che l'ente ha fatto quanto in suo potere per evitare la commissione del reato adoperandosi per costruire ed avvalersi di un sistema di controlli ed un modello idonei alla causa.

Il decreto legislativo 231/2001 introduce per la prima volta nell'ambito di una norma l'inversione dell'*onus probandi*, infatti il principio cardine è la presunzione di innocenza sia in processo civile che penale.

A questo punto c'è da fare una distinzione nel caso in cui il reato venga commesso da un soggetto apicale o sottoposto. Se il reato viene posto in essere da uno dei soggetti apicali, l'ente non risponde se dimostra che il suo organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato un MOG, prima e non dopo la commissione

del reato e, sempre prima della commissione del reato, deve aver istituito un organismo di vigilanza con il compito di vigilare sul funzionamento del modello e sul suo aggiornamento oltre all'evoluzione dello stesso. In questo caso, quindi non è il Pubblico Ministero a dover dimostrare la colpevolezza dell'ente ma è lo stesso ente a dover dimostrare di aver rispettato i requisiti. Oltretutto, deve essere dimostrato che le persone colpevoli devono aver commesso il fatto eludendo fraudolentemente il modello di organizzazione e gestione ed in ultimo non vi deve essere stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di vigilanza.

Se sono verificati tutti questi requisiti allora l'ente non risponde ma la società deve provarlo. Sussiste in questo caso l'inversione dell'onere della prova a carico dell'ente se il reato è stato commesso da uno dei soggetti apicali interni allo stesso. Nel caso in cui il reato sia stato invece commesso da soggetti sottoposti, privi quindi di autonomia di spesa, deleghe e decisioni rilevanti, l'ente non risponde se ha adottato un efficace modello che preveda misure idonee a continuare lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge. Risponde invece nel caso in cui la commissione del reato sia stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza. Nel caso di commissione del reato da parte di soggetti non apicali allora non ricade sulla società l'onere della prova.

E' bene ricordare che la procedura deve essere idonea a circoscrivere la commissione dei reati. Se il reato è commesso da sottoposti, quindi è il Pubblico Ministero a dover dimostrare che la procedura esistente sia stata inefficace o per niente attuata.

Ma chi è il soggetto che materialmente deve adottare e deliberare il modello? Vediamo i quattro requisiti per l'esenzione.

A. "L'organo deve aver adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione e gestione prima della commissione del reato".

L'organo dirigente nelle società è il consiglio di amministrazione che esercita attività amministrativa e gestoria della stessa. Per modello organizzativo intendiamo una serie di procedure da mettere in atto e da attuare efficacemente cioè non solamente su carta (come se fosse una certificazione) bensì attraverso una serie di procedure realizzate sulla base del modello specifico del *business* e sulla specifica realtà commerciale e territoriale ove la stessa opera. Consiste in un complesso coacervo di procedure *tailor made* studiate sulla realtà di quella società affinché la stessa non incorra nella responsabilità e nelle sanzioni previste. Entra qui in gioco il concetto di **idoneità preventiva dei reati**: il modello deve essere *tailor made*, fatto cioè su misura per quell'azienda. Il modello organizzativo ai sensi 231 non è una

certificazione come la ISO, pertanto la sola adozione passiva non assicura l'esonero da responsabilità ma si necessita che il modello sia studiato in relazione a tutte le caratteristiche aziendali. Introduciamo qui brevemente le criticità che possono emergere da un modello di gruppo (di imprese) dal momento che non può esistere per i motivi sopraelencati un unico modello generalizzato ed universale. Un modello simile andrebbe bene come scheletro ma poi occorrerà analizzare se tale modello risulti efficace per ridurre il rischio legato alla 231. Se ad esempio i *business* sono diversi e non correlati, esso non sarà sufficiente dal momento che non ha senso attuare lo stesso modello della capogruppo perché ogni business presenta un profilo di rischio diverso. *Ex post* si può soltanto definire un modello riparatore idoneo a ridurre la responsabilità in termini di sanzioni perché denota un'ipotesi di ripensamento sulla possibilità di dotarsi di un modello organizzativo, e non l'esonero completa.

B. Secondo requisito per l'esonero è la “costituzione di un organismo di vigilanza collegiale o monocratico che vigili sul funzionamento del modello”.

E' un requisito imprescindibile. L'organismo di vigilanza in termini di struttura può essere collegiale e quindi composto da più soggetti, solitamente tre, o monocratico per le società

di più piccole dimensioni, cioè composto da una persona fisica. Vigilare vuol dire che all'organismo di vigilanza è demandato fare approfondimenti sull'effettivo recepimento e applicazione da parte dei soggetti destinatari, ed inoltre ha anche il compito di suggerire gli aggiornamenti del modello autonomamente o demandare alla società tramite *advisors* esterni o risorse interne. Il modello organizzativo deve essere ritagliato su quella che è la realtà effettiva in termini di struttura e di *business* dell'ente di riferimento, se così non fosse il modello organizzativo non sarebbe né idoneo né efficace e l'organismo di vigilanza non svolgerebbe bene il suo compito.

C. Terza circostanza è che “le persone eludano fraudolentemente la procedura”.

Fondamentale per far risultare la società esente da colpe.

A tal proposito però è bene ricordare che l'obbligo di vigilare non sottintende automaticamente l'obbligo o il potere di impedire un'azione illecita. Infatti, questo compito insieme alla responsabilità penale che comporta è previsto solo nel caso in cui il destinatario si trovi nella posizione di garante del bene giuridico protetto. L'organismo di vigilanza, infatti, non ha poteri impeditivi pertanto non gli possono essere assegnati compiti d'impedimento dei reati dato che assolve

unicamente alle direttive dettate dall'organismo dirigente senza nemmeno poter modificare di propria iniziativa i modelli. Infine, risulta utile specificare che nemmeno i pubblici ufficiali e gli incaricati di pubblico servizio che hanno il compito di segnalare all'Autorità giudiziaria i reati scoperti nell'esercizio delle proprie funzioni, possono impedire la realizzazione dei reati. Questo potere nel nostro ordinamento viene attribuito solamente alla polizia giudiziaria.

D. Ultimo requisito correlato al secondo è la “vigilanza dell'organismo a ciò predisposto”.

Per far sì che la società risulti esente, la vigilanza non deve essere stata omessa o insufficiente.

Tutti i requisiti sono concorrenti e devono pertanto coesistere.

CAPITOLO II

Modello organizzativo e Organismo di vigilanza

2.1 Cosa è un MOG

Il modello di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto 231/2001 è composto da un insieme di regole, principi, procedure operative, schemi organizzativi e disposizioni che hanno lo scopo di creare un sistema di controllo e monitoraggio delle attività ritenute più a rischio per prevenire la commissione dei reati presupposti previsti dal decreto stesso. Il modello assume quindi una funzione preventiva e di indirizzo. Il legislatore non ha imposto un modello unico per tutte le imprese ma si è limitato a fornire dei principi generali che potessero aiutare le aziende nella costruzione di un MOG capace di rispondere alle esigenze di ogni ente. Entra qui in gioco il concetto di **idoneità preventiva della commissione dei reati**: il modello deve essere *tailor made*, fatto su misura per una determinata azienda.

Il modello organizzativo pensato dal decreto 231/2001 (e suggerito dalle Linee Guida Confindustria) non è una certificazione (come la ISO), pertanto la sola adozione passiva non assicura l'esonero da responsabilità, ma è necessario che il modello sia studiato in relazione a tutte le caratteristiche aziendali. In merito, l'ordinanza 4728 espressa dal Gip del tribunale di Milano:" ...il modello organizzativo deve scaturire da una visione realistica ed economica dei fenomeni aziendali; il modello deve dunque necessariamente tener conto della storia della società alla quale si riferisce in quanto l'analisi della stessa è indispensabile per l'individuazione dei cosiddetti fattori di rischio; ...deve necessariamente tener conto della specificità dell'ente".⁴¹

Le misure preventive che l'azienda deve adottare riguardano quindi l'intera organizzazione nel suo complesso, pertanto il modello 231 non sarà redatto nello specifico per una o più attività ma terrà conto di un sistema nel quale deve inserirsi che è strutturato ed organico e racchiude attività e procedure di controllo con il fine di minimizzare il rischio di commissione reato. Il modello 231 contribuisce a delineare un più generale sistema di controllo.

⁴¹ Ordinanza 4728-03 R.G. GIP. Tribunale di Milano



Gli elementi essenziali contenuti in un efficace modello di organizzazione, gestione e controllo prevedono:

- l'individuazione di aree a rischio;
- principi e protocolli di controllo;
- codice etico (comportamentale);
- organismo di vigilanza;
- sistema disciplinare e sanzionatorio.

Il modello assolve alla duplice funzione di discernere la responsabilità dell'ente da quella dell'individuo, ed assegnare ad ogni soggetto o funzione la sua responsabilità dividendo i compiti secondo il principio della *segregation of duties*.

Nel concreto il modello in questione regola e disciplina i comportamenti tra l'ente, l'individuo e gli *stakeholders*, e promuove regole interne ed esterne.

Per risultare esente da responsabilità ogni ente deve dotarsi di un proprio ed esclusivo modello organizzativo per cui, come già accennato, questo deve essere costruito “su misura” in relazione alla realtà specifica presa in esame.

La redazione del MOG deve tener conto dell’esperienza passata dell’ente e deve quindi andare a studiare i processi aziendali in profondità per stimare il rischio di esposizione della società rispetto a determinati reati contenuti nell’elenco dei reati presupposto inseriti previsti dal D. Lgs 231/2001⁴².

2.2 Caratteristiche e costruzione di un MOG

Facendo riferimento alla funzione che assolve, ogni modello deve rispondere a determinate esigenze e presentare particolari caratteristiche tra le quali:

1. **INDIVIDUAZIONE DEI RISCHI POTENZIALI** con l’obiettivo di dare una completa rappresentazione di come i reati possono essere attuati tramite una mappatura di quelli più rilevanti e delle aree aziendali più a rischio.

⁴² Art. 6 D. Lgs. 231/2001

2. PROGETTAZIONE DI UN SISTEMA DI CONTROLLO

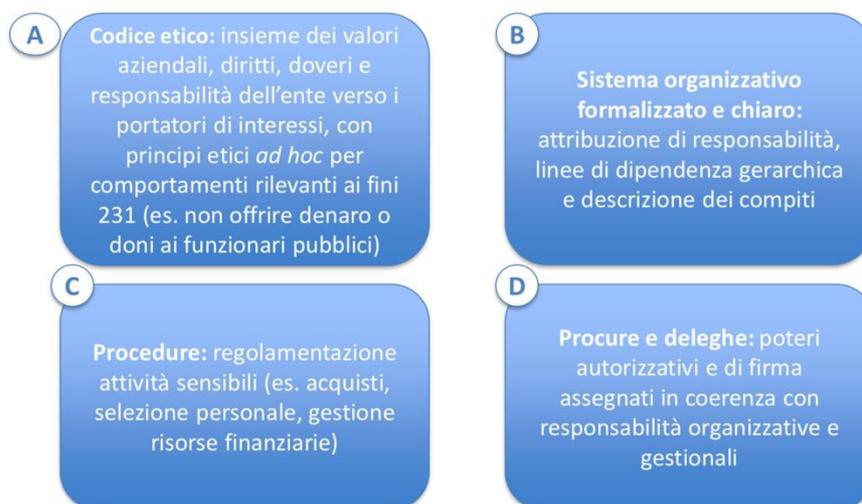
analizzando sistemi già esistenti o costruendone di nuovi. Diviene necessario individuare il “rischio accettabile” e cioè il livello di rischio per cui aggiungere un ulteriore controllo risulterebbe più costoso della risorsa da proteggere. Lo scopo principale è rendere il sistema raggiungibile solo fraudolentemente e questa è l'altra soglia concettuale di accettabilità oltre quella economica. In questa analisi, così come ad ogni nuovo aggiornamento, dobbiamo tenere ben presente il concetto di approccio integrato ovvero a fronte della stratificazione normativa e degli oneri gravanti sulle imprese al fine di essere *compliant*, è fondamentale abbandonare l'approccio a compartimenti stagni e individuare sistemi di gestione di rischio che siano coordinati e complementari, così da evitare inutili sovrapposizioni in modo tale da valorizzarli sinergicamente in ottica 231. Bisogna tener conto dei sistemi di cui le aziende sono già dotate e che sono già in atto in esse per le diverse esigenze.

Processo di Risk Management



Per far ciò vengono utilizzati i cosiddetti “presidi essenziali” che prevedono principi etici (contenuti nel codice etico che sarà successivamente oggetto di trattazione), poteri autorizzativi e di firma che siano coerenti con ruoli e responsabilità organizzative, un sistema organizzativo formalizzato e chiaro, procedure, procure e deleghe.

I presidi essenziali del sistema di controllo



Un discorso analogo vale per le certificazioni. Infatti, disporre di certificazioni non mette a riparo l'ente in ottica 231 (risulterebbe astrattamente idoneo a prevenire i rischi ai sensi della 231) anche se, per esempio, si potrebbero creare sinergie in materia di sicurezza sul lavoro. In ultimo quindi possiamo dire che è fondamentale valorizzare le sinergie ma ancor di più lo è stare attenti alle differenze.

3. LA GESTIONE DELLE RISORSE FINANZIARIE necessita una particolare attenzione nella modalità da adottarsi al fine di impedire la commissione dei reati.

4. COMUNICAZIONE (INFORMAZIONE) E

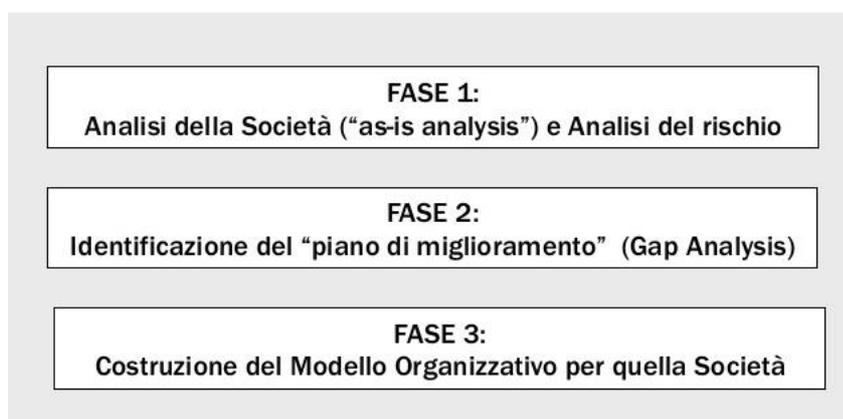
FORMAZIONE DEL PERSONALE. Attività fondamentale per garantire l'effettività del modello di organizzazione e gestione è che venga comunicato ai soggetti dell'ente e ai terzi con i quali l'ente intrattiene rapporti per via di clausole contrattuali. La comunicazione deve inoltre essere capillare, efficace, autorevole, chiara e dettagliata nonché periodicamente ripetuta. La formazione personalizzata e differenziata in base ai destinatari, promossa e supervisionata dall'organismo di vigilanza.

5. SISTEMA DISCIPLINARE da attuare per la validità di un MOG, serve quindi un corpo di sanzioni volto a colpire le violazioni del modello e del codice etico che abbia una funzione prevalentemente preventiva. Senza ciò, il modello non è valutato come idoneo secondo la giurisprudenza. Si segue una logica preventiva e premiale, di tipo prodromico, non con l'unico obiettivo di sanzionare ciò che è già reato, (risulterebbe in tal caso soltanto una duplice sanzione), ma ad evitare che il reato sia commesso. Le sanzioni sono specifiche e graduate secondo i principi di proporzionalità e del contraddittorio. Queste infine sono diversamente declinate a seconda delle classi dei destinatari dopo aver individuato funzioni aziendali preposte.

Il D. Lgs. 231/2001 richiede che il Modello Organizzativo sia definito nelle sue caratteristiche specifiche ed autonome. Ciò comporta che il modello sia esplicitato rispetto agli obiettivi “propri” dello stesso decreto, sia pure adattato alle esigenze organizzative dell’ente.

Passando alla sua costruzione si utilizza un approccio metodologico che prevede diverse fasi operative che si dividono in:

- Risk assessment
- Gap analysis
- Disegno del modello



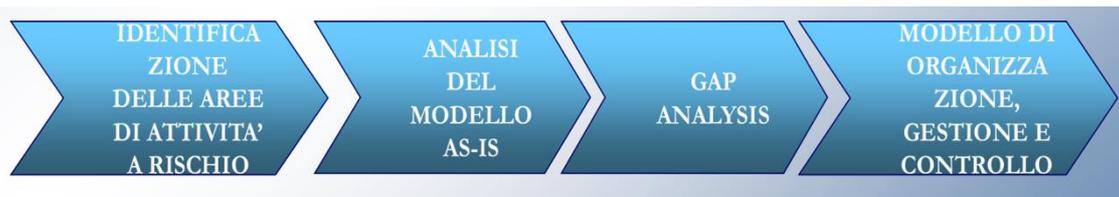
Nella prima fase di *Risk assessment* si articolano un primo intervento preliminare di **identificazione delle aree di attività a rischio** e un’attenta analisi del **modello “as-is”**.

Si inizia andando a cercare quelle che sono le attività aziendali più soggette a rischio di commissione reato, attività svolta ancora prima della visita all'interno della struttura. L'obiettivo è creare un quadro chiaro della realtà aziendale andando a studiare quindi l'oggetto sociale, le attività svolte, il peso delle attività più critiche o sensibili, definendo così un primo perimetro di intervento. Successivamente, nella *as-is analysis*, si organizzano incontri con gli apicali dell'azienda o si sottopongono a questi dei questionari, o ancora tramite analisi storiche delle attività svolte si cerca di capire quali sono le attività sensibili svolte per poter indagare alla fine su come questi processi vengono gestiti. Viene poi prodotta una vera e propria analisi documentale grazie anche all'interlocuzione con i *key officers* aziendali. Gli strumenti a disposizione per questa fase sono, come accennato, interviste, visite e questionari che garantiscono un output omogeneo per funzioni diverse della stessa azienda.

Nella fase di *gap analysis* sono previste **un'analisi dei requisiti di organizzazione** e subito, a seguire, **l'individuazione delle azioni di allineamento**. Viene definita come un insieme di attività che rendono possibile confrontare il posizionamento attuale (*as-is*) con quello desiderato (*to be*) in riferimento a *best practices* di settore, leggi, norme volontarie, richieste di clienti e obiettivi interni. Vengono quindi evidenziati gli scostamenti in relazione alle attese e di conseguenza sono valutati modifiche e miglioramenti da

introdurre per raggiungere il riallineamento prefissato. Principale scopo è identificare e valutare in modo globale e schematico il *gap* che deve essere colmato tra la situazione presente ed il modello a tendere individuato. In questa fase vengono elencati i punti deboli dei procedimenti e le contromisure da porre in essere per risolverli. In generale bisogna individuare i *gap* di allineamento. Al termine verranno definiti in un unico documento l'analisi *as-is*, *to be* e *gap*, e rappresentati in modo schematico tramite grafici e diagrammi di flusso. Le evidenze che ne risulteranno in termini di criticità o instabilità verranno presentate in forma tabellare e il documento finale completo potrà essere considerato l'output definitivo per uno studio di fattibilità volto a comprovare la reale possibilità di apportare, nell'ambito desiderato, le modifiche che sono state apportate durante le fasi di analisi. Si fissa in ultimo un piano di riallineamento prima della redazione del modello.

Un esempio di *gap* potrebbe essere anche quello da organigramma, cioè di struttura e non necessariamente solo quello derivante da procedure errate. Si dovranno adottare possibili azioni per raggiungere lo stato futuro desiderato del modello organizzativo. Ideare, costruire, implementare. Seguendo questo schema logico il management potrà quindi provare a riallinearsi o addirittura deciderà di far redigere un nuovo modello *ex novo*.



L'ultima fase prevede quindi il disegno e la redazione del modello delineato. Generalmente si cerca di trovare un *matching* tra i processi attuali ed il modello già esistente dato che è da oltre venti anni che vengono redatti, ai sensi della 231, si propende quindi ad aggiornarli e migliorarli.

Il MOG sarà composto da una parte generale ed una speciale: nella generale avremo la descrizione dell'azienda e delle sue attività, dell'organigramma e delle funzioni, mentre nella parte speciale saranno trattati processi o attività sensibili.

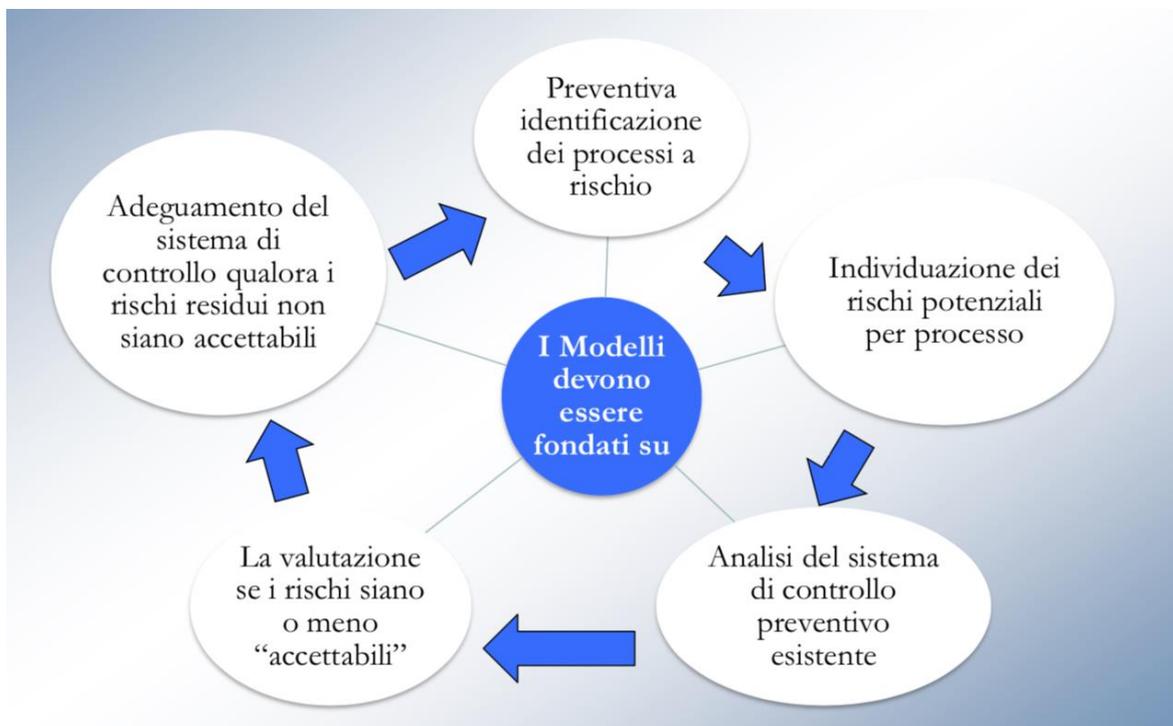


Le finalità che il MOG deve perseguire sono molteplici, ma in generale si tenta di perfezionare il sistema di *governance* dell'ente, prevenire e mitigare comportamenti e/o attività illecite, informare i soggetti operanti nelle attività più a rischio e i terzi delle sanzioni amministrative e penali in cui possono incorrere in caso di illecito. Come già trattato, nonostante la non obbligatorietà da parte della legge, ogni società che voglia avvalersi dell'efficacia esimente deve necessariamente dotarsi di un modello di organizzazione gestione e controllo *ex* D. Lgs. 231/2001. Modello che sarà predisposto sulle peculiarità dell'azienda che lo adotta e quindi "a misura" delle sue esigenze, della sua organizzazione e struttura. Durante la costruzione del modello si dovrà quindi studiare con attenzione anche l'esperienza dell'organizzazione dell'ente al fine di poter concepire il miglior strumento possibile in base a come attualmente si presenta l'ente.

Nella sua implementazione si avranno a disposizione strumenti come apparati documentali preimpostati da adattare successivamente, ciò consente di ridurre i tempi per le personalizzazioni sistemiche, potendo partire da moduli e contenuti in parte già strutturati, dando spazio e maggiore attenzione all'analisi dei processi e rischi aziendali precipui. Le interviste, già prima menzionate, aiuteranno in tal senso ad articolare una mappatura delle aree grazie al coinvolgimento dei soggetti

direttamente interessati. Sarà infatti possibile, tramite il loro supporto, analizzare nel dettaglio ogni attività sensibile che può essere oggetto di reato, passando in rassegna protocolli e procedure che dovranno indicare tra le altre cose: la tracciabilità di ogni operazione, la divisione (segregazione) delle funzioni direttamente coinvolte nelle attività dell'azienda, e il rispetto dei poteri di firma e autorizzazioni.

A tale scopo, verranno apportate azioni correttive sulle procedure già esistenti che non risultino idonee e saranno implementate procedure nuove per le attività non ancora “coperte”.



2.3 I codici di comportamento (Linee Guida)

Il decreto legislativo 231/2001 non prescrive uno standard di MOG da adottare ma si limita a suggerire ed indicare gli elementi che in esso devono essere contenuti. Per questo, al fine di costruire modelli adeguati, le associazioni di categoria come Confindustria o ABI (Associazione Bancaria Italiana)⁴³ hanno elaborato codici di comportamento (cosiddette “Linee Guida”) che sono comunicati ed approvati dal Ministero della Giustizia. In questi sono forniti parametri standard continuamente aggiornati nel corso del tempo per rendere adeguati i MOG ai vari reati presupposto che si aggiungono di volta in volta. Le Linee Guida non sono giuridicamente vincolanti ma offrono un supporto metodologico che si discosta completamente da schemi-tipo dato che ogni MOG va costruito alla luce del diverso grado di rischio reato di ogni impresa, dipendente non solo dal settore economico ma anche dalla complessità dimensionale e organizzativa oltre che dell’area geografica in cui si opera. La stessa costruzione o adeguamento del sistema dei controlli preventivi si articola sull’elaborazione o revisione del codice etico⁴⁴ (catalogo che comprende azioni e principi fondanti che tutti i soggetti interni ed esterni all’ente sono

⁴³ Ma anche ANCE (delle imprese di costruzione), ANIA (settore assicurativo).

⁴⁴ Ne fanno parte i principi di legalità, lealtà, di coinvolgimento e consenso, di liceità, di tutela delle risorse umane, di etica, di imparzialità, della correttezza e tutela della concorrenza, di trasparenza.

tenuti ad osservare) oltre al sistema organizzativo, procedure manuali e informatiche, poteri autorizzativi e di firma, sistema di controllo di gestione e comunicazione al personale e sua formazione.

Due sono i principi fondamentali contenuti nel codice di comportamento di Confindustria:

1. ogni azione, operazione o transazione deve essere verificabile, documentata, coerente e congrua;
2. nessuno può gestire in autonomia un intero processo (*segregation of duties*)⁴⁵.

Nel codice di comportamento redatto da Confindustria (ultimo aggiornamento 2014) sono quindi elencati i contenuti che un modello 231 idoneo dovrebbe osservare.

- costruire una mappatura delle aree più soggette al rischio di commissione reati con relativi gradi di probabilità;
- quantificare il rischio di commissione reato per ogni area interessata;
- analizzare e verificare procedure di controllo e procedure operative;

⁴⁵ Vedi nota n°5.

- valutare l'efficacia delle suddette procedure e modificare in caso di esito negativo;
- Istituire un organismo di vigilanza che abbia poteri di iniziativa e controllo per garantirne l'idoneità e l'adozione dei MOG;
- rendere effettiva la funzione di controllo dell'organismo di vigilanza;
- dotarsi di un codice etico⁴⁶;
- Creare un sistema disciplinare rivolto ai soggetti coinvolti ed interessati;
- formulare un apparato di formazione e di informazione;
- adottare un efficace sistema di reporting volto a garantire le segnalazioni all'organismo competente.



231 MODELLO ORGANIZZATIVO
AI SENSI DEL
D.LGS 231/2001

⁴⁶ Contenuto nella parte generale

Con riferimento al codice etico, in esso sono esplicitati diritti, doveri e responsabilità dell'ente in relazione a tutti i soggetti con cui ha a che fare. Vengono inoltre presentati quelli che sono i valori fondamentali e la cultura su cui si basa l'ente, da ciò i criteri distintivi nei riguardi dei dipendenti dove è premiato il lavoro ed il merito, in un contesto lavorativo privo di discriminazioni.

Grazie alla sua adozione, l'ente ha l'obiettivo di sottolineare i principi ed i valori morali fondanti nonché le regole e protocolli da rispettare. In particolare, i destinatari saranno:

- ◆ i componenti degli organi collegiali;
- ◆ tutti i dipendenti;
- ◆ consulenti (interni e/o esterni);
- ◆ collaboratori a progetto;
- ◆ fornitori;
- ◆ altri soggetti che agiscano in nome e per conto dell'ente.

Tutti sono tenuti, in virtù dell'apparato di formazione ed informazione, a conoscere e rispettare tali contenuti. Questo, infatti, sarà messo a disposizione e diffuso tra tutti i soggetti interessati, sia interni che esterni all'organizzazione e la violazione di tali prescrizioni darà vita a sanzioni disciplinari. Pertanto, è richiesto il più nobile impegno e la professionalità dovuta, volti al rispetto di principi quali correttezza e integrità.

- Linee Guida Confindustria per la costruzione dei Modelli di Organizzazione Gestione e Controllo ai sensi del D. Lgs. 231/2001 (aggiornate a Marzo 2014);
- Legge 30 novembre 2017, n.179 “Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell’ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato”;
- Linee Guida Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. *whistleblower*).

In riferimento alle pratiche internazionali i principali punti di riferimento sono da trovarsi nella Convenzione del 1997 adottata dall’Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE) sulla lotta alla corruzione di Pubblici Ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali e nei già citati:

- *Foreign Corrupt Practices Act of 1977 (FCPA, USA)*;
- *Bribery Act 2010 (United Kingdom)*;
- Direttiva approvata dal Parlamento UE nell’aprile 2019 riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell’Unione.

L'intervento mira a disciplinare tanto il settore pubblico quanto quello privato prevedendo una protezione del dipendente che segnala condotte illecite o violazioni venute a conoscenza delle stesse in virtù del proprio rapporto di lavoro.

Un sistema di *whistleblowing* operativo ed efficace deve prevedere l'esistenza di un sistema di reporting atto a garantire la riservatezza dell'identità del segnalante, del contenuto della segnalazione e della relativa documentazione. E' necessario che il sistema sia accessibile ai destinatari della fonte normativa che si ritiene violata (norme imperative o di autoregolamentazione). Deve sempre essere verificata la fondatezza della denuncia da parte dell'organizzazione per poter svolgere le opportune verifiche interne. Si necessita di un sistema sanzionatorio in caso di violazione del *framework* normativo di riferimento. Deve inoltre essere garantita nei confronti del segnalante ogni forma di tutela e protezione in termini di divieto di atti ritorsivi e/o discriminatori per motivi collegati alla segnalazione e nullità di licenziamento, mutamento di mansioni nonché di qualsiasi altra misura ritorsiva o discriminatoria adottata nei confronti del *whistleblower*. Oltretutto in caso di contenzioso è in capo al datore di lavoro l'onere di dimostrare che tali misure siano fondate su ragioni estranee alla stessa segnalazione⁴⁷.

⁴⁷ Art. 2 L. n. 179/2017

L'implementazione di un sistema di *whistleblowing* all'interno di un MOG ha sicuramente allargato la platea di soggetti possibili utilizzatori di questo strumento anche se, pur diminuendo, sono ancora molti a non sapere dell'esistenza di tale protezione o ancora timorosi delle possibili ripercussioni future. Nei modelli di organizzazione e gestione dovranno essere previsti canali che, a tutela dell'integrità dell'organizzazione, consentano di rilevare e segnalare condotte illecite, pur mantenendo riservata l'identità del *whistleblower*. Dovrà sempre essere garantito l'utilizzo di un canale alternativo, anche questo idoneo a riservare l'identità di chi segnala, tramite modalità informatiche.

Dovranno infine essere predisposte misure atte a tutelare l'identità di chi denuncia e a riservare le informazioni nei contesti successivi, nei termini previsti dalla legge.

Awareness about the protection of whistleblowers



Per essere implementati, i MOG dovranno integrare impianti regolarmente idonei a gestire processi di segnalazione delle

violazioni di norme interne ed esterne e per farlo dovranno essere completi ed indicare:

- soggetti abilitati a segnalare;
- contenuti delle segnalazioni;
- funzioni aziendali predisposte alla gestione delle segnalazioni;
- ogni forma di tutela dei segnalanti e sanzioni per chi viola le misure.

2.5 MOG e gruppi di imprese

Il fenomeno dei gruppi di imprese risulta una soluzione estremamente utilizzata e diffusa nel nostro sistema economico in ragione del fatto che consente sicuramente di ripartire i rischi diversificando le attività. Ciononostante, il decreto legislativo 231/2001 non tratta in modo specifico ed approfondito il tema della responsabilità degli enti nei gruppi di imprese, che tra l'altro è anche anteriore alla riforma del diritto societario del 2003 che, per la prima volta, ha affrontato la materia dei gruppi di imprese.

E' interessante notare come anche nel codice civile manchi una disciplina generale in tema di gruppi ma come siano presenti

solamente alcuni indici normativi che riconoscono il controllo ed il collegamento (art. 2359) e la direzione ed il coordinamento (art. 2497) tra le società.

Quando un'impresa diviene troppo estesa nelle dimensioni e nell'organico percepisce il bisogno di riorganizzarsi come una pluralità di società distinte che operano sotto la direzione unica di una società madre. Le società figlie possono essere distinte per settori, zone territoriali o processi produttivi ma tutte seguono il filo conduttore della società madre che mantiene il compito di dirigere e coordinare il gruppo come se fosse un soggetto economico unico e quindi una sola grande impresa con tante diverse funzioni e divisioni di dimensioni rilevanti.

Un gruppo di imprese viene ad esistere quando un soggetto controllante detto anche capogruppo o *holding* possiede partecipazioni in altre società (cosiddette controllate) ed esercita un'attività di direzione e coordinamento nei loro confronti anche in virtù di determinate clausole statutarie o particolari vincoli contrattuali. Si parla di influenza dominante se la *holding* esercita un'attività di direzione marcata ed incisiva, imponendo la propria volontà ed elaborando programmi e visioni di gruppo; influenza notevole se viene svolta un'attività di coordinamento sulle controllate con un'influenza meno forte e penetrante che si limiti ad organizzare il lavoro in ottica di gruppo senza conflitti o imposizioni, lasciando quindi un certo grado di autonomia agli

organi amministrativi delle singole società. Se nel processo di separazione e scomposizione nelle società controllate, la capogruppo non svolge un ruolo “operativo” di produzione e scambio ma si “limita” ad amministrare le partecipazioni delle figlie, allora la *holding* verrà definita di tipo “puro” o “finanziaria”. Nel caso in cui la capogruppo eserciti attività di direzione e coordinamento di tipo strategico e finanziario diventa essa stessa “operativa” o definita anche “mista”.

La legge prevede l’attività di direzione e coordinamento quando la capogruppo:

1. è tenuta a redigere il bilancio consolidato;
2. detiene la maggioranza dei voti esercitabili nell’assemblea ordinaria;
3. detiene voti sufficienti per esercitare un’influenza dominante in assemblea ordinaria.

Occorre ora precisare che, ai sensi della 231/2001, non si può configurare una responsabilità **del** gruppo bensì **nel** gruppo per un semplice motivo e cioè che nel nostro ordinamento giuridico non esiste il gruppo come unico ente autonomo e dotato di propria personalità giuridica ma un insieme di enti dotati di distinte soggettività giuridiche e patrimoniali che sono unite sotto il profilo

strettamente economico. Tuttavia, i soggetti che compongono un gruppo possono anch'essi rispondere in dipendenza dei reati commessi nello svolgimento dell'attività. Ci si chiede a questo punto quali siano le condizioni per cui la responsabilità accertata per una società possa estendersi ad altri soggetti appartenenti al gruppo medesimo o alla capogruppo.

Non essendo il gruppo un ente, non può essere ricompreso tra i soggetti indicati all'art. 1 del decreto *de quo* come destinatari della disciplina. Nelle prime pronunce giurisprudenziali però non di rado è stato associato l'interesse della capogruppo all'interesse del gruppo e, da ciò, erroneamente si attribuiva automaticamente ed in modo generico la responsabilità alla *holding* per i reati commessi da una sua società controllata (cosiddetta "responsabilità ascendente"). Successivamente, ritenuto non opportuno il criterio dell'interesse di gruppo, la Corte di Cassazione ha stabilito che, affinché ci fosse una responsabilità in capo alla *holding*, si sarebbero dovute verificare determinate condizioni:

- un concreto interesse o un effettivo vantaggio perseguito dalla capogruppo;
- il soggetto che agisce per conto della capogruppo deve concorrere in modo effettivo con l'autore del reato.

Si comprende facilmente come un riferimento generale e generico alla capogruppo che riporta ai poteri di direzione e coordinamento

risultati insufficiente per accertare la sua responsabilità così come l'appartenere ad un gruppo non implica in automatico la responsabilità della capogruppo per reati commessi da soggetti diversi dalla stessa.

Su questa stessa linea si è espressa la sentenza n. 52316 del 27/09/2016 confermando che, in tema di responsabilità degli enti derivante da reato, se il reato presupposto è commesso da una società interna ad un gruppo, la responsabilità che ne deriva può essere estesa alle collegate solo nella tassativa ed esclusiva condizione che all'interesse o al vantaggio della società sia accompagnato quello concorrente di altra società e che la persona fisica che ha commesso il reato detenga la qualifica soggettiva necessaria per quel che riguarda la comune imputazione dell'illecito amministrativo come disposto dall'art. 5 della 231⁴⁸, *“non essendo sufficiente l'enucleazione di un generico riferimento al gruppo, ovvero ad un cosiddetto generale interesse di gruppo”*⁴⁹. La *holding* può essere chiamata a rispondere del reato presupposto commesso nell'ambito dell'attività di una sua controllata quando il fatto illecito è stato commesso perseguendo anche l'interesse o vantaggio (da verificarsi in concreto) della controllante e alla consumazione del reato abbia concorso una persona fisica che

⁴⁸ L'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio:

- a) Da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente, o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso;
- b) Da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a).

⁴⁹ Cass. Pen., Sez.II, Sent., (ud. 27/09/2016) n. 52316

abbia agito per conto della capogruppo o altra società appartenente al gruppo come nel caso di direttive penalmente illegittime o coincidenza tra i vertici della capogruppo e della controllata (anche detto *interlocking directorates*) che renderebbe le società distinte solo sul piano formale. Ed infatti si delineano qui i tre requisiti fondamentali ai fini dell'accertamento della responsabilità amministrativa secondo quanto disposto dalla 231: la commissione di un reato presupposto, un soggetto qualificato che abbia commesso il reato, l'interesse o il vantaggio per l'ente (da verificarsi successivamente in concreto).

In riferimento ai modelli organizzativi, secondo le Linee Guida di Confindustria, ogni ente è tenuto a dotarsi di un proprio modello che dovrà via via revisionare ed aggiornare ma non è escluso anzi (spesso è buona pratica) tenere in considerazione indicazioni e modalità attuative dettate dalla *holding* in relazione all'assetto organizzativo ed operativo del gruppo bilanciando in tal modo l'autonomia delle singole società con una politica di gruppo nella lotta alla corruzione. Che ogni società rediga un proprio modello è indispensabile principalmente per due motivi: il primo è il già citato obiettivo di avere un MOG *tailor made* calibrato sulla realtà di ogni singola impresa che garantisce l'efficace previsione e gestione del rischio di reato così come singoli organismi di vigilanza diversi e non coincidenti che abbiano poteri di iniziativa e controllo, il secondo è che così facendo si limita la risalita delle

responsabilità alla controllante dato che ogni ente vede rafforzata la propria autonomia.

Ma tanti altri sono i benefici procurati dall'adozione di un MOG, sia all'intero gruppo che a tutte le società dello stesso. Questi possono essere di natura legale come il rispetto degli adempimenti previsti dalla 231, l'evitare l'iscrizione di sanzioni giudiziarie nei certificati pubblici o azzerare/contenere l'entità delle sanzioni; di natura organizzativa come il perfezionamento dell'organizzazione interna e la semplificazione organizzativa o ancora di natura prettamente strategica come la limitazione del rischio, l'incremento dell'efficienza aziendale e la creazione di vantaggi competitivi grazie all'utilizzo delle sinergie.



2.6 L'organismo di vigilanza

L'articolo 6 del decreto legislativo n. 231/2001 ai fini dell'esclusione della responsabilità dipendente da reato prevede che l'organo dirigente oltre ad aver adottato ed efficacemente applicato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire la commissione di reati presupposto, abbia anche istituito un organismo di vigilanza dotato di poteri di iniziativa e controllo, affidando ad esso il compito di vigilare sul funzionamento e sulla corretta applicazione ed osservanza dei protocolli presenti nel MOG, nonché il suo aggiornamento. Si ritengono elementi imprescindibili quindi sia il conferimento dei compiti e dei relativi poteri all'OdV sia il corretto ed efficace svolgimento degli stessi per essere esenti da responsabilità. Anche in questo caso come per le altre componenti del modello deve prevalere il principio di effettività e cioè esso "non deve rappresentare un adempimento meramente formale"⁵⁰ ma deve essere in condizione di poter effettivamente svolgere i compiti che gli sono stati affidati dalla legge.

Risulta opportuno ricordare che, sia l'adozione del MOG, che l'istituzione dell'organismo di vigilanza, non sono per legge

⁵⁰ Linee Guida Confindustria 2014, Parte Generale

obbligatori ma assolutamente necessari se l'ente si dota di un sistema di prevenzione a fini 231. Si configurano pertanto come strumenti utili ed indispensabili per l'efficacia esimente di cui si è già scritto e che trovano spazio all'articolo 6 del decreto legislativo 231/2001.

Quanto alla natura di questo organismo si vanno a delineare due ordini di pensiero differenti e contrapposti: da un lato c'è chi ritiene l'organismo di vigilanza un vero e proprio organo della società, dall'altro viene considerato un ufficio in virtù del rapporto consulenziale che intercorre tra i soggetti che ne fanno parte e l'ente. Le Linee Guida offrono una soluzione a questa incertezza spiegando che, nelle società di capitali, il collegio sindacale, il comitato per il controllo della gestione e il consiglio di sorveglianza possono svolgere i medesimi compiti dell'organismo di vigilanza assolvendo di fatto alle sue funzioni dato il rapporto di specialità che i compiti hanno. Più facile è immaginare questo organismo però come un ufficio anziché un organo non soltanto per il principio di tipicità degli organi sociali ma perché ha più a che fare con il funzionamento piuttosto che con la sua organizzazione o anche perché la sua esistenza ha carattere opzionale e non obbligatoria o ancora per l'attività di vigilanza svolta non sulla società ma sull'attività dell'impresa. In effetti il termine "organismo" differisce da "organo" e sta a significare che a differenza del secondo (CdA, collegio sindacale), l'organismo di

vigilanza non può essere ricondotto ad un rapporto di immedesimazione organica; da ciò deriva che le azioni dell'OdV non sono attribuibili alla società data la mancanza di rilevanza statutaria.

In funzione del particolare ruolo svolto dall'OdV risulta comprensibile che esistano profili penali per la sua responsabilità nel caso particolare in cui ci sia stata omessa vigilanza sull'attuazione e sul funzionamento del MOG. Modelli che tra l'altro l'OdV non ha nemmeno il potere di modificare autonomamente ma assolve ad un compito consultivo dell'organo dirigente preposto ad intervenire e si "limita" a verificare l'idoneità dei modelli organizzativi a prevenire i reati e non l'attività in sé. In virtù di ciò, come già anticipato, l'organismo di vigilanza non potrà essere considerato colpevole della realizzazione dei reati da parte di terzi (in quanto privo di poteri impeditivi) ma "soltanto" per l'osservanza del modello che comporta altresì aggiornamenti ed adeguamenti come risultato di cambiamenti di assetti aziendali.

2.7 Nomina e composizione

L'organismo di vigilanza è nominato dall'organo dirigente dell'ente (consiglio di amministrazione) che stabilisce al momento

della nomina: durata dell'incarico, eventuale rinnovo, cause di revoca e compensi.

Estrema attenzione sarà posta alle cause di ineleggibilità ed incompatibilità dei membri dell'organismo di vigilanza che tengono conto di:

1. rapporti di parentela con i vertici aziendali o situazioni in conflitto di interesse con l'ente;
2. condanne anche non definitive per i reati contemplati dalla 231/2001.

nonché a cause di revoca per interdizione o inabilitazione, grave infermità, attribuzione di funzioni e responsabilità incompatibili con i requisiti (che saranno trattati di seguito), gravi inadempimenti, mancanza dei requisiti di onorabilità e obbligo di riservatezza.

Quanto alla sua composizione non sono fornite indicazioni o disposizioni dalla legge; pertanto, come già accennato, questo potrà assumere una composizione mono-soggettiva o pluri-soggettiva (caso che consente anche a soggetti esterni di farne parte) ed adotterà un regolamento interno. Anche per l'istituzione dell'OdV si dovranno tener presenti le dimensioni, il tipo di attività e la complessità organizzativa dell'ente in questione per garantire e assicurare l'attività di controllo. Per questo è possibile, secondo le

Linee Guida Confindustria, che nelle imprese più piccole il ruolo dell'organismo di vigilanza venga assolto dall'organo dirigente oppure si potrà propendere per una composizione monocratica, al contrario invece delle imprese medio-grandi per cui è preferibile adottare un organismo di vigilanza di tipo collegiale. Per le multinazionali o grandi gruppi di imprese si può, o creare un organismo di vigilanza accentrato a livello di capogruppo che operi per tutte le società del gruppo, o un organismo di vigilanza collegiale per la *holding* e più organi monocratici per le controllate. In questi due casi, data la difficoltà delle grandi dimensioni, l'organismo di vigilanza si avvale del supporto di controlli indipendenti e cioè professionisti dell'azienda che operano nella funzione di *Internal Audit* che è l'unità organizzativa punto di riferimento in queste attività. Il principio fondamentale da rispettare, in ogni caso, è che l'organo controllante non può assolutamente essere subordinato al controllato, pertanto si avranno due figure, controllore e controllato, come soggetti ben distinti per evitare il rischio di incorrere in un conflitto d'interessi. Oltretutto l'organismo di vigilanza, per lo stesso motivo, non può avere compiti operativi che comprometterebbero l'autonomia e la serenità di giudizio, ed il loro compenso proporzionale deve essere volto a garantire l'autonomia e l'indipendenza. Questo perché il suo ruolo è particolare in quanto è definibile sia interno che esterno. Interno, perché nei confronti della società è collocato in unità di

staff subordinato all'organo dirigente; esterno dato che nell'ambito del processo penale, esso è considerato organo per il controllo delle attività dell'ente e della società.

2.8 Requisiti e compiti

L'organismo di vigilanza deve rispettare dei requisiti ben definiti, desumibili dal decreto legislativo 231/2001 e interpretati dalla giurisprudenza, che sono:

- I. **Autonomia ed indipendenza.** Nel rispetto del requisito dell'autonomia, l'organismo di vigilanza ha autonomia di iniziativa e controllo libera da ogni interferenza o condizionamento da parte degli organi dell'ente, in particolar modo da quello dirigente, controllato dallo stesso organismo di vigilanza. Questa va intesa in senso non meramente formale, ma si ritiene necessario che l'organismo sia dotato di risorse anche finanziarie adeguate e che possa avvalersi di strumentazioni, supporti ed esperti nell'espletamento della sua attività di monitoraggio avendo la possibilità di accedere alle informazioni aziendali rilevanti, senza ruoli operativi. L'organismo di vigilanza redige inoltre un proprio regolamento comunicandolo al CdA che ne prende atto, e viene ad esso assegnato un budget adeguato alle attività di

propria competenza che viene gestito in autonomia. Per ciò che concerne il requisito dell'indipendenza, i componenti del citato organismo non devono trovarsi in una posizione nemmeno potenziale di conflitto d'interesse con l'ente, né essere titolari all'interno della stessa di funzioni di tipo esecutivo che, rendendolo partecipe di decisioni ed attività operative, potrebbero intralciare l'obiettività di giudizio al momento delle verifiche sui comportamenti e sul modello, né sul piano personale né sul compenso o per cause di decadenza. Per indipendenza si intende lo stato di non dipendere gerarchicamente, economicamente e funzionalmente dal soggetto nominante e a maggior ragione nei confronti di soggetti apicali che l'organismo di vigilanza ha necessariamente il compito di controllare. Pare ovvio che l'indipendenza va valutata nella sua globalità dato che nell'organismo di vigilanza a composizione collegiale mista si avranno soggetti sia interni che esterni all'ente, tuttavia la figura interna concorrerà a dare effettività ai controlli conoscendo questa le dinamiche interne all'azienda meglio degli altri. Queste qualità vengono garantite tramite l'inserimento dell'organismo di vigilanza come unità di *staff* in una posizione gerarchica più elevata possibile, che riporta direttamente solo all'organo dirigente e, anche grazie ad ulteriori requisiti soggettivi richiesti ai componenti quali

onorabilità, assenza di relazioni di parentela col vertice e assenza di conflitti d'interesse, che dovranno essere specificati nel modello organizzativo. L'assenza di indipendenza non farebbe svolgere efficacemente la funzione che gli è propria e cioè di vigilare sull'osservanza della procedura. Nel caso venisse nominato nell'organismo un soggetto gerarchicamente e funzionalmente subordinato, questo non potrebbe sindacare l'operato del suo superiore per timore reverenziale e paura di ripercussioni. Un *internal auditor* invece potrebbe far parte dell'organismo di vigilanza unitamente a soggetti terzi alla struttura, ma è necessario che da un punto di vista di nomina dello stesso, questo risulti svincolato da ogni rapporto gerarchico e funzionale della struttura.

II. **Professionalità.** Con professionalità si fa riferimento ad una pluralità di competenze con particolare riguardo a quelle aziendali e penalistiche oltre a quelle in tema di attività ispettiva e di analisi e tecniche connesse che garantiscono l'efficacia dell'attività. L'OdV può comunque avvalersi del supporto di risorse aziendali interne o consulenze esterne. Proprio riguardo l'attività ispettiva e l'analisi del sistema di controlli, è fatto riferimento a strumenti quali il campionamento statistico, il *flow charting* (analisi di

procedure e processi per individuare punti di debolezza), questionari ecc. utilizzando due tipi di approccio nel confrontare le azioni quotidiane con quelle codificate nel modello. Gli approcci possono essere di tipo consulenziale se in via preventiva vengono adottate misure idonee a prevenire i reati, o di tipo ispettivo per comprendere ed accertare come si sia verificato il reato.

III. Continuità d'azione. Per il concetto di continuità d'azione si intende poter dare la garanzia di efficace e costante attuazione di un modello articolato e complesso in particolar modo nelle aziende di dimensioni medio-grandi dove è opportuno che esista una struttura interna dedicata in modo esclusivo e *full-time* all'attività di vigilanza del MOG. Viene richiesto, come già ricordato, che sia inoltre priva di mansioni operative che pongano in essere azioni con risvolti economico-finanziari. In tal senso risulta sufficiente assicurare che almeno qualcuno dei membri dell'OdV sia costantemente in contatto con l'azienda. Nel MOG sarà infine specificato che le azioni eseguite dall'organismo di vigilanza non potranno essere in alcun modo sindacate da altri organi o strutture aziendali, organo dirigente compreso che, nonostante ciò, vigila sul suo intervento dato che si prefigura come responsabile ultimo del funzionamento e dell'efficacia del modello. In virtù dei suoi poteri di ispezione e controllo l'OdV avrà il diritto di

accedere a tutte le funzioni aziendali anche senza preventiva comunicazione o consenso e potrà avvalersi di queste oltre che di consulenti esterni per lo svolgimento dei propri compiti.

REQUISITO	CHE COSA SIGNIFICA
AUTONOMIA E INDIPENDENZA	<p>Evitare che all'Organismo di vigilanza complessivamente inteso siano affidati compiti operativi.</p> <p>Non deve esserci identità tra controllato e controllante.</p> <p>Eliminare ingerenze e condizionamenti di tipo economico o personale da parte degli organi di vertice.</p> <p>Prevedere nel Modello cause effettive di ineleggibilità e decadenza dal ruolo di membri dell'Organismo di vigilanza, che garantiscano onorabilità, assenza di conflitti di interessi e di relazioni di parentela con gli organi sociali e con il vertice.</p>
PROFESSIONALITÀ	<p>Nominare soggetti competenti in materia ispettiva e consulenziale, in grado di compiere attività di campionamento statistico, di analisi, valutazione e contenimento dei rischi, di elaborazione e valutazione dei questionari (giurisprudenza) .</p> <p>È opportuno che almeno taluno tra i membri dell'Organismo di vigilanza abbia competenze giuridiche, specie di tipo penalistico (conoscenza della strutture e delle modalità di commissione dei reati).</p>
CONTINUITÀ	<p>Predisporre una struttura dedicata all'attività di vigilanza sul modello.</p> <p>Negli OdV plurisoggettivi: a) presenza di soggetti interni all'ente autonomi e indipendenti; b) segreteria tecnica interfunzionale.</p>

I compiti che l'organismo di vigilanza è chiamato a svolgere sono come di seguito schematizzati:

- vigilare sull'effettività del modello;

- esaminare la sua adeguatezza;
- analizzare i requisiti di solidità e funzionalità del modello nel tempo e predisporre su base almeno semestrale una relazione sul controllo e i risultati;
- curare l'aggiornamento del modello 231.

Punto, quest'ultimo, che si concretizza attraverso **suggerimenti e proposte** di adeguamento agli organi o funzioni aziendali preposti in grado di darne concreta attuazione e *follow-up* ovvero verifiche dell'effettiva attuazione e funzionalità delle soluzioni suggerite. Sull'adeguatezza c'è da specificare che fa riferimento alla sua reale e non soltanto formale capacità di prevenzione dei comportamenti vietati dal modello segnalandone le violazioni, mentre particolare attenzione merita il termine "effettività" col quale si intende l'accertarsi che le procedure inserite nel MOG non rimangano su carta ma vengano effettivamente attuate dai singoli soggetti tenuti a rispettarle; la coerenza tra comportamenti concreti e modello istituito viene assicurata dalle verifiche di soggetti terzi o organi delegati.

L'organismo di vigilanza è dotato di poteri che gli consentono tra l'altro di vigilare sul funzionamento e sull'osservanza del modello e di espletare ulteriori compiti, tra cui:

- I. verificare efficacia modello nella prevenzione di commissione reati 231;
- II. vigilare su modalità e procedure ed analizzare flussi informativi e segnalazioni;
- III. formulare proposte di aggiornamento/adeguamento derivanti da violazioni, prescrizioni, modifiche assetto interno della società o dell'attività d'impresa e modifiche normative;
- IV. segnalare al vertice le violazioni accertate;
- V. predisporre semestralmente una relazione informativa con attività di verifica e relativi esiti;
- VI. trasmettere al collegio sindacale la relazione di cui al punto precedente.

CAPITOLO III

La responsabilità nei gruppi di imprese

3.1 La responsabilità di gruppo: nesso teleologico e funzionale con riferimenti agli orientamenti della letteratura penalistica.

La disciplina presa finora in esame ha come presupposto che il soggetto reo di aver commesso il reato appartenga ad un ente inteso come “monade” e quindi unico e solo. In realtà questo fenomeno tende a verificarsi sovente anche nei gruppi di società che, purtroppo, non hanno ancora visto una esplicita regolamentazione dettagliata al riguardo nonostante la grandissima diffusione e la centrale rilevanza pratica. Il silenzio del legislatore apre le porte ed offre un’opportunità allo studio più approfondito della materia in esame e cioè della responsabilità dipendente da reato commesso da un soggetto formalmente legato ad una società, ma a vantaggio o nell’interesse anche di un’altra società che appartiene al medesimo gruppo.

In termini generali è da precisare che non sono consentite automatiche propagazioni della responsabilità all'interno del gruppo⁵¹: il medesimo reato può essere imputato soltanto a quelle società del gruppo con riferimento alle quali si siano realizzati entrambi i criteri oggettivi e che, pertanto, presentano soggetti apicali e/o sottoposti che commettono il reato (connotato di tipo funzionale data dalla funzione svolta dall'agente nella società) e l'interesse e/o vantaggio (nesso di tipo teleologico che attiene alla connessione del fatto con lo scopo potenziale o raggiunto)⁵². Risulta opportuno specificare che il gruppo non può considerarsi un soggetto giuridico unitario, pertanto le società che ne fanno parte restano enti giuridicamente distinti ed autonomi pure se sono legati economicamente dall'attività unitaria di direzione e coordinamento a cui si è già fatto riferimento in precedenza. Su questi due profili (funzionale e teleologico) si sviluppano e si fondano le due domande che danno vita a questo lavoro: come l'appartenenza ad un gruppo influenza la conformazione dell'interesse dell'ente? Quando e a quali condizioni un soggetto di una società, apicale o sottoposto che sia, può considerarsi

⁵¹ MONTALETTI, *Organismo di vigilanza 231 e gruppi di società*, cit., p. 386; SGUBBI, *Gruppo societario e responsabilità delle persone giuridiche ai sensi del d.lgs. 231/2001*, in Resp. amm. soc., 2006, p. 9.

⁵² AMATO, *La Cassazione fissa le condizioni che consentono di ipotizzare la responsabilità amministrativa all'interno del gruppo di imprese*, in Resp. Amm. soc., 2017, p. 195; SANTORIELLO, *La responsabilità amministrativa della società capogruppo per reati commessi dalle persone giuridiche controllate*, in Giur. It., 2012, *passim*; EPIDENDIO, *Responsabilità degli Enti e gruppi societari*, cit., p. 4239; ASTROLOGO, *Brevi note sull'interesse e il vantaggio nel d.lgs 231/2001*, cit., p. 195; Cass. Pen. 27 settembre 2016, n. 52316, cit.; Cass. Pen. 18 gennaio 2011, n. 24583, in Cass. Pen., 2011, p. 4236; ma già Trib. Milano 20 settembre 2004, in Foro ambr., 2004, p. 520; Trib. Milano 14 dicembre 2004, cit., p. 530.

responsabile per un illecito commesso in altra società del medesimo gruppo?

In realtà non esiste una risposta giusta ed una sbagliata, o una teoria più valida dell'altra ma, prendendo spunto da questi quesiti, e partendo dal profilo teleologico, sono due gli orientamenti principali che si contrappongono in merito.

Il primo vede un interesse, il cosiddetto “interesse di gruppo” che riversa la responsabilità in due direzioni: verso l'alto alla capogruppo per i reati commessi dalle controllate, e verso il basso alle controllate per il reato commesso dalla *holding*. Per questi casi la determinante che prevede la trasmissione della responsabilità è un comune interesse generico di gruppo in quanto l'interesse della capogruppo coincide, di fatto, con quello delle controllate qualora tra queste vengano esercitate le stesse attività e la capogruppo non si limiti solamente a gestire le partecipazioni ma svolga una vera e propria funzione di direzione⁵³.

Questo orientamento della giurisprudenza di merito è stato criticato dalla dottrina poiché la mera appartenenza, nella sostanza, al gruppo non può implicare e giustificare una propagazione di responsabilità generica ed automatica tra le società del gruppo per il reato commesso da una sola di esse.

⁵³ Trib. Milano 20 settembre 2004, cit., che richiama, di fatto, la tesi del c.d. “oggetto sociale mediato”: GALGANO, *Qual è l'oggetto della società holding?*, in *Contr. Impr.*, 1986, p. 327; ID., *L'oggetto della holding, dunque, l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo*, *ivi*, 1990, p. 401; sul tema: DE ANGELIS, *qual è, insomma, l'oggetto della società holding?*, in *Società*, 2000, p. 741 ss.; VELLA, *Le società holding*, Milano, 1993, p. 112.

Per questo motivo una nuova dottrina “negazionista” rifiuta questa idea promuovendo al contrario la rilevanza in termini di distinta personalità giuridica e autonomia degli enti di un gruppo, negando in questo modo anche il già citato “interesse di gruppo”.

In relazione al criterio funzionale invece, cercando di dare una spiegazione alla seconda domanda, si distinguono due casi. Il primo in cui l’illecito è compiuto da un singolo soggetto di una singola società del gruppo, il secondo che ricorre quando sono coinvolti più soggetti appartenenti a più società dello stesso gruppo. In quest’ultimo caso è chiaro che risulta una responsabilità in concorso commissivo di tutte le società i cui soggetti hanno agito in concerto e lo stesso può dirsi nel caso sempre più frequente dell’*interlocking directorate* (quando uno stesso soggetto ricopre ruoli in più società del gruppo). Si vuole precisare che non sarebbe possibile configurare in seno alla capogruppo una responsabilità per concorso omissivo nel reato di una sua controllata in quanto non sussiste il dovere di vigilare sulla liceità delle attività svolte dalle controllate (c.d. obbligo di legalità) in capo agli amministratori della società vertice, né alla società vertice stessa⁵⁴, ma è comunque da sottolineare che l’attività di direzione e

⁵⁴ In questi termini: D’ARCANGELO, *LA RESPONSABILITA’ DA REATO NEI GRUPPI*, cit., pag. 358; AMATO, *L’attribuzione della responsabilità amministrativa*, cit., p. 167; ID., *La Cassazione fissa le condizioni*, cit., p. 195; SANTORIELLO, *La responsabilità amministrativa della società capogruppo*, cit., p. 684; BERNASCONI, sub Art. 5, cit., p. 108; ID., *La responsabilità dell’ente*, cit., p. 76 s.; AMODIO, *Rischio penale d’impresa*, cit., p. 1292, secondo il quale “vanno respinte con fermezza le ricorrenti propensioni ad estendere alla capogruppo la responsabilità amministrativa per reati commessi da soggetti della controllata”, in quanto – continua l’A. – non esiste un “dovere di controllo della controllante al fine di impedire i fatti criminosi in tutto il gruppo [...] Direzione unitaria non significa esistenza di poteri di vigilanza a fini di prevenzione dei reati al di là dei confini dell’ente societario che detiene la partecipazione.

coordinamento (gestione compresa) prevede un determinato tipo di comportamento della società vertice nei confronti dei dipendenti della controllata⁵⁵, ritenuti in questo caso “subordinati”. Pur vero è che non risulta rilevanza all’omissione della società capogruppo in relazione agli illeciti commessi dalle controllate con riferimento a settori di attività lasciati alla totale autonomia delle stesse società controllate che non rientrano nella pianificazione di gruppo.

Nel momento in cui l’illecito sia compiuto invece da un singolo soggetto di una sola delle società del gruppo, è comune l’idea che l’estensione di responsabilità non può essere riconosciuta anche alle altre società del gruppo all’infuori di quella dove si è verificato il reato. Una responsabilità di tipo ascendente però può intravedersi in via eccezionale nel caso in cui la controllante comprima l’autonomia della controllata destinandola di fatto a una sorta di divisione aziendale (tesi che presuppone pur sempre l’obbligo di legalità da parte della società vertice nei confronti dell’azione delle controllate).

⁵⁵ L’art. 2497, cc. Impone alla capogruppo e ai suoi organi il rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale nell’esercizio dell’attività di eterodirezione delle società controllate.

3.2 Funzioni accentrate e gruppi multinazionali in relazione ai reati esteri

Quando si parla di gruppi di società non può non farsi riferimento alle multinazionali che, operando in più paesi con sedi estere, hanno necessità di usufruire di una struttura di gruppo per meglio gestire e coordinare le diverse e numerose attività da svolgere. Una prassi frequentemente utilizzata è quella di accentrare alcune funzioni come *marketing*, HR, amministrazione, comunicazione, *legal* alla capogruppo, o addirittura utilizzare sistemi come quello del *cash pooling* che, attraverso una serie di contratti di conto corrente tra controllate - capogruppo (società *pooler*) - istituto di credito, riescono a far confluire tutta la liquidità del gruppo alla società vertice. Tutte queste pratiche che senz'altro garantiscono massimizzazione di profitti e ottimizzazione di risorse comportano un rischio reato che diviene sempre maggiore in considerazione del grado di complessità e delle numerose interazioni che intercorrono tra soggetti diversi. E' chiaro che in un gruppo molto integrato l'unica soluzione possibile è cercare di creare ogni modello di organizzazione, gestione e controllo *case by case* ma in un ottica di gruppo e quindi più omogenea rispetto al caso di gruppi meno integrati dove risulta più semplice mantenere le funzioni ben

distinte “a compartimenti stagni” per evitare risalite di responsabilità.

La responsabilità delle imprese non si esaurisce ovviamente nel solo territorio nazionale e possono così sorgere particolari questioni di giurisdizione insieme alla sovrapposizione di più azioni punitive esercitate insieme da diversi Stati quando è prevista l'applicabilità del diritto penale d'impresa anche fuori i confini territoriali. L'art. 4 del D.Lgs. 231/2001 infatti stabilisce che: *“Nei casi e alle condizioni previsti dagli artt. 7, 8, 9 e 10 c.p., gli enti aventi nel territorio dello Stato la sede principale rispondono anche in relazione ai reati commessi all'estero, purchè 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”*⁵⁶.

Per ritenersi un ente responsabile di un illecito amministrativo per un reato commesso all'estero, quindi, debbono verificarsi le condizioni richiamate agli artt. 7, 8, 9, 10 c.p.⁵⁷ che prevedono che

⁵⁶ Art. 4, D.Lgs. 231/2001

⁵⁷ Ai sensi dell'art. 7 c.p. è punito secondo la legge italiana il cittadino o lo straniero che in territorio estero commette i seguenti delitti: delitti contro la personalità dello Stato; delitti di contraffazione del sigillo dello Stato ed uso del sigillo contraffatto; delitti di falsità in monete, in valori di bollo o in carte di pubblico credito; delitti commessi da pubblici ufficiali con abuso di poteri o con violazione dei doveri inerenti alle loro funzioni. Ebbene tra tutti questi delitti, soltanto alcuni possono venire in rilievo ai fini della responsabilità amministrativa dell'ente. L'art 8 c.p. sancisce invece la punibilità del soggetto – cittadino o straniero – che commette un delitto politico all'estero; mentre l'art. 9 disciplina la punibilità del cittadino che commette, in territorio estero, un delitto per il quale la legge italiana stabilisce l'ergastolo o la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni. Il cittadino, in questo caso, è punito secondo la legge medesima, sempre che si trovi nel territorio dello Stato. L'art. 10 c.p. concerne il delitto comune dello straniero all'estero: se costui commette un reato a

la sede principale della società sia in Italia, lo Stato del luogo dove è stato compiuto l'illecito non abbia proceduto per lo stesso fatto e che sussista, dove prevista per legge, la condizione di procedibilità costituita dalla richiesta di procedere contro l'ente da parte del Ministero della Giustizia o della querela.

Tra il novero dei reati compiuti all'estero si pongono in rilievo, tra gli altri, il sequestro di persona, omicidio e lesioni (soprattutto per le società che operano nel settore dell'*oil and gas* ma anche dei trasporti o energia in Paesi come Nord Africa, Medio Oriente, Filippine, Kenya, Afghanistan, Pakistan, ecc.). I rischi di *security aziendale* sono estremamente alti e divengono parte integrante del processo produttivo per cui diviene indispensabile valutare il rischio-paese al fine di predisporre le necessarie misure volte ad evitare danni ai dipendenti.

Altro esempio rilevante è quello delle *anticorruption policies* da cui si evince il bisogno di dotare le società operanti al di fuori del territorio nazionale di adeguati sistemi interni contro i fenomeni di corruzione. Parliamo di casi in cui un reato viene commesso prevalentemente all'estero ma a cui ha contribuito un agente della società italiana all'interno del territorio nazionale. L'esempio che più di tutti aiuta ad illustrare tale fenomeno è appunto il reato di corruzione commesso parzialmente in Italia quando nel nostro

danno dello Stato o del cittadino, punito con l'ergastolo o con la reclusione non inferiore nel minimo ad un anno, è punito secondo la legge italiana su richiesta del Ministero della Giustizia o su querela della persona offesa.

territorio sia stato anche solo stipulato un accordo per l'ottenimento di un appalto o effettuato un pagamento illecito con fondi provenienti da conti italiani⁵⁸. Nei casi di corruzione internazionale si è più volte osservato – ai sensi dell'art. 322 *bis* c.p., come richiamato dall'art. 25, comma 3, D.Lgs 231/2001 – la corresponsione di illeciti compensi per ottenere contratti o autorizzazioni in Paesi esteri, ed il fatto che parte della condotta si svolga sul territorio nazionale chiama in causa la giurisdizione italiana. Altro esempio è quello della truffa aggravata per il conseguimento di pubbliche erogazioni (art. 640 *bis* c.p. come richiamato dall'art. 24, D.Lgs. 231/2001), in merito alla quale si è espressa la Cassazione per un caso⁵⁹ in cui era stata costituita una società di diritto svizzero che era però controllata e gestita dal personale della società madre italiana e, tramite un artificioso sistema di abbattimento di interessi passivi nel bilancio, veniva indotto lo Stato italiano in errore per tramite del ministero erogatore interessato apportando un vantaggio economico immediato e considerevole per l'intero gruppo.

Fin qui abbiamo preso in esame casi in cui la responsabilità derivi alla capogruppo in applicazione della normativa italiana ma lo stesso vale per la normativa dei Paesi esteri in cui hanno sede le società controllate per meccanismi che consentono di estendere la

⁵⁸ SCARCELLA, La cd. "internazionalizzazione della responsabilità da reato degli enti" in questa Rivista, 1/2014, 35. Si veda anche Cass. Pen., sez. VI, n. 11442/2016, ove si afferma che la "catena di comando" confermava il ruolo meramente formale della controllata estera.

⁵⁹ Cass. Pen., sez. II, n. 52316/2016

responsabilità della controllata estera alla controllante tenendo però sempre presente che in alcuni Paesi il sistema giuridico locale prevede, a differenza del diritto italiano, la responsabilità propriamente penale in capo alle persone giuridiche. E' il caso, a titolo di esempio, di una società italiana proprietaria del terreno su cui è costruito uno stabilimento estero che in materia di diritto ambientale violi le norme locali o internazionali concernenti l'inquinamento. I reati principalmente commessi seguendo questa logica risultano comunque: l'utilizzo di strutture societarie col fine di celare attività criminali e/o volte ad eludere la normativa sulla sicurezza sul lavoro; l'attività di impresa condotta in modo fraudolento; gli atti che eccedono i poteri conferiti; l'evasione fiscale.

3.3 *Risk assessment* di gruppo

Nella fase di *risk assessment* di gruppo deve tenersi debitamente conto delle varie ed eventuali sedi estere nella costruzione del modello organizzativo della capogruppo per valutare e quantificare i rischi che derivano dalla presenza degli enti in determinati territori, ancor di più quando si tratta di paesi *extra* UE caratterizzati da particolari dinamiche. La società madre dovrà, a

questo punto, “guidare” le controllate nella costruzione dei modelli che dovranno essere coerenti con i principi generali del gruppo e ricoprirà un ruolo rilevante nel vigilare sul *modus operandi* dei locali organi amministrativi in osservanza del codice etico di gruppo⁶⁰ e nel rispetto della *compliance* locale.

Per individuare gli aspetti critici dell’attività delle imprese multinazionali e al fine di aumentare la stabilità di gestione del gruppo multinazionale insieme all’efficienza, è opportuno:

- che sia formalizzata la *governance* e le interrelazioni del gruppo, individuando compiti, ruoli e funzioni che sono attribuiti nel processo di direzione e coordinamento alle società coinvolte;
- che sia valutata la professionalità e la diversità di tutti i componenti che fanno parte degli organi amministrativi delle società facenti parte del gruppo;
- che siano adottate procedure per l’approvazione di operazioni infragruppo;
- che siano adottati presidi organizzativi adeguati e sistemi di controllo interno sia per il gruppo che per le società prese singolarmente, facendo fede agli *standard* previsti dalle

⁶⁰ SCAFIDI, *La prevenzione della responsabilità amministrativa degli enti nell’ambito dei gruppi societari italiani e internazionali (seconda parte)*, in questa *Rivista*, 1/2013, 173.

legislazioni dei Paesi in cui si opera, coordinando le funzioni di *audit e compliance* a livello della *holding*⁶¹⁶².

La società capogruppo sarà tenuta a prendere in considerazione i segmenti di attività o le attività che gli enti svolgono in via mediata (tramite l'ausilio di *subsidiary*) o direttamente fuori dai confini della propria nazione in modo tale da valutare possibili condotte illecite. Sarà cura sempre della *holding* sollecitare l'adozione di *compliance programs* che ben si adattino alle realtà locali tenendo presente le esigenze di omogeneità e coordinamento all'interno del gruppo. A tale scopo resta di centrale importanza il Codice Etico e di comportamento a livello di gruppo che contemplerà principi in considerazione delle attività transnazionali svolte⁶³.

3.4 Regolamento di Gruppo: uno strumento giuridico negoziale per il gruppo

Due possono essere le tipologie di *governance* societaria: la prima, fondata sul disposto dell'art. 2497 *sexies* c.c. e ai sensi dell'art 2359

⁶¹ SCAFIDI, *La prevenzione della responsabilità amministrativa degli enti nell'ambito dei gruppi societari italiani e internazionali (seconda parte)*, in questa *Rivista*, 1/2013, 180.

⁶² I seguenti punti sono frutto dello Studio di Assonime n. 17/2016.

⁶³ Per i gruppi operanti in una dimensione transnazionale, il codice di comportamento deve contemplare principi etici che tengano conto della transnazionalità dell'attività svolta. Cfr: CONFINDUSTRIA, *Linee Guida per la costruzione dei Modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo ai sensi del D. Lgs. 231/2001*, aggiornate al marzo 2014, 79. Si veda in proposito, PIOVANO, *Per i gruppi multinazionali principi etici alla luce della transnazionalità*, in *Il Quotidiano del commercialista*, www.eutekne.info, 25 agosto 2014.

c.c.⁶⁴, prevede che lo svolgimento di attività di direzione e coordinamento sia presunto ed esercitato nel caso di enti tenuti al consolidamento dei bilanci, la seconda, che fa riferimento all'art 2497 *septies* c.c., dispone che una società possa esercitare tale direzione unitaria sulla base di un contratto con le altre società o in forza di clausole presenti nei loro statuti. A questo punto cerchiamo di comprendere in che modo si possa evitare la risalita di responsabilità in capo alla capogruppo per reati assai frequenti nei gruppi d'impresa che potrebbero derivare dall'abuso di attività di direzione e controllo, come nel caso di reato in concorso (*ex. Art. 110 c.p.*) o di cooperazione colposa (*ex. Art. 116 c.p.*) soprattutto per organizzazioni multinazionali le cui società controllate sono sottoposte ad ordinamenti di Stati differenti. Uno strumento di primaria importanza nell'organizzazione dei gruppi di società è senz'altro l'istituto del Regolamento di Gruppo che riesce ad assicurare un adeguato livello di *compliance* in osservanza alle disposizioni del codice civile sulle attività di direzione unitaria. Tale istituto, ancora poco utilizzato nella realtà economica, permette di evitare un addebito di responsabilità para-penale agli enti che fanno parte del gruppo e si pone quindi come strumento inter-societario, qualora predisposto.

⁶⁴ Vale a dire, ai sensi della norma citata, (...) 1) le società in cui un'altra dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa (...).

Il Regolamento, se correttamente redatto e rigorosamente attuato, non ha come fine l'assoggettamento di un ente ad un altro ma formalizza e standardizza i rapporti tra le società (controllante e controllata) regolando la loro disciplina. In modo indiretto si pone a tutela della responsabilità civile e penale delle persone fisiche legate in rapporto di immedesimazione organica con le società del gruppo contrastando condotte in concorso doloso e cooperazione colposa con gli organi delle controllate. E' questo un contratto che può essere utilizzato in modo efficace insieme ad un Codice Etico di Gruppo e a Modelli di Organizzazione e Gestione per calibrare e migliorare i rapporti intercorrenti tra le società appartenenti ad uno stesso gruppo.

Il risultato più immediato che ne deriva consiste nella coerente integrazione del progetto strategico comune in modo da ottimizzare e valorizzare le sinergie e le caratteristiche di ogni società. Va ricordato comunque, che si tratta di un contratto pattizio e come tale è vincolato all'approvazione dei consigli di amministrazione di ogni singola società appartenente al gruppo. Sul piano più concreto esso si manifesta mediante direttive dell'organo amministrativo della *holding* che indirizzano l'operato delle controllate, senza mai abusare di tale potere direttivo ed in virtù di ciò ogni indicazione proposta non avrà carattere imperativo bensì necessiterà dell'approvazione da parte dei rispettivi organi dirigenti delle società a cui è diretto oltre al fatto che gli amministratori delle

controllate avranno la possibilità di disapprovare le direttive che provengono dalla *holding* motivando le ragioni di tale scelta. Oltretutto, per “valorizzare l’autonomia della società del gruppo e la cd. direzione coordinata per consenso, che si esprime attraverso la predisposizione di una vera e propria organizzazione del gruppo”⁶⁵ è possibile inserire nello stesso Regolamento la possibilità di adattare ogni direttiva alle caratteristiche ed alle specificità di ogni impresa. Viene in questo modo trovato il giusto equilibrio tra una incerta attività di direzione e coordinamento ed un abuso della stessa esaltando l’autonomia decisionale delle partecipate e responsabilizzando gli amministratori di queste ultime.

Soprattutto per quelle società disciplinate dall’art. 2497 *septies*, che adottano la forma di gruppo dopo aver stipulato accordi negoziali e che quindi non hanno tra loro collegamenti azionari o di controllo rilevante, tale regolamento risulta assolutamente indispensabile. Infatti, in questo caso, la soggezione a direzione e coordinamento si fonda in modo esclusivo su base negoziale che determina, di conseguenza, rapporti obbligatori ben precisi tra le diverse persone giuridiche. Ciò che va analizzato con particolare attenzione è il limite entro cui la “soggezione di gruppo” è ritenuta ancora possibile e soprattutto lecita. Si vuole fare qui riferimento ai cd.

⁶⁵GAETA, *Il regolamento dei gruppi e la vincolatività delle istituzioni della capogruppo*, in *Rivista di diritto Bancario*, Maggio 2007, *passim*.

“contratti di dominio”⁶⁶ ritenuti da sempre nulli nel nostro ordinamento dalla dottrina a differenza di altre tradizioni giuridiche (si veda il diritto tedesco).

Emerge allora la rilevanza e la necessità di adottare un Regolamento di Gruppo che delimiterebbe tale rischio lasciando intatta l'autonomia delle singole società per non cadere in una *fictio di gruppo*. Concludendo, è ragionevole pensare che uno strumento del genere, fungendo da “statuto” generale ed universale, possa apportare benefici rilevanti sia al gruppo inteso come conglomerato societario, sia come entità unica sotto il profilo economico, in modo particolare per i gruppi multinazionali che includono partecipate estere, prevedendo la possibilità di adeguare queste ultime alla legislazione del loro Paese di costituzione, di quello della capogruppo e dei paesi dove operano.

3.5 Prevenzione rischio reato: sinergia di gruppo o autonomia delle singole società?

Seguendo la dottrina maggioritaria e secondo le linee guida promulgate dalle principali associazioni di categoria il rischio di commissione reato deve essere prevenuto e minimizzato sul piano organizzativo dai singoli enti che vanno a comporre il gruppo. Questo, infatti, non può considerarsi un soggetto di diritto

⁶⁶ MONTALETI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, Riv. Soc., 2007, 329 s.

individuale e distinto dalle società che lo formano e non può divenire autonomo centro di imputazione per la responsabilità derivante da reato. Si comprende chiaramente come non sia accettabile un modello di organizzazione e gestione unico per tutto il gruppo⁶⁷ e ancor di più come ogni singolo ente, *holding* inclusa, debba autonomamente assicurarsi sul piano della prevenzione da rischio reato in relazione alla propria attività⁶⁸. Si è sempre confermata la tesi che ogni società appartenente ad un gruppo dovesse divenire *compliant* in modo autonomo dotandosi di propri strumenti di prevenzione del rischio ma ci chiediamo, a questo punto, se la mappatura del rischio e la predisposizione dei modelli stessi debbano essere svolti in concreto nella più totale autonomia dalle società o possano essere esercitate sotto la direzione della società vertice per capire quale limite sia concesso prima che tali direttive interferiscano in modo inadeguato nel sistema. Le dottrine più sensibili alle ragioni economiche del gruppo permettono forme di stimolo e coordinamento più accentuate nel delineare le scelte organizzative di prevenzione delle controllate e quindi ammettono che la *holding* assuma una funzione di rilievo nel coordinamento delle controllate in tema *compliance*⁶⁹, influenzando talvolta anche

⁶⁷ La predisposizione e l'implementazione di un modello centralizzato di gruppo fonderebbe, per converso, una posizione di garanzia di fonte negoziale in capo ai vertici della capogruppo e, pertanto, amplificherebbe i rischi di risalita della responsabilità dalla periferia al vertice del gruppo.

⁶⁸ C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del modello organizzativo ex d.lgs. 231/2001)*, cit., 2074

⁶⁹ G. DE VERO, *La responsabilità delle persone giuridiche*, Milano, 2008, 177; ipotizzano un coordinamento da parte della *holding* tra i vari modelli predisposti dagli enti che compongono il gruppo

la composizione dell'organismo di vigilanza (ad esempio tramite cooptazione all'interno dell'organismo di vigilanza di una controllata di un soggetto dipendente del gruppo per assicurare una prevenzione più efficace della *holding* per i reati commessi nelle controllate). Nei gruppi c'è infatti la tendenza ad accentrare alcune funzioni presso la capogruppo per raggiungere sinergie che portano alle cd. economie di scala e per più facilmente guidare il gruppo verso politiche e strategie intraprese dalla società madre. Lo stesso si può dire per le funzioni di controllo quale *internal audit* ancor di più quando si tratti di controllate non quotate o di dimensioni medio – piccole dove l'istituzione di una funzione di revisione interna presso la capogruppo esplica le proprie funzioni sia per la *holding* che per le controllate che non ne sono dotate o che possiedono organi ridotti. Un assetto organizzativo del genere si pone due principali obiettivi: primo, creare una struttura con un livello migliore di prestazioni facendo leva sulle maggiori possibilità di specializzazione, formazione ed aggiornamento, e secondo, realizzare economie in termini di risorse assegnate.

Per contro, un'altra parte della dottrina, partendo dalla controversa figura dell'interesse di gruppo, condivide l'idea che ogni società presa singolarmente debba provvedere a prevenire e fronteggiare sul piano organizzativo e nella più completa autonomia il rischio

A. FRIGNANI – P. GROSSO – G. ROSSI, *I modelli organizzativi previsti dal d.lgs. 231/2001 sulla responsabilità degli enti*, in questa *Rivista*, 2002, 154.

penale date le differenti specificità delle attività che caratterizzano le aziende, senza che la capogruppo possa interferire⁷⁰. In una tale prospettiva, si preferisce adottare delle separazioni marcate (chiamate *Chinese Walls*) tra le controllate e la società vertice per scongiurare il rischio di risalita della responsabilità dalle periferie fino al vertice del gruppo.

La soluzione a queste due ideologie contrapposte ci viene fornita dalla normativa dettata dal codice civile per cui, dato che per definizione l'elemento che qualifica e caratterizza il gruppo è il comune indirizzo di gestione espresso dalla capogruppo, l'esercizio del coordinamento e del controllo non è argomento valido in sede giudiziale per confutare l'adeguatezza delle scelte organizzative di prevenzione delle società che formano l'aggregazione societaria. Ne deriva che per queste considerazioni la *holding* può legittimamente esercitare uno stimolo all'adozione di una specifica *compliance* unitaria che preveda principi generali e direttive di fondo senza però invadere la specificità dei modelli organizzativi delle società controllate. Stesso non può dirsi per una parziale identità soggettiva dei membri degli organismi di vigilanza

⁷⁰ E. AMODIO, *Rischio penale di impresa e responsabilità degli enti nei gruppi multinazionali*, cit., 1289, nel ribadire la necessità della specificità dei modelli organizzativi ritiene non sia "da condividere l'orientamento di una Associazione rappresentativa di categoria la quale, pur confermando l'autonomia dei modelli organizzativi e dei rispettivi organismi di vigilanza di tutte le società del gruppo, raccomanda nelle sue linee guida di consentire a dipendenti dell'organismo di vigilanza della capogruppo di effettuare controlli presso le controllate nella qualità di professionisti esterni. Questa interferenza non giova alla *holding*, che rischia di dover rispondere dell'illecito amministrativo nel caso in cui il reato commesso nella sua stessa controllata, appaia il frutto di deviazioni operative suggerite o imposte dalla capogruppo. Né può essere di aiuto alla controllata che vede il suo organismo di vigilanza esautorato dei poteri di controllo, col risultato di vedersi esposta all'addebito dell'inefficacia del modello organizzativo nel caso in cui venga commesso un reato".

di controllante e controllate, fermo restando l'esistenza di organismi di vigilanza separati. Ed infatti, questa "partecipazione incrociata" tra i membri dell'organismo di vigilanza della controllante nella controllata minerebbe l'autonomia operativa di quest'ultima trasformandola in strumento per fini illeciti della capogruppo⁷¹. L'organismo di vigilanza non può in alcun modo essere strumentalizzato da direttive che provengono dalla società vertice o dal suo organismo di vigilanza, pena la decadenza dei requisiti di autonomia ed indipendenza necessari alla sua stessa sopravvivenza ed indispensabili all'esclusione della responsabilità da reato per l'ente. Al contrario, sarà consentito lo scambio informativo finalizzato alla creazione di una cooperazione stabile nel reciproco interesse per il "presidio di legalità"⁷².

⁷¹ C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex D.Lgs. 231/2001)*, cit., 2076; E. SCAROINA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*, 267 ss.

⁷² P. MONTALETI, *Organismo di Vigilanza 231 e gruppi di società*, cit., 394. Lo scambio informativo dovrà, peraltro, avvenire nel rispetto di eventuali vincoli di riservatezza che possano di volta in volta porsi in relazione a fatti o dati specifici, fermo restando però che numerose informazioni sono, *ex lege* patrimonio del gruppo.

3.6 Il Modello di organizzazione, gestione e controllo “231” in una multinazionale: il caso Roche Diagnostics S.p.A.

Un gruppo, che offre un esempio coerente con le premesse fatte finora in tale lavoro, porta il nome di Hoffmann – La Roche.

Il gruppo F. Hoffmann – La Roche è quotato alla borsa di Zurigo ed opera nei settori della diagnostica e del farmaco. In Italia sono presenti tre società, Roche S.p.A. per il mercato dei farmaci, Roche Diagnostics S.p.A. per la diagnostica in vitro e la ricerca, e Roche Diabetes Care Italy S.p.A.

Il gruppo genera gran parte dei propri ricavi con la Pubblica Amministrazione per cui è sempre stato forte il *commitment* nei confronti della *compliance* “231” oltre alle preesistenti certificazioni di qualità e proceduralizzazione come ISO 9001 che già anticipava, in parte, elementi che si sarebbero approfonditi con il modello organizzativo tra cui l’analisi dei processi, la formazione e la proceduralizzazione delle attività che erano sottese ai procedimenti più a rischio.

Nella gestione della *compliance* “231” le funzioni aziendali hanno lavorato su 3 pilastri principali prefigurando un “sistema” con valenza scriminante (escludendo la configurabilità di reato) piuttosto che su un semplice modello: gestione e aggiornamento

del **MOG** e delle procedure, **formazione** continua di tutti i collaboratori e **attività dell'organismo di vigilanza**.

Nella gestione del gruppo e dei singoli enti, per la configurazione dei modelli organizzativi, si è propeso per singoli modelli accomunati da soluzioni che abbracciavano le caratteristiche di tutte le società, avendo riguardo e prendendo come punto di riferimento l'elevato grado di integrazione e correlazione tecnica caratterizzanti le società del gruppo. La capogruppo ha esercitato, nella costruzione di tali modelli, una direzione unitaria avendo cura di proteggere le controllate dal rischio di propagazione della responsabilità in caso di commissione reato attraverso approfondite analisi sulle specificità delle attività delle singole imprese. Gli organismi di vigilanza sono stati differenziati nella loro composizione, come da procedura, mentre, dove si è potuto, alcuni elementi come i codici di comportamento, i sistemi sanzionatori e i flussi di *reporting* sono stati resi comuni. In questo modo, si è raggiunto un maggior grado di efficienza per le attività svolte centralmente a livello funzionale e un maggior grado di differenziazione specifica per le attività "residuali" gestite a livello di *business unit*.

Ancora, nella redazione del MOG specifico di Roche Diagnostics S.p.A., la società ha inizialmente costituito uno *staff*, formato da dipendenti e responsabili di varie funzioni che hanno svolto il lavoro di *as-is* e *gap analysis* analizzando il funzionamento delle

attività, le procedure adottate dalla società e le aree di rischio. Dopo aver redatto il primo modello si è ritenuto utile chiedere ad una società esterna una consulenza per ottenere da terzi una puntuale verifica della congruità delle procedure adottate. Questo ha comportato una serie di revisioni dettate anche dai nuovi reati inseriti dal legislatore oltre che dalle osservazioni dell'organismo di vigilanza e dai cambiamenti interni dovuti all'assetto organizzativo aziendale. Il modello così redatto comprendeva codice etico e codice disciplinare oltre all'integrazione di alcune procedure atte a prevenire rischi specifici.

In totale sono state elaborate 18 procedure così divise:

- 12 per i flussi contabili e di bilancio;
- 4 per i rapporti con la PA;
- 1 per ricerca e selezione del personale;
- 1 per gli accessi dell'Autorità di Polizia Giudiziaria.

Le procedure sostanziali che formano il sistema "231" di Roche Diagnostics S.p.A., facendo fede ai principi della *segregation of duties*, comprendono quindi rapporti con la Pubblica Amministrazione ed i suoi dipendenti (per garantire controlli adeguati ed un flusso documentale che permetta la corretta destinazione dei benefici insieme alla trasparenza di ogni relazione con gli incaricati di pubblico servizio), l'area amministrativa-

contabile (per approvare, tracciare e documentare ogni flusso contabile), la selezione del personale (per verificare l'inesistenza di rapporti di parentela o conflitti di interesse con soggetti che detengono il potere decisionale nelle P.A.), ed infine la procedura degli accessi (che prevede un comportamento collaborativo e corretto con i pubblici ufficiali).

Il secondo pilastro è la formazione. In Roche Diagnostics S.p.A. sono stati utilizzati diversi strumenti per formare il personale interessato tra cui riunioni e *cd-rom* per la formazione a distanza. Sicuramente, in seguito al Covid - 19, anche questa modalità sarà modificata ed aggiornata nei più moderni sistemi di *live classroom* tramite piattaforme dedicate che si sono sviluppate e perfezionate nel corso di questi mesi. Hanno avuto l'obbligo di partecipare alle lezioni tutti gli amministratori ed i dipendenti, compresi gli agenti mentre è stata solo comunicata per conoscenza ai revisori ed ai sindaci. L'oggetto delle lezioni prevedeva, inoltre, l'illustrazione delle regole interne chiarendone le ragioni, le spiegazioni di dubbi inerenti ai comportamenti da tenere in particolari situazioni o segnalazioni di atteggiamenti sospetti e la comprensione delle sanzioni previste nel codice disciplinare.

In sintesi, è stata ben concepita la formazione (continua, attestabile ed aggiornata) come tassello indispensabile per un efficace sistema "231".

In ultimo, l'attività dell'organismo di vigilanza che nel caso è composto da 3 membri, un legale, un revisore ed un esperto di sistemi di qualità ed organizzazione aziendale (già dipendente) apportando in questo modo l'efficacia che deriva dalla conoscenza di processi e mercati verso cui l'azienda si interfaccia. Operativamente, l'organismo lavora in un ufficio apposito ed ha a disposizione una casella di posta elettronica dedicata, oltre che un *budget*⁷³ proprio. Si effettuano circa 10/12 audit all'anno oltre alla partecipazione di due consigli di amministrazione all'anno dove si presenta relazione annuale e semestrale e a riunioni con sindaci e revisori per l'approvazione del bilancio.

L'azienda, pertanto, presenta tutti i requisiti fondamentali per un sistema effettivamente scriminante della responsabilità dell'ente: *budget*, intensità e frequenze nell'azione, determinate caratteristiche dei membri, autonomia ed indipendenza, capacità propositiva.

Un tale modello è stato soprannominato in azienda come "stropicciato", definizione che ben fa pensare come non esista una regola aurea nella costruzione di modelli organizzativi, né un modello che sia più efficace ed idoneo di altri per le imprese. E', invece, vero che ogni modello è adatto alla sua impresa, descrivendo in modo chiaro, efficace e soprattutto semplice l'ente

⁷³ La previsione di un *budget* è requisito necessario a garantire l'efficacia e l'autonomia dell'OdV (che così è libero di acquisire sul mercato momenti formativi, consulenze, ecc.) ma in condizioni normali è dato immaginare un uso molto limitato del *budget*, magari limitato all'attività editoriale.

ed il suo funzionamento. Allora, il miglioramento, gli aggiornamenti e le integrazioni che saranno apportate a tale modello (da qui “stropicciato”) saranno in grado di garantire la sua funzione esimente.

E’ utile ricordare, anche ai *manager* che saranno responsabili della decisione di recepire un sistema “231”, che non serve soltanto a prevenire sanzioni para-penali per l’impresa, ma anche a controllare e conoscere bene la società e le sue dinamiche interne, ad introdurre e rendere più forte le procedure e ad impartire indicazioni comportamentali ai dipendenti nel caso di anomali comportamenti. Ciò porterebbe sicuramente ad evitare ripensamenti da parte dei soci nel sostenere costi sia per conformarsi a dettami di legge differenti in ogni paese e quindi in termini di coordinamento ed organizzazione ma anche e soprattutto costi economici che talvolta risultano gravare in maniera rilevante sulle società, ancora di più quando poco strutturate e di modeste dimensioni.

Insomma, è senz’altro uno strumento utile ad indirizzare la società dove serve e a mappare i punti deboli e nascosti, grazie ai vantaggi soprattutto organizzativi che ne derivano.

La sola condizione indispensabile per un buon lavoro è il *commitment* della società e dei suoi lavoratori, favorendo il lavoro dell’organismo di vigilanza, l’adeguatezza delle procedure, la formazione dei collaboratori ed eliminando tolleranza ed ambiguità di comportamento non etici.

Conclusioni

A conclusione di questo lavoro si evidenziano le plurime criticità pervenute al momento del recepimento della normativa in esame da parte dei gruppi di impresa, derivanti, come evidenziato, dall'assenza di una regolamentazione ben specifica.

La coincidenza soggettiva nei ruoli (in particolar modo apicali) ed il cumulo delle cariche sociali nelle società ha come conseguenza il rischio di estensione della responsabilità. Situazione da evitare nel modo più assoluto per scongiurare l'estensione dell'addebito amministrativo qualora sia dimostrato l'interesse e/o il vantaggio concreto delle società coinvolte.

Parallelamente, in ottica di riduzione del rischio, per valorizzare le autonomie delle singole società e nell'ambito dell'esonero da responsabilità amministrativa, si evidenzia l'opportunità di predisporre in via autonoma il MOG (calibrandolo sulle specificità delle singole società), componendo l'organismo di vigilanza con soggetti che non facciano parte dello stesso organismo in società differenti dello stesso gruppo.

Nulla proibisce di partire da una comune base predisposta dalla società vertice, ma anzi sarebbe di particolare aiuto per evitare discrepanze ed incongruenze tra i modelli, favorendo la così

definita “omologazione compatibile” tra i sistemi adottati all’interno delle stesse società.⁷⁴

In risposta alla *question research* sulla configurabilità della responsabilità amministrativa della *holding* o/e di altre società appartenenti al medesimo gruppo per il reato commesso da un'altra società del gruppo si può rispondere positivamente a patto che determinate condizioni siano verificate.

Occorre, a tal fine, che l’illecito sia stato commesso nella prospettiva di un interesse e/o vantaggio concreto per la società capogruppo o per altre società dello stesso, rilevato dal coinvolgimento diretto della società nell’operazione economica in questione e il positivo coinvolgimento del soggetto ritenuto “qualificato” che abbia agito in nome e per conto della società vertice o altra società del gruppo, anche se non in concorso con l’autore del reato presupposto.

Sicuramente è da tenersi in debita considerazione la prospettiva generica ed indiretta dell’interesse di gruppo, direttamente correlato al valore ed alla redditività del gruppo, ma in assenza delle predette condizioni il vantaggio conseguito dalla commissione dell’illecito diviene irrilevante nella prospettiva della responsabilità amministrativa ai sensi della “231”.

⁷⁴ BORTONE, *Facoltà, diritti e doveri*, cit., 68 s., secondo cui la compatibilità dei modelli dovrebbe servire, tra l’altro, a scongiurare il rischio che, in un’eventuale ottica accusatoria, eventuali discrepanze tra i sistemi in essere all’interno del gruppo possano essere interpretate alla stregua di scelte consapevolmente indirizzate ad allentare le maglie dei controlli e dunque a rendere più agevole la commissione dei reati.

Senz'altro, è auspicabile nei prossimi interventi legislativi, una disciplina che sia più dettagliata e che preveda lo studio di risvolti pratici ritenuti essenziali nelle forme di aggregazione societaria data la complessità delle relazioni infragruppo.

Bibliografia

- S. Di Pinto, *La responsabilità amministrativa da reato degli enti, Profili penali sostanziali e ricadute sul piano civilistico*, TORINO, 2003.
- Sentenza a Sezioni unite N. 38343 Suprema Corte, 2014.
- Cass. Pen., Sez. V, n. 10265 del 28/11/2013.
- CONFINDUSTRIA, “*Linee Guida per la costruzione di modelli di organizzazione, gestione e controllo – Case Study*”, 2014.
- Ordinanza 4728-03 R.G. GIP. Tribunale di Milano.
- Cass. Pen., Sez. II, Sent., (ud. 27/09/2016) n. 52316.
- MONTALETI, *Organismo di vigilanza 231 e gruppi di società*.
- SGUBBI, *Gruppo societario e responsabilità delle persone giuridiche ai sensi del d. lgs. 231/2001*, 2006.
- SANTORIELLO, *La responsabilità amministrativa della società capogruppo per reati commessi dalle persone giuridiche controllate*, IT, 2012.
- EPIDENDIO, *Responsabilità degli enti e gruppi societari*.
- ASTROLOGO, *Brevi note sull’interesse dell’ente e il vantaggio nel d. lgs. 231/2001*.
- Cass. Pen. 18/01/2011, n. 24583.
- GALGANO, *Qual è l’oggetto della società holding?*, 1986.
- DE ANGELIS, *Qual è, insomma, l’oggetto della società holding?*, 2000.
- VELLA, *Le società holding*, MILANO, 1993.
- D’ARCANGELO, *La responsabilità da reato nei gruppi*.

- AMATO, *L'attribuzione della responsabilità amministrativa.*
- BERNASCONI, *La responsabilità dell'ente.*
- E. AMODIO, *Rischio penale d'impresa e responsabilità degli enti nei gruppi multinazionali.*
- SCARCELLA, *Internazionalizzazione della responsabilità da reato degli enti, 1/2014.*
- SCAFIDI, *La prevenzione della responsabilità amministrativa degli enti nell'ambito dei gruppi societari italiani e internazionali (seconda parte), 2013.*
- ASSONIME, n. 17/2016.
- PIOVANO, *Per i gruppi multinazionali principi etici alla luce della transnazionalità, 2014.*
- GAETA, *Il regolamento dei gruppi e la vincolatività delle istituzioni della capogruppo, 2007.*
- MONTALETI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi, 2007.*
- C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale.*
- G. DE VERO, *La responsabilità delle persone giuridiche, MILANO, 2008.*
- A. FRIGNANI, P. GROSSO, G. ROSSI, *I modelli organizzativi previsti dal d. lgs. 231/2001 sulla responsabilità degli enti, 2002.*
- P. MONTALETI, *Organismo di Vigilanza 231 e gruppi di società.*
- BORTONE, *Facoltà, diritti e doveri.*
- PATRIZIA GHINI, *Gruppi, attività e rapporti infragruppo nel sistema 231, MILANO.*
- FEDERICA ASSUMMA, *La responsabilità amministrativa degli enti nei gruppi di impresa.*

- E. DEVITO, S. CUOMO, A. COLALUCE, *La responsabilità amministrativa da reato nell'ambito dei gruppi di impresa.*
- R. CARLONI, M. CARLONI, *Responsabilità della holding, regolamento di gruppo e modello di organizzazione e gestione.*
- G. AMATO, *L'attribuzione della responsabilità amministrativa ex. D. lgs. 231/2001 all'interno dei gruppi di imprese.*

Sitografia

- www.eutekne.info
- www.rivista231.it
- www.albeeassociati.it
- www.aodv231.it
- www.istat.it/storage/rapporto-annuale/2018

Riassunto

Il Decreto Legislativo 8 giugno 2001 n. 231 disciplina la responsabilità formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale degli enti per alcuni reati che sono commessi nel loro interesse e/o vantaggio da parte di soggetti che agiscono in nome e per conto degli enti stessi.

Il decreto in questione, che nasce originariamente con lo scopo di uniformarsi ai dettami normativi di altri Paesi per combattere la corruzione tra le società e le Pubbliche Amministrazioni, si rivolge ad enti considerati singolarmente senza prevedere come destinatari i “gruppi di società”, lasciando, quindi, spazio a dubbi circa la responsabilità amministrativa da reato in merito a questo fenomeno.

In occasione del ventesimo anno dall'introduzione del decreto in esame, questo lavoro intende offrire la giusta attenzione ed uno spunto di riflessione su una disciplina ancora poco definita vista la realtà economica odierna, dove, a seguito della globalizzazione, sempre più imprese sono tra loro collegate sul piano organizzativo e finanziario come conseguenza delle numerosissime operazioni di fusione ed acquisizione che sempre più frequentemente si registrano.

Numerose sono le peculiarità che apporta il decreto legislativo n. 231/2001. Questo, a differenza di altre norme, non introduce una responsabilità oggettiva, bensì un nesso eziologico di causalità che comporta una responsabilità ulteriore a quella prevista per il soggetto che pone in essere il reato. Viene affrontato il tema della cosiddetta **colpa organizzativa** che si sostanzia nel non aver introdotto strumenti volti alla riduzione del livello di rischio fino a renderlo accettabile.

Il decreto *de quo* ha oltretutto introdotto per la prima volta il “*tertium genus*” e cioè una responsabilità che non si identifica né in quella penale né in quella amministrativa, e che coniuga i tratti distintivi di entrambe senza alcuna forzatura o violazione costituzionale del principio secondo cui la responsabilità penale è personale. Ogni reato commesso da persona fisica viene imputato all’ente solamente in virtù di un legame tra il reo e l’ente ed in virtù del fatto che il reo abbia agito nell’interesse o a vantaggio, e quindi, a favore di quest’ultimo.

Trattasi di una responsabilità autonoma e indipendente da quella prevista dall’autore persona fisica del reato presupposto, ed infatti la legge prevede che sussista la responsabilità dell’ente anche quando “*l’autore del reato non è stato identificato o non è imputabile*”.

Il beneficio dell’esenzione da responsabilità si ha, quindi, solo quando è provato che l’ente ha fatto quanto in suo potere per

evitare la commissione del reato adoperandosi per costruire ed avvalersi di un sistema di controlli ed un modello organizzativo idonei alla causa.

Un'ulteriore novità che il decreto legislativo 231/2001 apporta, ancora per la prima volta nell'ambito di una norma, è l'inversione dell'*onus probandi*, quando il reato è commesso da uno dei soggetti apicali dell'organizzazione.

L'ente, infatti, non risponde se dimostra che il suo organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione e gestione, prima e non dopo la commissione del reato, e se, ancora prima della commissione del reato, ha provveduto ad istituire un organismo di vigilanza con il compito di vigilare sul funzionamento del modello, sul suo aggiornamento e all'evoluzione dello stesso. Oltretutto, è doveroso dimostrare che le persone colpevoli debbano aver commesso il fatto eludendo **fraudolentemente** il modello di organizzazione, gestione e controllo, e come ulteriore requisito non vi deve essere stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di vigilanza. Tutti questi requisiti sono concorrenti e devono pertanto coesistere per far sì che la società beneficiare dell'esimente.

Quanto al modello di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto 231/2001, questo comprende un insieme di regole, principi, procedure operative, schemi organizzativi e disposizioni che hanno lo scopo di creare un sistema di controllo e monitoraggio

delle attività ritenute più a rischio per prevenire la commissione dei reati presupposto previsti dal decreto, assumendo quindi una funzione preventiva e di indirizzo.

Partendo dal presupposto che il legislatore non ha imposto un modello unico per tutte le imprese, limitandosi a fornire dei principi generali che potessero aiutare le aziende nella costruzione di un modello organizzativo capace di rispondere alle esigenze di ogni ente, si cercherà di sviluppare il tema della responsabilità all'interno dei gruppi di società analizzando i possibili risvolti.

L'obiettivo primario di tale modello si lega al concetto di **idoneità preventiva della commissione dei reati**: il modello deve essere *tailor made*, fatto su misura per ogni azienda.

Analizzando il tema più a fondo, non si può configurare una responsabilità del gruppo in quanto tale, bensì all'interno del gruppo per ogni singola società, per il semplice motivo che nel nostro ordinamento giuridico non esiste il gruppo come unico ente autonomo e dotato di propria personalità giuridica ma un insieme di enti dotati di distinte soggettività giuridiche e patrimoniali che sono unite sotto il profilo strettamente economico. Tuttavia, i soggetti che compongono un gruppo possono anch'essi rispondere in dipendenza dei reati commessi nello svolgimento dell'attività. Questo lavoro si pone l'obiettivo di chiarire i casi e le condizioni per cui la responsabilità accertata per una società possa estendersi ad altri soggetti appartenenti al gruppo medesimo o alla *holding*.

Come detto, non essendo il gruppo un ente, non può essere ricompreso in modo diretto ed esplicito tra i soggetti destinatari della disciplina. Nelle prime pronunce giurisprudenziali però non di rado è stato associato l'interesse della capogruppo all'interesse del gruppo e da ciò erroneamente si attribuiva automaticamente ed in modo generico la responsabilità alla *holding* per i reati commessi da una sua società controllata, accusandola di responsabilità ascendente. Successivamente, ritenuto non opportuno il criterio dell'interesse di gruppo, è stato stabilito dalla Suprema Corte che affinché ci fosse una responsabilità in capo alla *holding* si sarebbero dovute verificare determinate condizioni:

- un concreto **interesse** o un effettivo **vantaggio** perseguito dalla capogruppo;
- il concorso **effettivo** del soggetto che agisce per conto della capogruppo con l'autore del reato.

Risulta facilmente comprensibile come un riferimento generale e generico alla capogruppo che riporta ai poteri di direzione e coordinamento risulti insufficiente per accertare la sua responsabilità. Allo stesso modo, l'appartenenza ad un gruppo non implica in automatico la responsabilità della capogruppo per reati commessi da soggetti diversi dalla stessa.

In relazione all'estensione di responsabilità degli enti appartenenti ad un medesimo gruppo, quindi, possiamo concludere che se il reato presupposto è commesso da una società interna al gruppo, la responsabilità che ne deriva può essere estesa alle collegate solo nella tassativa ed esclusiva condizione che all'interesse o al vantaggio della società sia accompagnato quello concorrente di altra società e solo quando la persona fisica che ha commesso il reato detenga la qualifica soggettiva necessaria per quel che riguarda la comune imputazione dell'illecito amministrativo. La *holding* può essere chiamata a rispondere del reato presupposto commesso nell'ambito dell'attività di una sua controllata quando, una volta verificato in concreto, il fatto illecito è stato commesso perseguendo anche l'interesse o vantaggio della controllante e alla consumazione del reato abbia concorso una persona fisica che abbia agito per conto della capogruppo o altra società appartenente al gruppo.

Vengono così a delinearsi i tre requisiti fondamentali ai fini dell'accertamento della responsabilità amministrativa secondo quanto disposto dal decreto: la commissione di un reato presupposto, un soggetto qualificato che abbia commesso il reato, l'interesse o il vantaggio per l'ente, da verificarsi in concreto.

Secondo le Linee Guida di Confindustria, ogni ente è tenuto a dotarsi di un proprio modello che dovrà essere costantemente revisionato ed aggiornato.

Come tratta l'ultimo capitolo del presente lavoro, però, è lecito e consigliabile per ciò che concerne i gruppi di imprese, tenere in considerazione indicazioni e modalità attuative dettate dalla *holding* in relazione all'assetto organizzativo ed operativo del gruppo, bilanciando in tal modo l'autonomia delle singole società con una politica di gruppo nella lotta alla corruzione.

Ai fini dell'esclusione della responsabilità dipendente da reato, è previsto che l'organo dirigente oltre ad aver adottato ed efficacemente applicato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire i reati presupposto, abbia anche istituito un organismo di vigilanza dotato di poteri di iniziativa e controllo, affidando ad esso il compito di vigilare sul funzionamento e sulla corretta applicazione ed osservanza dei protocolli presenti nel modello di organizzazione, gestione e controllo, oltre che a curare il suo aggiornamento. Si ritengono elementi imprescindibili quindi sia il conferimento dei compiti e dei relativi poteri all'organismo di vigilanza, sia il corretto ed efficace svolgimento degli stessi perché l'ente risulti esente da responsabilità. In questo caso, come per le altre componenti del modello, deve prevalere il principio di effettività, che pone la giusta attenzione e rilevanza in modo concreto, senza rappresentare un adempimento meramente formale. L'organismo, pertanto, deve essere messo in condizione di poter effettivamente svolgere i compiti che gli sono stati affidati dalla legge.

Risulta opportuno ricordare che sia l'adozione del modello organizzativo che l'istituzione dell'organismo di vigilanza non sono stati imposti dalla legge ma divengono indispensabili se l'ente si dota di un sistema di prevenzione contro i reati presupposto.

Il presente scritto si pone l'obiettivo di chiarire come e quando la responsabilità dipendente da reato commesso da un soggetto formalmente legato ad una società, possa estendersi ad altra società appartenente al medesimo gruppo. Le conclusioni tratte precisano che non sono previste né consentite automatiche propagazioni della responsabilità all'interno del gruppo: il medesimo reato può essere imputato soltanto a quelle società del gruppo con riferimento alle quali si siano realizzati entrambi i criteri oggettivi e che pertanto presentano soggetti apicali e/o sottoposti a commettere il reato (connotato di tipo funzionale data dalla funzione svolta dall'agente nella società) e l'interesse e/o vantaggio (nesso di tipo teleologico che attiene alla connessione del fatto con lo scopo potenziale o raggiunto). Risulta opportuno specificare che il gruppo non può considerarsi un soggetto giuridico unitario, pertanto le società che ne fanno parte restano enti giuridicamente distinti ed autonomi anche qualora fossero legati economicamente dall'attività unitaria di direzione e coordinamento.

Il presente lavoro è stato sviluppato cercando di dare una risposta ai seguenti quesiti: come l'appartenenza ad un gruppo influenza la conformazione dell'interesse dell'ente? Quando e a quali

condizioni un soggetto di una società può considerarsi responsabile per un illecito commesso in altra società del medesimo gruppo?

Il rischio di commissione reato deve essere prevenuto e minimizzato sul piano organizzativo dai singoli enti che vanno a comporre il gruppo. Questo, infatti, non può considerarsi un soggetto di diritto individuale e distinto dalle società che lo formano e non può divenire autonomo centro di imputazione per la responsabilità derivante da reato. Si comprende chiaramente come non sia accettabile un modello di organizzazione e gestione unico per tutto il gruppo e ancor di più è da tenere in considerazione come ogni singolo ente, *holding* inclusa, debba autonomamente assicurarsi sul piano della prevenzione da rischio reato in relazione alla propria attività.

Si è sempre confermata la tesi che ogni società appartenente ad un gruppo dovesse divenire *compliant* in modo autonomo dotandosi di propri strumenti di prevenzione del rischio ma ci chiediamo a questo punto se la mappatura del rischio e la predisposizione dei modelli stessi debbano essere svolti in concreto nella più totale autonomia dalle società o possano essere esercitate sotto la direzione della società vertice per capire quale limite sia concesso prima che tali direttive interferiscano in modo inadeguato nel sistema. Il risultato di tale ricerca spiega come le dottrine più sensibili alle ragioni economiche del gruppo permettano forme di stimolo e coordinamento più accentuate nel delineare le scelte

organizzative di prevenzione delle controllate e quindi ammettendo che la *holding* assuma una funzione di rilievo nel coordinamento delle controllate in tema *compliance*, ed influenzando talvolta anche la composizione dell'organismo di vigilanza.

Per contro, un'altra parte della dottrina, partendo dalla controversa figura dell'interesse di gruppo, condivide l'idea che ogni società presa singolarmente debba provvedere a prevenire e fronteggiare sul piano organizzativo e nella più completa autonomia il rischio penale date le differenti specificità delle attività che caratterizzano le aziende, senza che la capogruppo possa interferire. In una tale prospettiva, si preferisce adottare delle separazioni marcate tra le controllate e la società vertice per scongiurare il rischio di risalita della responsabilità dalle periferie fino alla società vertice del gruppo.

Per definizione, l'elemento che qualifica e caratterizza il gruppo è il comune indirizzo di gestione espresso dalla capogruppo, pertanto l'esercizio del coordinamento e del controllo non è argomento valido in sede giudiziale per confutare l'adeguatezza delle scelte organizzative di prevenzione delle società che formano l'aggregazione societaria. Ne deriva che per queste considerazioni la *holding* può legittimamente esercitare uno stimolo all'adozione di una specifica *compliance* unitaria che preveda principi generali e direttive di fondo, senza però invadere la specificità dei modelli organizzativi delle società controllate. Stesso non può dirsi per una

parziale identità soggettiva dei membri degli organismi di vigilanza di controllante e controllate, ferma restando l'esistenza di organismi di vigilanza separati. Ed infatti, questa "partecipazione incrociata" tra i membri dell'organismo di vigilanza della controllante nella controllata minerebbe l'autonomia operativa di quest'ultima trasformandola in strumento per fini illeciti della capogruppo.

L'organismo di vigilanza non può in alcun modo essere strumentalizzato da direttive che provengono dalla società vertice o dal suo organismo di vigilanza, pena la decadenza dei requisiti di autonomia ed indipendenza necessari alla sua stessa sopravvivenza ed indispensabili all'esclusione della responsabilità da reato per l'ente. Al contrario, sarà consentito lo scambio informativo finalizzato alla creazione di una cooperazione stabile nel reciproco interesse per il "presidio di legalità".

Concludendo, in ottica di riduzione del rischio e di esonero da responsabilità amministrativa, per valorizzare le autonomie delle singole società, si evidenzia l'opportunità di predisporre in via autonoma il modello di organizzazione, gestione e controllo, calibrandolo sulle specificità delle singole società, e componendo l'organismo di vigilanza con soggetti che non facciano parte dello stesso organismo in società differenti dello stesso gruppo, evitando in questo modo il fenomeno di *interlocking directorates*.

Può risultare vantaggioso e coerente partire da una comune base predisposta dalla società vertice, evitando incongruenze tra i modelli, e favorendo la così definita “omologazione compatibile” tra i sistemi adottati all’interno delle stesse società.

In risposta alla *question research* sulla configurabilità della responsabilità amministrativa della *holding* o/e di altre società appartenenti al medesimo gruppo per il reato commesso da un'altra società del gruppo si può rispondere positivamente a patto che determinate condizioni siano verificate.

Occorre, a tal fine, che l’illecito sia stato commesso nella prospettiva di un interesse e/o vantaggio concreto per la società capogruppo o per altre società dello stesso, rilevato dal coinvolgimento diretto della società nell’operazione economica in questione e il positivo coinvolgimento del soggetto ritenuto “qualificato” che abbia agito in nome e per conto della società vertice o altra società del gruppo, anche se non in concorso con l’autore del reato presupposto.

Sicuramente è da tenersi in debita considerazione la prospettiva generica ed indiretta dell’interesse di gruppo, direttamente correlato al valore ed alla redditività del gruppo, ma in assenza delle predette condizioni il vantaggio conseguito dalla commissione dell’illecito diviene irrilevante nella prospettiva della responsabilità amministrativa.

Vista la complessità delle relazioni infragruppo e il sempre crescente numero di gruppi secondo i dati Istat⁷⁵, che oggi risultano la soluzione maggiormente utilizzata per raggiungere obiettivi dimensionali prefissati sia a livello operativo che funzionale, sarebbe opportuno dedicare la giusta attenzione al fenomeno, approfondendo il tema in uno dei prossimi aggiornamenti così da evitare ambiguità e definire un chiaro quadro di riferimento per le innumerevoli società interessate.

⁷⁵ Rapporto annuale 2018, <https://www.istat.it/storage/rapporto-annuale/2018>