Università degli Studi della Tuscia di Viterbo

Dipartimento di studi linguistico-letterali, storico-filosofici e giuridici

Corso di Dottorato di Ricerca in

DIRITTO DEI MERCATI EUROPEI E GLOBALI. CRISI, DIRITTI, REGOLAZIONE
XXXIV Ciclo

IL SISTEMA DISCIPLINARE E LE INDAGINI INTERNE COME STRUMENTO DI *SELF REGULATION* NEL D. LGS. N. 231 DEL 2001

Settore scientifico-disciplinare
IUS/16

Tesi di dottorato di:

Dott.ssa Maria Tammaro

Coordinatore del corso

Prof. Carlo Sotis

Tutore

Prof.ssa Rosa Anna Ruggiero

Carlo Sotis
17.05.2022
07:21:46
GMT+00:00

A.A. 2021/22

INDICE

INTRODUZIONE……...8

CAPITOLO I

IL SISTEMA DISCIPLINARE: UNA INEDITA PROSPETTIVA PER RENDERE EFFETTIVI I MODELLI ORGANIZZATIVI

1. La finalità di prevenzione e gestione del rischio reato svolta dal sistema disciplinare interno al modello organizzativo……..…...20
2. Il sistema disciplinare nel procedimento *de societate*……..27
3. La costruzione di un idoneo sistema disciplinare "231": principi generali……38
    3.1. *Segue*: brevi cenni in materia di destinatari del sistema disciplinare……...…...46
    3.2. *Segue*: le condotte censurabili ai fini dell'attivazione del sistema disciplinare……...…...53
    3.3. *Segue*: il catalogo delle sanzioni disciplinari concretamente applicabili……...…….60
4. Il procedimento disciplinare: accertamento delle violazioni e competenza sull'applicazione delle sanzioni……...72
5. L'importanza di un efficace sistema disciplinare ai fini del "recesso attivo" dell'ente……...79
6. Il "recesso attivo" come causa di archiviazione per l'ente……..89
7. La sanzione disciplinare *ante delictum*: nuovo parametro per misurare la colpa di organizzazione dell'ente?……...92
8. Sanzione disciplinare *post factum* e riparazione/riorganizzazione dell'impresa……...106
9. *Segue*: rilevanza del sistema disciplinare in ambito cautelare……118

CAPITOLO II

LE INVESTIGAZIONI INTERNE: FINALITÀ, DIFFICOLTÀ OPERATIVE E POSSIBILI CORRETTIVI

1. Investigazioni interne e sistema disciplinare……..132

2. La centralità del ruolo dell'Organismo di Vigilanza nella conduzione e supervisione delle *internal corporate investigations* e nell'attivazione del sistema disciplinare..…….145

3. Modalità di investigazione meramente interna tra assenza di norme e difficoltà operative……156

3.1. L'analisi documentale e l'esame degli archivi aziendali. Un *focus* sulla posta elettronica…….161

3.1.1. *Segue*: brevi cenni sul legittimo interesse dell'ente al trattamento dei dati personali dei dipendenti in assenza di consenso. Un'inedita prospettiva di giustificazione..……...169

3.2. Alcune considerazioni operative sullo svolgimento dell'intervista del dipendente tra esigenze di garanzia e di efficacia……..175

3.2.1. Regole delle indagini difensive e intervista informale: quale rapporto?……...……...179

3.2.2. *Segue*: metodologie del codice di rito per la verbalizzazione delle interviste……..185

4. Relazioni tra investigazioni interne e procedimento a carico degli enti nell'attuale sistema……187

4.1. *Segue*: brevi cenni in materia di indagini interne e condotte riparatorie…….....194

4.2. *Segue*: prospettive *de iure condendo* tra diritti dell'imputato persona fisica e collaborazione processuale del soggetto collettivo……195

5. Possibili percorsi di regolamentazione delle investigazioni interne in una prospettiva di ripensamento della responsabilità da reato degli enti…….199

CAPITOLO III

PROSPETTIVE DI RIFOMA DEL D.LGS. 231/2001: IL PUNTO DI VISTA DELLE SOCIETÀ PER VALORIZZARE I MODELLI *ANTE FACTUM*

1. *Survey* 231: introduzione……...209

1.1. Le ragioni e gli obiettivi della ricerca…….211

l.2. Metodologia e definizione del perimetro di indagine…….....212

1.3. Caratteristiche del campione partecipante all'indagine……..217

2. Modello organizzativo e sistema di controllo e gestione dei rischi integrato o *multi-compliance*……219

2.1. L'adozione di un modello organizzativo è conveniente in una prospettiva aziendale?…..…….220

2.1.1. Le ragioni del "Sì"…….222

2.1.2. Le ragioni del "No"……224

2.2. Il sistema di controllo e gestione dei rischi integrato o *multi-compliance* in una prospettiva *de iure condendo*……...226

2.2.1. Le ragioni del "Sì"…….229

2.2.2. Le ragioni del "No"……230

2.2.3. Caratteristiche del campione di società che ha scelto l'opzione "Non saprei"…….231

3. Il *Whistleblowing* nel settore privato……..231

3.1. La rilevanza e utilità dello strumento del *whistleblowing* per contrastare la commissione di reati all'interno dell'azienda: il punto di vista delle società…..……..233

3.1.1. Le ragioni del "Sì"……..235

3.1.2. Le ragioni del "No"…….237

3.1.3. *Segue*: analisi, tra le ragioni del "No", delle lacune normative in materia di *whistleblowing*……..……..245

31.4. Le ragioni del "Non saprei"…….....250

3.2. Problematiche giuridiche, operative e organizzative nella gestione delle segnalazioni…….....252
4. Il sistema disciplinare interno al modello organizzativo……256
4.1. La nuova sfida del d. lgs. n. 231 del 2001: il sistema disciplinare quale punto di forza per il perseguimento degli obiettivi prevenzionistici del modello organizzativo……..….261
4.2. Soggetti maggiormente sanzionati dalle imprese a seguito dell'attivazione del procedimento disciplinare…….…….263
4.3. Brevi spunti di riflessione per una possibile riforma in materia di sistema disciplinare……...266
4.4. Aspetti problematici nella costruzione di un efficace sistema disciplinare e nella conduzione delle *corporate internal investigations*: possibili rimedi *de iure condendo* anche in un'ottica di collaborazione con l'autorità giudiziaria…….……..268
5. Il nuovo impianto sanzionatorio "231" dei reati contro la Pubblica Amministrazione……...277
5.1. Il nuovo sistema premiale per gli enti collaborativi *ex* art. 25, comma 5-*bis*, del Decreto: qualche perplessità sul raggiungimento dell'obiettivo…….....280
6. Premessa: sintetica rappresentazione delle principali criticità in ordine al "volto" premiale del sistema 231……...284
6.1. Il modello organizzativo tra presente e futuro……287
6.2. I chiaroscuri del sistema degli incentivi contemplato dal Decreto: una riforma non più procrastinabile……293
6.2.1. Le ragioni del "Sì"……..294
6.2.2. Le ragioni del "No"…….296
6.3. Nuove linee evolutive del sistema premiale "231": possibili percorsi di una riforma incentrata sulla collaborazione dell'ente, su logiche negoziali e modelli integrati di *compliance*……...301
6.4. La cooperazione dell'ente nelle indagini: i possibili rischi ed effetti distorsivi dell'autodenuncia (o *self reporting*) dal punto di vista delle imprese……..307

6.5. L'apparato sanzionatorio e cautelare di cui al Decreto……311
6.6. Brevi spunti per una rivisitazione *de iure condendo* dell'apparato sanzionatorio e cautelare…….……...313
6.7. Futuri scenari per un rafforzamento della posizione processuale dell'ente…….317

BIBLIOGRAFIA……...…….321

INTRODUZIONE

Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 (d'ora in avanti, il "Decreto") ha introdotto nel nostro ordinamento una responsabilità autonoma delle persone giuridiche per un catalogo di reati (cc.dd. "reati-presupposto") commessi, nel loro interesse o a loro vantaggio, da soggetti in posizione apicale o dai loro sottoposti, dando vita a una tra le più importanti e significative innovazioni del diritto penale moderno. Tale responsabilità si aggiunge a quella della persona fisica che ha realizzato materialmente il fatto illecito e può sussistere anche quando l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile ovvero quando il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia.

A distanza di due decenni da questa svolta epocale, con la quale il legislatore ha definitivamente abbandonato il tradizionale brocardo "*societas delinquere non potest*", l'esigenza di un *restyling* della normativa in esame è ormai diffusamente avvertita e ritenuta improcrastinabile.

L'oggetto della discussione più accesa, ma anche della sfida culturale e organizzativa più stimolante, riguarda i modelli di organizzazione, gestione e controllo (d'ora in avanti, i "modelli organizzativi" o i "modelli 231"), vero architrave del sistema di responsabilità delineato dal Decreto.

La costruzione di un modello di *compliance* adeguato rappresenta, invero, un aspetto che, anche alla luce del confronto sin qui registratosi in dottrina e giurisprudenza, più di altri costituisce un problema aperto sollecitando una futura revisione della disciplina.

Al riguardo, la legge prevede la possibilità, purché sussistano una serie di condizioni (che si differenziano a seconda del tipo di legame funzionale che ha con l'ente il soggetto che ha commesso l'illecito), che sia esclusa la responsabilità della persona giuridica, se essa ha adottato ed efficacemente attuato *ante delictum* un modello organizzativo idoneo a prevenire i reati della specie prevista.

In linea di principio, l'adozione del modello 231 e la sua efficace attuazione non costituisce un vero e proprio obbligo giuridico, ma un onere per la *societas* che voglia avvalersi del predetto esonero da responsabilità. È anche prevista l'adozione di modelli *post factum* che, in presenza delle ulteriori condotte riparatorie contemplate

dalla normativa, si risolvono - tra le altre possibilità - in un'attenuazione della risposta sanzionatoria: più in particolare, nella riduzione delle sanzioni pecuniarie e nella esclusione dell'applicazione di quelle interdittive.

Emerge, dunque, chiaramente che il "rischio 231" costituisce un tema di notevole importanza ed attualità per le società anche in virtù del progressivo e costante ampliamento da parte del legislatore delle fattispecie di reato in grado di determinare una responsabilità amministrativa degli enti: si pensi, ad esempio, alla recente introduzione nel Decreto del nuovo art. 25 *octies*.1, rubricato «delitti in materia di mezzi di pagamento diversi dai contanti», dell'art. 25-*quinquiesdecies*, in forza del quale alcuni reati tributari sono stati inseriti nel catalogo dei reati-presupposto e alle novità, con impatto sulla normativa in esame, introdotte dal d.lgs. n. 75/2020 che ha ampliato il novero dei reati contro la Pubblica Amministrazione (*ex* artt. 24 e 25 Decreto) e introdotto i delitti di contrabbando.

Se, da un lato, alle imprese è richiesto di investire ampie risorse economiche e aziendali nella *compliance*, dall'altro, i modelli organizzativi *ante delictum* sottoposti allo scrutinio dell'autorità giudiziaria sono stati sinora generalmente valutati inadeguati: invero, le società sottoposte a procedimento penale, nei confronti delle quali è stata esercitata l'azione penale, sono state condannate (spesso all'esito di giudizi speciali da esse richiesti per definire subito la pendenza). Peraltro, anche se il modello 231 è redatto sulla base delle Linee Guida elaborate dalle associazioni di categoria (che abbiano ricevuto una positiva valutazione ministeriale) non sussiste alcuna automatica esclusione della responsabilità, spettando esclusivamente all'autorità giudiziaria valutare l'idoneità concreta del singolo modello organizzativo.

A tal proposito, la genericità dei parametri prefissati dalla normativa in esame in ordine ai contenuti e alle modalità di costruzione dei modelli organizzativi, nonostante la significativa casistica giurisprudenziale al riguardo e, di conseguenza, le incertezze ermeneutiche e divaricazioni fra orientamenti e criteri operativi posti alla base delle singole valutazioni giudiziali di adeguatezza dei modelli organizzativi, rappresentano i principali motivi per cui tra gli operatori del diritto e presso le realtà aziendali si percepisce un diffuso scetticismo circa l'effettiva capacità del modello *ante delictum* di esercitare una funzione *lato sensu* esimente della corresponsabilizzazione dell'ente.

Tra gli indiscutibili meriti riconosciuti al Decreto vi è senz'altro quello di aver contribuito in modo significativo a diffondere nelle organizzazioni pluripersonali la cultura della *compliance*, rivoluzionando i processi organizzativi aziendali in funzione di prevenzione dei rischi d'impresa.

La disciplina 231 ha portato, infatti, le società ad una crescente attenzione e consapevolezza della rilevanza di adottare efficienti ed efficaci politiche di prevenzione, attraverso la predisposizione di procedure e protocolli interni di *compliance*, presidi di controllo e monitoraggio sulla gestione della propria attività, flussi costanti di notizie e informazioni tra i diversi organi e uffici aziendali, sistemi di deleghe e garanzie di tracciabilità e trasparenza.

Se il coinvolgimento dell'ente nel meccanismo di prevenzione del rischio 231 è senza dubbio una scelta condivisibile, il sistema come delineato dal legislatore del 2001 funziona soltanto se le imprese – che devono sostenere rilevanti oneri organizzativi e costi gestionali per garantire l'efficace attuazione del profluvio di precetti preventivi e di controllo contemplati nelle procedure di attuazione di un idoneo *compliance program* – possono fare concreto affidamento sull'effettiva capacità di quest'ultimo di esercitare una funzione di solido "scudo" dal loro coinvolgimento in un procedimento penale.

Tuttavia, come accennato in precedenza, le aspettative delle società risultano disattese, stante il sostanziale fallimento, registratosi nella prassi applicativa delle aule di giustizia, dei modelli organizzativi *ante delictum*.

L'idea di fondo del presente lavoro è che ciò possa in parte essere dipeso dall'insufficiente attenzione dedicata al sistema disciplinare (a cui pure il Decreto fa riferimento quale elemento strutturale indefettibile del modello organizzativo), finora non adeguatamente esplorato nelle sue molteplici e importanti funzioni e che potrebbe, invece, rappresentare il punto di forza dell'intera organizzazione prevenzionistica aziendale e svolgere, altresì, nell'ambito del procedimento *de societate*, un ruolo effettivamente premiale ai fini sia dell'esimente da responsabilità dell'ente sia dell'attenuazione della risposta sanzionatoria.

Inoltre, nella medesima prospettiva di contributo virtuoso alla prevenzione (e repressione) del rischio di verificazione delle condotte oggetto delle fattispecie di

reato-presupposto, bisogna leggere l'istituto delle indagini interne condotte proprio nella predetta prospettiva disciplinare.

D'altra parte, l'effettiva ed efficace attuazione di un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello 231 è strettamente connessa al tempestivo e serio svolgimento di tali indagini.

Invero, la mancanza di appropriate e tempestive investigazioni interne al primo segnale di allarme di una potenziale violazione delle regole cautelari previste nella parte programmatica del modello organizzativo svilirebbe inevitabilmente la stessa azione di prevenzione (nonché di reazione) ai *predicate crimes* svolta dal sistema disciplinare.

La presente ricerca si pone quale precipuo obiettivo quello di cercare di delineare e chiarire l'imprescindibile ruolo svolto dal proteiforme sistema disciplinare e dalle *corporate internal investigations* sia nella prospettiva della *self regulation* aziendale in chiave preventiva, sia nella logica del sistema di responsabilità degli enti delineato nel Decreto.

In tale ambito, viene altresì effettuata un'analisi in merito alla possibilità di prevedere, in ottica *de lege ferenda*, una riforma della normativa 231 che, da un lato, introduca una regolamentazione espressa delle investigazioni meramente interne e, dall'altro, preveda – accanto agli strumenti già contemplati nel Decreto – un nuovo meccanismo premiale, sotto forma di trattamento sanzionatorio mitigato ovvero ipotesi di esclusione della responsabilità, per l'ente che, dopo aver posto in essere effettive attività di prevenzione (non basate, quindi, su una semplice "cosmesi" organizzativa) e contro-azioni di natura investigativa e repressiva, si adoperi per un'adeguata e volontaria correzione *post factum* del modello organizzativo preesistente rivelatosi inadeguato a impedire, nel caso specifico, il verificarsi dell'illecito.

Inoltre, consapevoli che una prospettazione di istanze riformistiche non può prescindere da un dialogo e confronto tra i diversi attori coinvolti e, quindi, dall'individuazione di quali ambiti del Decreto siano avvertiti come più critici dalle società, principali destinatari e attuatori della normativa in esame, nel 2021 è stata condotta un'indagine empirica (di seguito, la "*Survey*") - mediante l'invio di un questionario a un campione significativo di 211 imprese - con lo scopo di ottenere un

significativo set informativo che identifichi – da un punto di vista aziendale – le luci e le ombre della disciplina 231 e i suoi potenziali profili di riforma, con particolare attenzione al tema principale della ricerca (*i.e.* sistema disciplinare e investigazioni interne) e a eventuali interventi correttivi per valorizzare i modelli organizzativi *ante delictum*.

Alla luce dell'oggetto dell'indagine che si intende condurre, l'elaborato viene suddiviso in tre capitoli.

Nel primo capitolo, in un'ottica di inquadramento sistematico dell'apparato disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure e regole comportamentali indicate nel modello organizzativo, viene offerta *in primis* un'analisi esegetica delle disposizioni, seppur scarne, contemplate nel Decreto *in subiecta materia*.

Invero, il legislatore del 2001, pur indicando l'assoluta rilevanza dell'istituto *de quo* come strumento di effettività e garanzia dell'intero apparato prevenzionistico "231", non fornisce indicazioni esaurienti atte ad indirizzare le aziende nella costruzione di un idoneo sistema sanzionatorio. Pertanto, la trattazione si sviluppa – partendo dalle poche, seppure autorevoli, riflessioni scientifiche in materia e dalle pronunce giurisprudenziali che si sono succedute in altri settori del diritto (in particolare quello giuslavoristico) - attraverso l'individuazione di principi generali e criteri utili che possono aiutare l'ente nella costruzione e implementazione del sistema disciplinare a presidio del *compliance program,* per poi approfondire questioni relative al ruolo dell'Organismo di Vigilanza ai fini dell'attivazione del procedimento disciplinare, al perimetro soggettivo di applicazione dell'istituto, alla concreta predeterminazione delle condotte censurabili, alle tipologie di sanzioni adottabili, all'accertamento delle infrazioni disciplinari e, infine, all'organo (o funzione aziendale) deputato ad applicare le eventuali sanzioni.

L'attenzione viene poi posta su una ricognizione tipologica delle diverse funzioni svolte dal sistema disciplinare: *in primis*, una funzione di deterrenza e prevenzione perseguita non solo nella sua prospettiva punitiva nei confronti del responsabile della condotta irregolare o illecita e, più in generale, intimidatoria nei confronti della generalità dei dipendenti che saprebbero di andare incontro ad una sanzione certa se non orientassero la loro condotta alla legalità, ma anche, e soprattutto,

attraverso la sua capacità di neutralizzazione dei meccanismi genetici del reato. Invero, il sistema disciplinare, al pari delle regole cautelari e operative previste nei cc.dd. protocolli, agisce sull'ipotizzato *iter* di produzione del reato cercando di impedirne la realizzazione, attraverso l'individuazione e sanzione di quelle condotte che potrebbero costituire le sue fasi prodromiche o preparatorie oppure essere strettamente funzionali alla sua commissione o al consolidamento dei suoi risultati.

Nel corso della trattazione viene altresì rilevato che, sotto altro ma connesso profilo, il sistema disciplinare rappresenta anche un efficace strumento di monitoraggio e vigilanza del modello 231, poiché in grado di segnalare, seppur indirettamente, le aree di rischio dell'attività di impresa e i processi aziendali che possono presentare punti di debolezza o lacune non adeguatamente presidiate. In quest'ottica, l'apparato disciplinare svolge una funzione di ristabilimento del corretto funzionamento dell'organizzazione aziendale e permette un mirato ed effettivo rafforzamento del programma di prevenzione adottato *ante delictum*.

Inoltre, tentando al contempo di stimolare riflessioni *de iure condendo*, viene analizzato il ruolo che il sistema disciplinare potrebbe svolgere ai fini del "recesso attivo" dell'ente *ex* art. 26, comma 2, del Decreto in materia di delitti tentati e, qualora un reato rientrante nel c.d. catalogo 231 fosse stato commesso dopo la risposta sanzionatoria dell'ente alla condotta irregolare o illecita, le potenzialità premiali dell'istituto *de quo* nell'ambito del procedimento a carico della società, ai fini dell'esclusione della c.d. colpa di organizzazione ai sensi di quanto previsto dagli articoli 6 e 7 del Decreto. Chiude il primo capitolo una disamina della rilevanza del sistema disciplinare come criterio di attenuazione delle conseguenze giuridiche ed economiche derivanti dalla responsabilità dell'ente e in ambito cautelare.

Nel secondo capitolo viene offerta una ricostruzione delle investigazioni interne, in particolare quelle connesse ai procedimenti disciplinari per presunte violazioni del modello 231, le quali – in assenza di una specifica disciplina normativa nel panorama giuridico domestico e di fonti giurisprudenziali che forniscano indicazioni utili in merito alle modalità di svolgimento delle stesse – presentano numerosi profili di criticità, attesa altresì l'applicabilità, in via indiretta, di alcune disposizioni legislative relative ad altri ambiti giuridici che possono vincolarne lo svolgimento.

L’analisi prende le mosse da una ricostruzione in chiave sistematica dell’istituto e dall’esame sia degli obiettivi perseguiti dall’ente attraverso le *corporate internal investigations* e sia del ruolo di iniziativa e supervisione che l’Organismo di Vigilanza dovrebbe avere in tale ambito, svolgendo altresì una funzione di giunto di collegamento con il sistema disciplinare.

La trattazione si sviluppa successivamente attraverso la disamina delle modalità di conduzione dell’investigazione interna atipica, dal momento genetico della notizia di una violazione del modello 231, che sia stata segnalata (anche attraverso i sistemi di *whistleblowing*) o altrimenti rilevata e valutata dalla società come fondata, passando poi per le attività di indagine finalizzate alla raccolta di dati, informazioni e documenti utili alla ricostruzione dei fatti oggetto di accertamento e delle responsabilità, con un *focus* specifico in materia di analisi della posta elettronica e interviste e audizioni dei dipendenti.

In tale contesto, vengono esaminati i principali aspetti tecnico-procedurali delle citate attività e si cerca di effettuare una ricostruzione di alcune delle più rilevanti problematiche afferenti alla fase di gestione operativa di una *internal investigation* informale e connesse al rispetto di talune normative vigenti.

Al riguardo, particolare attenzione è dedicata alle disposizioni in materia di protezione dei lavoratori (l. 300/1970, c.d. “Statuto dei Lavoratori”) e dei dati personali (d.lgs. 196/03 e s.m.i. (c.d. Codice Privacy), Reg. UE 27 aprile 2016, n. 679 (c.d. GDPR) che pongono importanti argini alla pervasività delle attività investigative oggetto di esame.

L’intento è quello di fornire una chiave di lettura – anche mediante spunti di riflessione e soluzioni adottabili (indirettamente) alla luce delle metodologie del codice di rito in materia di investigazioni difensive – di come si possa raggiungere un delicato equilibrio tra i diversi e contrapposti interessi coinvolti da un’indagine meramente interna (per sua natura incidente sui diritti del dipendente accusato della commissione dell’illecito e potenzialmente pregiudizievole per la sua sorte, anche processuale). In particolare, da un lato, vi è l’esigenza della società a svolgere le necessarie attività di controllo volte alla ricostruzione di condotte in violazione del modello 231 o di fatti potenzialmente illeciti ai sensi del Decreto (anche al fine di costituire un valido e prezioso ausilio su cui basare la propria strategia difensiva

qualora l'impresa dovesse risultare destinataria di atti formali dell'autorità giudiziaria), dall'altro, si pone la necessità di tutelare i diritti, anche di carattere primario, e le libertà fondamentali dei lavoratori.

In tale ambito, viene altresì operata una ricognizione dei possibili benefici che - sebbene non previsti espressamente dalla disciplina 231 - l'ente potrebbe trarre, nell'ambito del procedimento *de societate*, dallo svolgimento di un'efficiente indagine meramente interna nonché alla luce delle attività poste in essere durante e dopo l'attivazione del procedimento disciplinare.

Sono ormai maturi i tempi perché il legislatore accolga la grande sfida di implementare una riforma del Decreto che, riconoscendo alle *corporate internal investigations* e al sistema disciplinare il ruolo di strumento imprescindibile nella repressione della criminalità d'impresa, valorizzi effettivamente - nell'ambito del sistema 231 - gli sforzi profusi dalla *societas* per permettere la tempestiva emersione e repressione di qualsivoglia comportamento deviante dalle regole di *compliance* in una prospettiva di costante controllo del reale assetto di legalità della propria organizzazione aziendale e di prevenzione di future violazioni.

In particolare, in una prospettiva *de iure condendo*, si suggerisce una riforma del Decreto volta a introdurre, pur nel rispetto del principio di obbligatorietà dell'azione penale, la previsione di un'ipotesi di esclusione della responsabilità dell'ente in presenza, *inter alia*, di una autocorrezione - alla luce delle lacune o "fragilità" riscontrate dalle risultanze investigative - del modello 231 adottato *ante delictum* e, segnatamente, delle sue procedure di controllo per la gestione dei processi e delle attività nel cui ambito si è concretamente realizzato il reato.

Si deve auspicare, pertanto, l'introduzione nel *corpus* normativo di un sistema di incentivi *ad hoc* per l'ente che abbia posto in essere una condotta che, sotto molteplici profili (*i.e.* preventivi, reattivi ed efficacemente riorganizzativi), sia oggettivamente antagonista rispetto al fatto antigiuridico e colpevole nonché riparatrice del diritto leso.

Un'ulteriore ragione della ricerca è, quindi, quella di fornire all'interprete possibili prospettive di emancipazione della responsabilità *ex crimine* degli enti collettivi al fine di recuperare o, meglio, consolidare quello che potremmo definire il

"volto" premiale del Decreto, il quale dovrebbe contraddistinguere l'intera disciplina nei vari stadi del procedimento *de societate*.

In quest'ottica, come si è rilevato in precedenza, l'esigenza di ripensare la responsabilità dell'ente è ormai avvertita da più parti come doverosa ma occorre accordarsi sul tipo di intervento auspicabile. Al riguardo, alcune proposte di riforma in materia, avanzate in questi primi venti anni di vigenza del Decreto sono finalizzate a perseguire obiettivi di certezza del diritto e maggiore prevedibilità per gli enti dell'esito della valutazione giudiziale di idoneità preventiva del modello organizzativo. Altre rispondono all'esigenza, da un lato, di tenere in debito conto la composizione del tessuto imprenditoriale del nostro Paese (costituito per lo più da piccole e medie imprese) prevedendo l'adozione di soluzioni flessibili in funzione del contesto aziendale di riferimento e, dall'atro, di introdurre effettive agevolazioni, mediante il ricorso a strumenti premiali, per gli enti che propongano una reale riorganizzazione e siano collaborativi con l'autorità inquirente nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione dei colpevoli.

Ad ogni modo, nessuna delle istanze riformistiche che si sono prospettate sino ad oggi in materia ha trovato completa condivisione. Basti pensare che i lavori della Commissione di studio per la modifica del Decreto - istituita nel 2016 dal Ministero della Giustizia e dal Ministero dell'Economia e delle Finanze - si sono conclusi senza il raggiungimento di un accordo[1].

Senza dubbio, l'assenza in materia 231 di dati statistici, sia sul fronte delle aziende sia sul versante dell'applicazione giudiziaria, non consente una visione complessiva e fedele dello stato dell'arte e rappresenta un limite per l'individuazione di equilibrate riforme legislative che siano empiricamente guidate e il più possibile condivise da tutti i soggetti interessati.

[1] La Ministra della Giustizia, Marta Cartabia, intervenuta durante un convegno presso l'Università Luiss di Roma su " La responsabilità degli enti tra presente e futuro. Un bilancio della riforma a vent'anni dal d.lgs.n. 231 del 2001" (20 ottobre 2021), ha annunciato che il Governo costituirà un gruppo di lavoro con il compito di modificare la disciplina della responsabilità delle persone giuridiche. Durante il suo intervento la Guardasigilli ha sottolineato che il d.lgs. 231/2001 ha funzionato da vero e proprio centro di irradiazione di una nuova cultura basata sulla «prevenzione mediante organizzazione». «Una funzione quella preventiva che va senza dubbio recuperata e che funge da "saldatura" tra l'evoluzione di un moderno concetto di governo dell'impresa e la struttura giuridica della responsabilità da reato, per consegnare in definitiva un modello disciplinare che dia risalto all'autoregolamentazione in funzione preventiva».

Per tale motivo, come accennato, si è deciso, nell'ambito del progetto di ricerca, di indagare e approfondire presso il mondo imprenditoriale alcune delle principali scelte di carattere sistematico compiute dal legislatore nel *corpus* del Decreto, al fine di individuare quali ambiti della riforma siano ritenuti maggiormente rispondenti agli snodi avvertiti come più problematici dagli enti.

Nel terzo ed ultimo capitolo sono riportate – a livello aggregato e in forma anonima - e commentate le risultanze della *Survey* che hanno riguardato un ampio perimetro di indagine incentrato su cinque settori di studio: (i) modello 231 e sistema di controllo e gestione dei rischi integrato o *multi-compliance*; (ii) *whistleblowing* nel settore privato; (iii) sistema disciplinare interno al modello organizzativo e *internal corporate investigations*; (iv) nuovo impianto sanzionatorio 231 dei reati contro la Pubblica amministrazione; (v) attuale meccanismo premiale del Decreto e proposte di riforma.

Dall'analisi delle risposte fornite dal campione di società partecipanti all'indagine, emergono risultati di notevole interesse e per nulla scontati sotto molteplici profili. Uno di questi, riguarda, ad esempio, la convenienza o meno, dall'angolo visuale delle società, all'adozione del modello organizzativo, attorno al quale, come visto, ruota l'intera disciplina oggetto di esame.

Il dato rilevante è che per gli enti l'adozione di un idoneo *compliance program* svolge delle funzioni ulteriori a quella di esonero da responsabilità e che si pongono, quindi, al di fuori del sistema normativo 231. Più in dettaglio, l'efficace attuazione del modello *ante delictum* assume per le società il significato di un indice di credibilità, affidabilità, responsabilità sociale e buona *governance*, rilevante anche in ambito reputazionale.

La *Survey* evidenzia, altresì, la consapevolezza delle imprese dell'importanza di adottare un idoneo sistema disciplinare in ottica special preventiva; allo stesso tempo, vi è il forte auspicio per un intervento riformatore in materia affinché il contenuto dell'apparato sanzionatorio interno al modello 231 non sia interamente rimesso, alla luce delle soverchie criticità che le società incontrano, a scelte discrezionali di autonormazione privata.

Particolare rilevanza è posta sulla necessità di rafforzare il meccanismo premiale attualmente contemplato nel sistema 231 e ritenuto non soddisfacente dalle

imprese che lamentano, principalmente, (i) l'ampia discrezionalità giurisprudenziale nell'applicazione del Decreto e, quindi, la perdurante incertezza sul giudizio di idoneità concreta del modello organizzativo *ante factum* (derivante dalla carenza di parametri e criteri di valutazione dello stesso sufficientemente specifici e riconoscibili); (ii) la mancata previsione nel *corpus* normativo di strumenti di diversione processuale che tengano conto delle attività di collaborazione prestata dall'impresa dopo la commissione di un reato-presupposto e delle misure di prevenzione già adottate dalla stessa per un recupero della legalità all'interno dell'organizzazione aziendale; e (iii) l'assenza di una espressa valorizzazione – ai fini dell'eventuale giudizio di rimproverabilità della persona giuridica - del sistema di gestione dei rischi integrato o *multicompliance* e, quindi, di tutti i presidi, protocolli e strumenti di monitoraggio e controllo dei rischi di non conformità adottati nell'ambito del sistema di controllo interno.

Pertanto, le proposte di intervento legislativo ritenute auspicabili dall'angolo visuale delle società dovrebbero essere incentrate su una maggiore tipizzazione delle cautele organizzativo-gestionali richieste dal Decreto, sulla collaborazione processuale dell'ente (che presuppone, altresì, l'introduzione di uno specifico statuto normativo delle indagini interne informali), su logiche negoziali e modelli integrati di *compliance*.

In ottica *de lege ferenda*, dall'analisi dei dati emergono spunti utili per una prospettiva di emancipazione della responsabilità da reato degli enti rispetto a profili rimasti finora del tutto inesplorati e che potrebbero, invece, costituire la base per un rilancio della normativa, di cui verrebbe così rafforzata la funzione preventiva e al tempo stesso la capacità di assicurare agli enti effettive occasioni di dimostrazione dell'estraneità agli illeciti penali.

In conclusione, è necessario – alla luce della *ratio* costitutiva del Decreto - che l'ineluttabilità dell'azione punitiva e dell'addebito *contra societatem* si accompagni, in un sistema realmente equilibrato ed effettivamente proclive a logiche premiali, ad un accertamento giudiziale della responsabilità dell'ente di più ampia portata, che faccia leva anche su una colpevolezza da mancata reazione all'illecito e che, quindi, consideri tutti gli sforzi compiuti in buona fede dalla *corporation*, non solo in chiave

di *crime-prevention*, ma anche, al verificarsi del fatto penalmente rilevante, in termini reattivi sia sul versante investigativo-sanzionatorio che riparatorio interno.

Nota per il lettore*: gli articoli citati senza alcuna indicazione devono intendersi riferiti al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.*

CAPITOLO I

Il SISTEMA DISCIPLINARE: UNA INEDITA PROSPETTIVA PER RENDERE EFFETTIVI I MODELLI ORGANIZZATIVI

SOMMARIO: **1.** LA FINALITÀ DI PREVENZIONE E GESTIONE DEL RISCHIO REATO SVOLTA DAL SISTEMA DISCIPLINARE INTERNO AL MODELLO ORGANIZZATIVO – **2.** IL SISTEMA DISCIPLINARE NEL PROCEDIMENTO *DE SOCIETATE* – **3.** LA COSTRUZIONE DI UN IDONEO SISTEMA DISCIPLINARE "231": PRINCIPI GENERALI – **3.1.** *SEGUE*: BREVI CENNI IN MATERIA DI DESTINATARI DEL SISTEMA DISCIPLINARE – **3.2.** *SEGUE*: LE CONDOTTE CENSURABILI AI FINI DELL'ATTIVAZIONE DEL SISTEMA DISCIPLINARE – **3.3.** *SEGUE*: IL CATALOGO DELLE SANZIONI DISCIPLINARI CONCRETAMENTE APPLICABILI – **4.** IL PROCEDIMENTO DISCIPLINARE: ACCERTAMENTO DELLE VIOLAZIONI E COMPETENZA SULL'APPLICAZIONE DELLE SANZIONI – **5.** L'IMPORTANZA DI UN EFFICACE SISTEMA DISCIPLINARE AI FINI DEL "RECESSO ATTIVO" DELL'ENTE – **6.** IL "RECESSO ATTIVO" COME CAUSA DI ARCHIVIAZIONE PER L'ENTE – **7.** LA SANZIONE DISCIPLINARE *ANTE DELICTUM*: NUOVO PARAMETRO PER MISURARE LA COLPA DI ORGANIZZAZIONE DELL'ENTE? – **8.** SANZIONE DISCIPLINARE *POST FACTUM* E RIPARAZIONE/RIORGANIZZAZIONE DELL'IMPRESA – **9.** *SEGUE*: RILEVANZA DEL SISTEMA DISCIPLINARE IN AMBITO CAUTELARE.

1. LA FINALITÀ DI PREVENZIONE E GESTIONE DEL RISCHIO REATO SVOLTA DAL SISTEMA DISCIPLINARE INTERNO AL MODELLO ORGANIZZATIVO

L'idea portante di questo lavoro è che il sistema disciplinare interno ai modelli organizzativi, che come noto costituiscono l'architrave su cui si fonda il complesso sistema della responsabilità da reato degli enti, dovrebbe rappresentare il punto di forza

dei modelli medesimi[2], data l'evidente funzione preventiva che tale sistema riveste[3]. Le sanzioni disciplinari, difatti, per natura e finalità, «non trovano il loro fondamento nelle regole generali dei rapporti contrattuali, non sono assimilabili alle penali di cui all'art. 1382 c.c., e non hanno una funzione risarcitoria ma, grazie a una portata afflittiva innanzitutto sul piano morale», servono a «diffidare dal compimento di ulteriori violazioni (…)»[4].

Calando il discorso in ambito societario, la funzione precipua delle sanzioni disciplinari è proprio quella di scongiurare l'eventualità della condotta contraria alle regole di comportamento e ai principi etici adottati dall'imprenditore, attraverso la prospettazione di una futura reazione nei confronti di chi ne sia stato l'autore[5]. Proprio in ragione della predetta finalità preventiva e non meramente punitiva[6], il sistema

---

[2] In dottrina è stato affermato che la previsione di un efficiente sistema di sanzioni all'interno dell'organizzazione aziendale «è indicativo di una parziale privatizzazione dell'amministrazione della giustizia penale» e rappresenta «un utile supporto che si affianca al sistema sanzionatorio governativo per perseguire le sue medesime finalità»: in questi termini, C. De Maglie, *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa. Crisi e innovazioni nel diritto penale statunitense*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*,1995, p. 150 ss.

[3] Così L. Antonetto, *Sistemi disciplinari e soggetti apicali ex d.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2006, p. 57 s.

[4] Cass. civ., Sez. lav., 17 agosto 2011, n. 11153, in *Arch. civ.*, 2001, p. 1356 e in *Riv. crit. dir. lav.*, 2001, p. 1356.

[5] Così E. Ginevra, *Le sanzioni disciplinari degli amministratori di S.p.a. ex art. 6 d.lgs. 231/2001*, in Aa.Vv., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber Amicorum Antonio Piras, Giappichelli, 2010, p. 696. In questo senso, v. anche S. Mainardi, *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, UTET Giuridica, 2012, p. 89 s., il quale evidenzia che per dar luogo alla sanzione disciplinare non occorre affatto un danno: lo scopo della stessa infatti «non è quello di risarcire un danno che l'infrazione possa aver cagionato, o di ristabilire l'equilibrio patrimoniale alterato dall'inadempimento, come dimostra il fatto che alcune sanzioni non hanno affatto contenuto patrimoniale (es. ammonizioni orali o scritte) o, anche quando rilevano un valore economico (es. multa), tale valore non è commisurato al danno (…)».

[6] V. C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d. lg. n.231/2001)* (parte I), in *Cass. pen.*, 2013, p. 388 ss. Per l'Autore «il sistema disciplinare costituisce un elemento deputato a rafforzare l'efficacia dissuasiva e pedagogica del modello: soprattutto, ne assicura l'effettività». Per L. Pellegrini, *Il sistema disciplinare del d.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2022, p. 63, sul piano funzionale, occorre rilevare come le sanzioni che possono essere adottate ai sensi del sistema disciplinare interno al modello organizzativo «si innervino su logiche più *cautelative* che *cautelari*, mirando addirittura ad anticipare (nella prospettiva di evitarle) le violazioni penali (e lo strumentario sanzionatorio amministrativo/penale ad esse connesse) […]». Nelle *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo*, a cura di Confindustria, giugno 2021, p. 71, si evidenzia che «un sistema disciplinare volto a sanzionare comportamenti già di per sé costituenti reato finirebbe per duplicare inutilmente le sanzioni poste dall'ordinamento statale (pena per la persona fisica e sanzione *ex* decreto 231 per l'ente). Invece, ha senso prevedere un apparato disciplinare se questo opera come presidio interno all'impresa, che si aggiunge e previene l'applicazione di sanzioni "esterne" da parte dello Stato. Invero, il sistema disciplinare completa e rende effettivo il modello organizzativo, il cui fine è di evitare che vengano commessi reati, non reprimerli quando siano già stati commessi». Le *Linee Guida* sono reperibili su reperibili su https://www.confindustria.it/wcm/connect/68e8ada9-cbfa-4cad-97db-

disciplinare dovrebbe prima di tutto operare come deterrente per l'apicale o per il dipendente che saprebbe di andare incontro ad una sanzione certa se non orientasse la sua condotta alla legalità. L'effetto psicologico della rappresentazione della sanzione avrebbe la capacità di dissuadere dal compimento dell'attività illecita, orientando, o meglio determinando a comportamenti collettivi conformi alle linee programmatiche e alle regole aziendali decise ed applicate dalla società. L'apparato disciplinare, dunque, se effettivo ed efficace, dispiegherebbe, per il sol fatto di essere previsto, un'efficacia general-preventiva. Senza considerare che l'attuazione di un sistema disciplinare idoneo a prevenire i reati comporterebbe una riduzione dei costi e delle spese connesse all'avvio della "macchina" della giustizia penale.

Va in ogni caso evidenziato come la previsione di principi etici, regole comportamentali e operative finalizzate alla prevenzione del rischio interno di condotte criminali – espressione della capacità di autoregolamentazione riconosciuta agli enti dal legislatore – perderebbe di efficacia se non avesse come *pendant* la positiva imposizione di sanzioni disciplinari proporzionate in ipotesi di violazione dei primi[7].

Nella prospettiva che ci occupa, il sistema sanzionatorio può assumere una rilevanza cruciale nel perseguimento della funzione di prevenzione del modello organizzativo poiché, al pari delle regole cautelari e operative previste nei c.d. protocolli e procedure di attuazione del modello stesso, agisce sull'ipotizzato meccanismo di produzione del reato cercando di impedirne la realizzazione attraverso l'individuazione e la sanzione di quelle condotte che potrebbero costituire le sue fasi preparatorie oppure essere strettamente funzionali alla sua commissione o al

82ba3cc3e963/Position+Paper_linee+guida+modelli+organizzazione_giugno2021_Confindustria.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=ROOTWORKSPACE-68e8ada9-cbfa-4cad-97db-82ba3cc3e963-nFyjPuZ

[7] V. E. Ginevra, *Le sanzioni disciplinari degli amministratori di S.p.a. ex art. 6 d.lgs. 231/2001*, cit., p. 697; S. Mainardi, *Codici etici nella prevenzione dei reati di lavoratori e collaboratori, modello organizzativo e sistema disciplinare*, in Aa.Vv., *Modelli organizzativi ai sensi del D.Lgs. n. 231/2001 e tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, a cura di D. Fondaroli-C. Zoli, Giappichelli, 2014, p. 117. V. S.M. Corso, *Il codice disciplinare di fronte alla responsabilità delle persone giuridiche: riflessi lavoristici*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, p. 302 e 313, per il quale sussiste «una stretta correlazione tra esercizio del potere disciplinare e completezza del m.o.g., quasi come se il primo costituisse una *species* del più ampio *genus* «cultura dell'organizzazione» concretizzatosi nel modello organizzativo». Dello stesso Autore, *Lavoro e responsabilità di impresa nel sistema del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giappichelli, 2015, p. 394 ss.

consolidamento dei suoi risultati. Questo aspetto merita di essere approfondito, perché foriero di implicazioni, non solo teoriche, di estremo interesse.

Come osservato icasticamente dalla dottrina, lo scopo delle regole cautelari contenute nel modello organizzativo è quello di intervenire sull'ipotizzato meccanismo di produzione dell'illecito impedendo il verificarsi di condotte prodromiche rispetto all'evento lesivo, che «rappresentano sotto-eventi dei decorsi causali tipicamente alla base della realizzazione dell'evento astratto previsto dalla fattispecie penale»[8].

Ove si consideri che nell'ambito delle imprese talune condotte contrarie alle regole di comportamento e alle misure organizzative intese a prevenire un reato presupposto – ma non sanzionate penalmente o in via amministrativa – potrebbero disporsi a prodromo di eventuali reati, ancorché non integranti nemmeno il tentativo punibile *ex* art. 26, appare di tutta evidenza che il sistema disciplinare richiesto dal Decreto deve essere, in una prospettiva finalistica, orientato a neutralizzare e sanzionare non solo comportamenti tali da far sorgere la responsabilità a carico della società per reati commessi nel suo interesse o vantaggio ma, soprattutto, comportamenti anomali o pericolosi, posti in esser magari pure per negligenza ovvero imperizia e anche in assenza di un qualunque attuale ed effettivo pregiudizio dell'ente, purché in grado di compromettere o comunque attenuare il ruolo di prevenzione del modello[9].

Un sistema disciplinare realmente idoneo ed efficacemente applicato dovrebbe essere attivato, dunque, prima che venga commesso il reato presupposto: sarebbe riduttivo considerare il sistema sanzionatorio interno al modello organizzativo solo in termini di repressione di un illecito già integrato. Le condotte prodromiche, in sé e per sé considerate, potrebbero non essere autonomamente perseguibili ovvero non

[8] G. Lunghini, *L'idoneità e l'efficace attuazione dei modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001*, in Aa.Vv., *I modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001 – Etica di impresa e punibilità degli enti*, a cura di C. Monesi, Giuffrè, 2005, p. 253.

[9] V. A. Bernasconi, *L'esimente: il modello organizzativo per i reati degli "apicali"*, in A. Presutti-A. Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti*, seconda edizione, Giuffrè, 2018, p. 125; P. Ielo, Compliance programs*: natura e funzione del sistema delle responsabilità degli enti. Modelli organizzativi e d.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2006, p. 113; S. Lombardi, *Il modello organizzativo di gestione e controllo e l'organismo di vigilanza* ex *d.lgs. 231/01*, Cedam, 2020, p. 139 ss.; A. Bernasconi-E. Beghé, *Sistema disciplinare per soggetti apicali, apparato sanzionatorio e stock options: profili problematici*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2007, in particolare p. 46; R. Lottini, *Le principali questioni in materia di modelli di organizzazione di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. n. 231 del 2001*, in *Giur. merito*, 2013, p. 2255.

integrare gli estremi di un reato presupposto e, altresì, essere poste in essere da un soggetto diverso dall'eventuale autore del reato[10]. Si pensi, a mero titolo di esempio, (i) alla condotta consistente nell'omessa supervisione o vigilanza sui dipendenti sottoposti gerarchicamente circa la corretta ed effettiva applicazione delle procedure interne previste nel modello organizzativo e, in caso di violazione, anche di lieve entità, delle stesse, nell'omessa segnalazione o tolleranza da parte del superiore gerarchico oppure (ii) alla mancata formazione e/o all'omessa comunicazione ai dipendenti sottoposti gerarchicamente in merito ai processi regolati da protocolli aziendali relativi ad attività sensibili nel cui ambito possono essere commessi reati presupposto o, infine, (iii) alla violazione degli obblighi di informazione nei confronti dell'Organismo di Vigilanza (di seguito, anche "OdV") previsti nel modello organizzativo[11].

Proprio in questo senso, il sistema sanzionatorio interno si pone in strettissima connessione con la funzione preventiva e di vigilanza del modello organizzativo[12]. Ed è soprattutto su tale aspetto che il sistema sanzionatorio deve incidere: l'irrogazione della sanzione disciplinare deve estendersi – in un'ottica precauzionale ed in fase *ante delictum* – a tutti i comportamenti, commissivi od omissivi, devianti dalle regole di condotta e di controllo del modello 231, disincentivando anche le semplici irregolarità che potrebbero far maturare tra i dipendenti la falsa rappresentazione di una condizione anomica all'interno della *societas*. Invero, l'inerzia dell'ente di fronte al comportamento non conforme e, quindi, l'omesso intervento repressivo e sanzionatorio a livello disciplinare, potrebbero indurre il lavoratore a considerare la

[10] Sul punto, v. L. Antonetto, *Sistemi disciplinari e soggetti apicali ex d.lgs. 231/2001*, cit., p. 59, il quale evidenzia come le «condotte prodromiche non necessariamente sono ascrivibili allo stesso soggetto autore del reato (…)» e che un malintenzionato «può approfittare dell'occasione inconsapevolmente offerta dalla negligenza altrui e questa può essere anche banale».

[11] V. A. Maresca, *Compliance Programs e diritto del lavoro. Alcune brevi notazioni*, in Aa.Vv., *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. First Colloquium*, a cura di A. Fiorella-A. M. Stile, Jovene, 2012, p. 67.

[12] Così A. Sereni, *L'ente guardiano. L'autorganizzazione del controllo penale*, Giappichelli, 2016, p. 104, il quale sottolinea come l'apparato disciplinare costituisca «una variabile dipendente dalla sostenibilità di regole e di controlli previsti nel modello, nel senso che il peso delle sanzioni rispecchia anzitutto il livello di pressione dell'impianto complessivo dell'organizzazione: il grado di complessità e ramificazione delle regole la cui violazione si disponga a prodromo di eventuali reati "presupposti"». Per L. Antonetto, *Sistemi disciplinari e soggetti apicali ex d.lgs. 231/2001*, cit., p. 58, il sistema disciplinare deve essere soprattutto orientato a sanzionare condotte prodromiche alla commissione di un reato poiché rispetto ai fatti che costituiscono reato «finirebbe per porsi come un pleonastico "doppione" dei preminenti precetti penali di riferimento (…)».

sua condotta come corretta o, perlomeno, accettabile all'interno dell'organizzazione aziendale[13].

Anticipando una riflessione che più oltre verrà sviluppata, ciò spiega per quale motivo i sistemi disciplinari previsti dal Decreto debbano necessariamente prevedere una articolata sequenza di sanzioni *ad hoc*, comprensive di quelle conservative del rapporto di lavoro (per inadempimenti che non si ritenessero di una gravità tale da determinare il licenziamento o la sanzione espulsiva della revoca), adeguatamente commisurate alla gravità della violazione commessa.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte appare evidente che l'effettiva attività di prevenzione del sistema disciplinare è perseguita, quindi, non solo nella sua prospettiva punitiva nei confronti del responsabile e, più in generale, intimidatoria nei confronti della generalità dei lavoratori ma anche, e soprattutto, attraverso la sua capacità di neutralizzazione dei meccanismi genetici del reato. In questa ultima ipotesi in cui, pertanto, il delitto presupposto non venga consumato dal suo autore e non raggiunga nemmeno i presupposti del tentativo, il sistema disciplinare agirebbe - come detto - in funzione special preventiva: la sua attivazione a fronte di una inosservanza o infrazione del modello di lieve entità o, comunque, non rilevante penalmente, servirebbe proprio ad evitare di esporre la società ad una (eventuale e futura) responsabilità ai sensi del Decreto, oltreché a ristabilire una adeguata organizzazione interna conforme alle regole aziendali e ai precetti cautelari determinati dall'ente.

Sotto altro ma connesso profilo, un sistema disciplinare che non sia soltanto idoneo in astratto ma anche effettivamente applicato e ben radicato nella complessa organizzazione dell'ente fatta di plurimi livelli gerarchici, articolati processi decisionali, diversi sistemi informativi e molteplici strutture aziendali operative, rappresenta anche un efficace sistema di vigilanza e monitoraggio del funzionamento del modello 231 poiché in grado di segnalare, seppur indirettamente, le aree di rischio nell'attività della società, le situazioni di criticità, i processi che possono presentare

[13] Per un caso di condanna dell'ente datore di lavoro per non aver represso una prassi aziendale rischiosa, non impedita, ripetutamente tollerata cfr. Trib. Milano, Sez. IX pen., 3 marzo 2014, *inedita*. Per un commento della sentenza, v. S M. Corso, *La responsabilità del committente persona fisica e persona giuridica per un infortunio sul lavoro all'interno di locali di appartenenza*, in *Indice pen*., 2015, p. 117.

punti di debolezza e le lacune organizzative non adeguatamente presidiate dalle procedure e dai protocolli di *compliance* aziendale[14].

I sistemi disciplinari rappresentano un utile supporto per valutare *ex post* le misure concrete adottate nell'ambito dell'organizzazione aziendale per il contenimento del rischio di commissione dei reati presupposto, per individuare eventuali elementi sintomatici della commissione di illeciti e punti di debolezza delle procedure e processi di attuazione del modello, per verificare, più in generale, che i comportamenti quotidiani dei destinatari del modello 231 rispettino effettivamente quelli codificati e, conseguentemente, che le attività di informazione e formazione effettuate sia ai livelli apicali che a quelli operativi siano state realmente efficaci, anche in termini di effettiva conoscenza dei presidi di comportamento nello svolgimento delle prestazioni lavorative o contrattuali.

Inoltre, se l'efficace attuazione del modello organizzativo richiede una sua verifica periodica e l'eventuale modifica quando siano scoperte significative violazioni delle prescrizioni da parte dell'organismo a ciò deputato (*i.e.* l'Organismo di Vigilanza), appare evidente che tale verifica e, ancor di più, l'eventuale modifica o aggiornamento del modello - anche attraverso un rafforzamento della mappatura delle attività sensibili e dei processi strumentali - possono e devono passare anche attraverso le "risultanze" di un sistema disciplinare efficacemente applicato, in quanto strumento capace di "stimare" se siano stati raggiunti gli obiettivi che tale impianto prevenzionistico si prefiggeva e, in caso negativo, di indicare con quali modalità una regola cautelare (consistente in un obbligo di fare o di non fare) sia rimasta disattesa senza che vi sia stato da parte dei soggetti a ciò preposti un puntuale controllo sulla sua osservanza. In questo ambito, il sistema disciplinare interno al modello 231 svolge anche una funzione che potremmo definire di "autotutela" (sebbene in senso atecnico), consistente nel ristabilimento del corretto funzionamento dell'organizzazione aziendale e lavorativa per fronteggiare il rischio reato.

Dalle considerazioni sin qui svolte, emerge chiaramente l'attenzione che a questa componente del modello organizzativo dovrebbe essere assicurata e che,

[14] V. L. Pellegrini, *Il sistema disciplinare del d.lgs. 231/2001*, cit., p. 64. Per l'Autore il sistema disciplinare assume, tra l'altro, «il valore di 'spia segnaletica' dell'efficacia ed effettiva applicazione del Modello, smascherando quelle strutture – o meglio quegli 'orpelli' – per lo più cosmetiche».

invece, non appare garantita dalle scarne indicazioni che, come si vedrà nel successivo paragrafo, si rinvengono nel Decreto.

2. Il SISTEMA DISCIPLINARE NEL PROCEDIMENTO *DE SOCIETATE*

Ai fini dell'efficace attuazione del modello organizzativo il Decreto richiede, come in precedenza rilevato, la predisposizione di un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto dei principi, delle misure e delle regole comportamentali indicate in esso e nelle relative procedure, tanto nei confronti dei soggetti in posizione apicale (art. 6, comma 2, lett. e) del Decreto), quanto nei confronti dei soggetti sottoposti all'altrui direzione e controllo (art. 7, comma 4, lett. b), senza ulteriori indicazioni.

Non si tratta dell'unico caso in cui il legislatore ha previsto una relazione tra sistema disciplinare e modello organizzativo: con riguardo al settore antinfortunistico, infatti, l'art. 30, comma 3, d.lgs. n. 81/2008 (Testo unico della sicurezza) stabilisce che il modello di organizzazione e gestione che voglia essere «idoneo ad avere efficacia esimente» deve in ogni caso prevedere «un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle norme indicate nel modello»[15].

Peraltro, la legge 30 novembre 2017, n. 179[16], che, tra le altre cose, ha introdotto nel Decreto, nell'ambito di un complesso di misure dedicate al c.d.

---

[15] Al riguardo, occorre osservare che dall'art. 3, comma 4, del d.lgs. n. 81/2008 (ai sensi del quale le disposizioni del decreto *de quo* si applicano a tutti i lavoratori e lavoratrici, subordinati e autonomi, nonché ai soggetti ad essi equiparati), si evince la necessità di contemplare un sistema disciplinare applicabile a tutti i soggetti che si trovino ad operare nell'ambiente di lavoro dell'ente, a prescindere dalla tipologia di contratto stipulato con la società.

[16] Legge n. 179/2017, recante "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". In materia, v. M. Corti-G. Varraso, *Whistleblowing*, in Aa.Vv., *Compliance - Responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di D. Castronuovo-G. De Simone-E. Ginevra-A. Lionzo-D. Negri-G. Varraso, Wolters Kluwer, I edizione, 2019, p. 1731 ss.; S. M. Corso, *La Direttiva UE 2019/1937 sul* whistleblowing *e le possibili ricadute nel diritto interno*, in *Lav. giur.*, 6/2020, p. 600; G. Invernici, Sub *Artt. 5-6-7* – Whistleblowing *(§ E)*, in Aa.Vv., *Compliance - Responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di D. Castronuovo-G. De Simone-E. Ginevra-A. Lionzo-D. Negri-G. Varraso, Wolters Kluwer, I edizione, 2019, p. 228 ss.; M. A. Bartolucci, *Per chi suona il fischietto? Qualche nota sul c.d. paradosso del whistleblowing tra «autore» e «osservatore» in "ambito 231"*, in Aa.Vv., *Responsabilità degli enti: problematiche e prospettive di riforma a venti anni dal d. lgs. 231/2001*, fasc. monotematico *Giurisprudenza pen.*, 2021-1BIS, p. 143; G. M. Evaristi, Whistleblowing, *tutela dell'anonimato e*

"*whistleblower* privato", il comma 2-*bis*, lett. d), all'interno del richiamato art. 6, specifica che il sistema disciplinare deve prevedere sanzioni nei confronti di chi viola le misure di tutela del segnalante (*i.e.* obbligo di riservatezza dell'identità del *whistleblower* e divieto di atti ritorsivi o discriminatori) e, in un'ottica di bilanciamento dei contrapposti interessi tra segnalante e segnalato, sanzioni nei confronti di chi effettua con dolo o colpa grave segnalazioni che si rivelano infondate. All'apparenza qui il sistema disciplinare sembrerebbe avere una diversa funzione, quella di garantire il segnalante, appunto. Ma, a ben vedere, anche in questo caso la previsione di adeguate sanzioni disciplinari rafforza la funzione prevenzionistica, attraverso la tutela di chi dovesse denunciare comportamenti illeciti o quanto meno anomali[17].

Come noto, l'allineamento alle novità introdotte dalla legge sul *whistleblowing*, ha reso necessario l'adeguamento, da parte delle società, dei propri modelli organizzativi al fine di prevedere, anche mediante l'adozione si specifiche procedure operative, l'implementazione di uno o più canali comunicativi (di cui almeno uno

processo penale: tra limiti costituzionali e orizzonti convenzionali, in *Dir. pen. e proc*., 7/2021, p. 970; A. Barbieri, Whistleblowing *e* Internal Investigation: *una prospettiva di collaborazione dell'ente*, in *Sist. Pen.*, fasc. 6/2020, p. 197; C. Manacorda, Whistleblowing: *verso una disciplina europea unitaria*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3/2018, p. 188; E. M. Mancuso, *Esigenze da bilanciare nel* whistleblowing, in *quotidianolavoro.ilsole24ore.com*, 6/8/2018; M. Martone, *La repressione della corruzione e la tutela del* whistleblower *alla luce della L. 30 novembre 2017, n. 179*, in *Argomenti Dir. Lav.*, 2018, 1, p. 61; I. Rotunno, *Il* whistleblowing: *criticità, soluzioni operative e prospettive*, in *Bilancio e Revisione*, n. 4/2020, p. 48; M. M. Scoletta, *Il fischietto silente: ineffettività del whistleblowing e responsabilità da reato della corporation. Appunti e spunti per un approccio empirico alla colpa di organizzazione*, in Aa.Vv., *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità - Atti del I Convegno annuale del Dipartimento di Scienze giuridiche "Cesare Beccaria"* - Milano, 18- 19 novembre 2019, a cura di A. Della Bella-S. Zorzetto, Giuffrè, 2020, p. 239; M. Pansarella, *Problematiche giuridiche ed organizzative del* whistleblowing *nei modelli 231*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2018, p. 275; M. Vitaletti, *Il lavoratore "segnalante" nell'impresa privata. Il perimetro della tutela del* "whistleblower", in *Dir. rel. ind.*, 2/2019, p. 492; F. D'Arcangelo, *Il* Whistleblowing, in A. Bassi-F. D'Arcangelo, *Il sistema della responsabilità da reato dell'ente. Disciplina e prassi applicative*, Giuffrè, 2020, p. 214; F. Coppola, *Il* Whistleblowing: *la "scommessa etica" dell'anticorruzione*, in *Dir. pen. e proc.*, 4/2018, p. 495; P. Novara, *Principali criticità della disciplina italiana in materia di* whistleblowing *alla luce della nuova direttiva europea: limitato campo di applicazione e scarsi incentivi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2020, p. 737.

[17] I modelli organizzativi devono prevede l'espresso divieto di atti di ritorsione o discriminatori, diretti o indiretti, nei confronti del segnalante per motivi collegati, direttamente o indirettamente, alla segnalazione. L'adozione da parte dell'ente di misure discriminatorie può essere denunciata all'Ispettorato nazionale del lavoro, per i provvedimenti di competenza, sia direttamente dal segnalante che dalla propria organizzazione sindacale. Ai sensi del nuovo comma 2-*quater* dell'art. 6, il licenziamento ritorsivo o discriminatorio del *whistleblower* è nullo, così come il mutamento di mansioni ai sensi dell'art. 2103 c.c. e ogni altra misura adottata in risposta alla segnalazione effettuata. Infine, nel caso di controversie legate all'irrogazione di sanzioni disciplinari o all'adozione di ulteriori misure organizzative, successive alla segnalazione, con effetti negativi sulle condizioni di lavoro del segnalante (demansionamenti, licenziamenti, trasferimenti), il datore di lavoro ha l'onere di dimostrare che esse sono fondate su ragioni estranee alla segnalazione stessa.

telematico) che consentano ad amministratori, dirigenti e collaboratori, sia subordinati che autonomi, di presentare segnalazioni circostanziate di presunte condotte illecite, rilevanti ai sensi del Decreto, o di violazioni del modello organizzativo di cui siano venuti a conoscenza in ragione delle funzioni svolte. Tutti i canali comunicativi implementati dall'ente dovranno, inoltre, garantire la riservatezza dell'identità del segnalante in tutte le attività di gestione della segnalazione.

In tale contesto non può sottacersi come la previsione di canali interni di segnalazione di illeciti o violazioni del modello, rappresenti un elemento centrale del sistema di controllo interno, nel quale «varie "strutture organizzative" apportano il proprio contributo all'obiettivo generale di un'organica attività di supervisione dell'attività gestoria»[18] e si ponga in stretta connessione con il sistema disciplinare. L'adeguatezza e l'effettività di quest'ultimo dipendono, infatti, anche dall'esistenza di un adeguato sistema di veicolazione delle denunce, che permetta la tempestiva emersione di fenomeni criminali e di qualsivoglia comportamento deviante dalle regole di *compliance*, maturati spesso nell'ambito di organizzazioni aziendali ampie e complesse e che resterebbero altrimenti sommersi.

Al riguardo, la novella legislativa in materia di *whistleblowing* ha senza dubbio rafforzato la funzione deterrente e, soprattutto, preventiva del sistema disciplinare poiché, incentivando la collaborazione dei dipendenti a segnalare internamente, rende più agevole l'emersione non solo di condotte illecite ma anche di violazioni delle regole precauzionali autonormate dalla società nel modello 231 – dovute, per esempio, anche a negligenza o imperizia – che, per loro stessa indole, rappresentano un fattore di diffusione e autoreplicazione e potrebbero essere potenzialmente prodromiche o funzionali alla commissione di un reato presupposto[19]. In questa prospettiva, il processo di *whistleblowing* permetterebbe di rafforzare un ruolo proattivo (nel

[18] G. Catalano, *Organismo di Vigilanza e dinamica dei controlli interni: le novità del codice di autodisciplina alla luce della recente normativa e dell'esperienza americana*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2007, p. 23.

[19] Al riguardo, appare calzante, *mutatis mutandis*, la teoria criminologica delle "*broken windows*" (enunciata per la prima volta nel 1982 da due studiosi americani, Wilson e Kelling), riassumibile con la seguente metafora: una finestra rotta in un quartiere fornisce l'impressione di assenza di regole, invogliando a romperne altre e innescando una spirale di vandalismo che ha come epilogo il grande crimine. In altri termini, la tolleranza di violazioni di minore gravità corrode il senso civico della comunità e favorisce la diffusione di attività criminose più gravi. V. M. Caputo, *Colpevolezza della persona fisica e colpevolezza dell'ente nelle manovre sulla pena delle parti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 148.

neutralizzare o minimizzare il rischio di commissione di un reato presupposto), prima ancora che reattivo (nel sanzionare la condotta illecita), svolto dal sistema disciplinare.

Da questo rapido quadro d'insieme appare, dunque, evidente la cruciale importanza che il sistema disciplinare riveste, quale elemento strutturale indefettibile, per l'efficace attuazione di un idoneo modello organizzativo anche ai fini della sua efficacia esimente[20]. Ciò è confermato dalla stessa giurisprudenza che, con riguardo all'adeguatezza dei modelli organizzativi adottati dalle società, l'ha esclusa non solo in assenza di un sistema disciplinare, ma anche nell'ipotesi in cui l'apparato disciplinare concretamente adottato fosse lacunoso perché privo dell'esplicita declinazione delle sanzioni disciplinari (in particolare nei confronti dei soggetti apicali come, ad esempio, amministratori, direttori generali e *compliance officers*), oltre che degli illeciti sanzionabili sul piano disciplinare e della correlazione tra illecito e sanzione[21].

Tuttavia, nonostante la giurisprudenza abbia evidenziato l'importanza del sistema disciplinare nel giudizio sulla responsabilità degli enti, dalla prassi applicativa sembra emergere una scarsa consapevolezza da parte delle società dell'importanza dell'adozione di un adeguato apparato sanzionatorio ai fini dell'effettivo

---

[20] P. Sfameni, *La responsabilità delle persone giuridiche: fattispecie e disciplina dei Modelli di organizzazione, gestione e controllo*, in Aa.Vv., *Il nuovo diritto penale delle società – d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, a cura di A. Alessandri, Ipsoa, 2002, p. 87. V. N. Abriani-F. Giunta, *Il sistema disciplinare all'interno del modello di prevenzione dei reati di cui al d.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3/2013, p. 277; E. Ginevra-F. Forlani, *Le sanzioni disciplinari*, in Aa. V.v., *Compliance - Responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di D. Castronuovo-G. De Simone-E. Ginevra-A. Lionzo-D. Negri-G. Varraso, Wolters Kluwer, I edizione, 2019, p. 283 ss. Per G. De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, 2008, p. 65 e p. 176, la previsione di un efficace sistema disciplinare costituisce garanzia di effettività dei protocolli cautelari attuativi del modello «nel senso di un'autentica idoneità a prevenire la commissione dei vari tipi di reato coerenti con la specifica natura dell'attività d'impresa». Inoltre, per l'Autore la previsione e l'effettiva applicazione di sanzioni disciplinari rappresentano «il dato realmente indicativo di un'autentica volontà dell'ente collettivo di prevenire la commissione di reati al suo interno e di non considerare la predisposizione dei modelli organizzativi come un adempimento sacramentale, alla cui più o meno sapiente redazione letterale affidare le *chances* di impunità nel processo penale».

[21] Cfr., *inter alia*, Trib. Bari (ord.), 18 aprile 2005, in *Società* (Le), 2006, in particolare p. 366 con commento di S. Bartolomucci; Trib. Milano (ord.), 20 settembre 2004, in *Foro it*., 2005, II, p. 528 ss.; in *Corr. mer.*, 2005, 1, 85 ss., con commento di G. Lunghini, *Responsabilità amministrativa degli enti: soggetti, interessi infragruppo e requisiti di idoneità e di attuazione dei modelli*; Trib. Milano (ord.), 28 ottobre 2004, in *Foro it.*, 2005, II, p. 269; G.i.p. Trib. Napoli (ord.), 26 giugno 2007, in www.rivista231.it; con commento di M. Cardia, *I modelli organizzativi e la nozione di profitto del reato: le considerazioni del G.i.p. di Napoli*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4/2007, p. 163 ss.; G.i.p. Trib. Roma, 4 aprile 2003, in *Foro it*., 2004, II, p. 317 ss.; in *Cass. pen.*, 2003, p. 2803 ss., con nota di P. Di Geronimo, *Responsabilità da reato degli enti: l'adozione di modelli organizzativi* post factum *ed il commissariamento giudiziale nell'ambito delle dinamiche cautelari*; in *Riv. trim. dir. pen. econ*., 2004, p. 293, con nota di A. Nisco.

funzionamento del modello organizzativo. A tal riguardo, da un'indagine empirica condotta nel 2017 in collaborazione fra Confindustria e TIM S.p.A., in materia di adozione del modello di organizzazione e di gestione nelle piccole e medie imprese[22], si evince un dato allarmante. Malgrado l'espressa previsione del Decreto, circa un quinto delle imprese intervistate ha adottato un modello organizzativo completamente privo di un sistema disciplinare; il 31% lo ha previsto solo per le posizioni apicali mentre il 23% unicamente per i c.d. sottoposti; infine, nessuna impresa facente parte del campione selezionato ha individuato misure per sanzionare l'inosservanza del modello da parte dei soggetti terzi contraenti, dimostrando chiaramente di non aver compreso quanto sia rilevante per l'ente adottare un idoneo sistema disciplinare ad ampio spettro e modulato in funzione di tutti i diversi destinatari del modello organizzativo.

D'altra parte, la mera previsione di un sistema disciplinare interno al modello organizzativo non sarebbe comunque sufficiente: come noto, infatti, non basta l'introduzione solo "sulla carta" di un efficace sistema sanzionatorio, ma occorre anche l'*enforceability* di tale apparato disciplinare ogni qualvolta si verifichi un'infrazione delle misure indicate nel modello. In altre parole, se si vuole evitare che il sistema disciplinare sia come una "tigre di carta" e, quindi, non in grado di realizzare concretamente le proprie finalità, è necessario che ad una ipotizzata violazione delle norme programmatiche segua poi realmente da parte dell'ente una tempestiva e congrua reazione[23]. Solo in tal modo, infatti, l'apparato disciplinare adottato dalla società potrà essere effettivo indice di una *corporate culture* realmente orientata, all'interno dell'organizzazione aziendale, alla legalità dell'agire d'impresa e, quindi, antagonista rispetto a condotte illecite poste in essere da apicali e sottoposti che tale cultura contrastano o rinnegano.

---

[22] Il testo dell'indagine è visionabile in *https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/5399-una-recente-indagine-su-modelli-organizzativi-231-e-anticorruzione*, con commento di M. Vizzardi, *Una recente indagine su modelli organizzativi 231 e anticorruzione*.

[23] V. L. Antonetto, *Diritto del lavoro: i sistemi disciplinari e l'enforcement in azienda del modello organizzativo*, in Atti del Convegno AODV 231, 3 ottobre 2018, in *www.aodv231.it*. Per un caso in cui è stata riconosciuta – in relazione all'art. 7 - l'inadeguatezza del modello di organizzazione, gestione e controllo proprio in ragione dell'assenza di procedimenti disciplinari ed irrogazione di provvedimenti sanzionatori per comportamenti contrari a procedure operative nell'ambito di attività in cui si è poi concretizzato il rischio-reato, cfr. Trib. Genova, 15 maggio 2017, n. 2212, *inedita*, con commento di C. Uva-V. Gromis Di Trana, *La sentenza del tribunale di Genova relativa al crollo della torre dei piloti: i principi espressi rispetto alla normativa d.lgs. 231/2001 – profili generali e specifici nell'ambito delle imprese armatoriali e relative peculiarità*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2018, in particolare p. 252 s.

In quest'ottica di effettività e, quindi, di concreta esecuzione di quanto stabilito nel sistema disciplinare, un ruolo cruciale è svolto dall'Organismo di Vigilanza al quale compete il costante presidio dell'apparato disciplinare-sanzionatorio. Infatti, proprio perché il sistema disciplinare rientra tra gli elementi strutturali del modello organizzativo ed è altresì necessario, ai sensi dell'art. 7, comma 4, lett. b), per la sua efficace attuazione, l'adeguatezza e l'effettività dell'apparato sanzionatorio devono essere sorvegliati da tale organismo, dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, che, ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. b), ha il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curarne l'aggiornamento.

Sicché l'OdV - pur non disponendo di poteri disciplinari e sanzionatori diretti - può considerarsi l'organismo che, nell'ambito della citata attività di vigilanza sul funzionamento e l'osservanza dei *compliance programs*, evidentemente presidiati dal sistema disciplinare, e in quanto destinatario dei flussi informativi relativi al rispetto dei protocolli e delle procedure di attuazione del modello organizzativo, ha il potere/dovere di avviare un'investigazione interna su ogni presunta violazione del modello 231 o di possibile commissione di condotte che possano rilevare in termini di responsabilità dell'ente o di danni alla sua reputazione, nonché a fronte dell'eventuale notizia di indagini penali o della possibile instaurazione di un procedimento giudiziario. Come si avrà modo di approfondire nel corso del prosieguo del presente lavoro, nella sua attività di indagine finalizzata ad accertare la fondatezza e la causa dei fatti segnalati o rilevati, l'OdV potrà avvalersi di una o più funzioni aziendali (*in primis* la funzione *internal audit* ma anche la funzione *compliance*, la funzione di *security* e la funzione legale) ed eventualmente, se ritenuto opportuno, anche di esperti o periti esterni specificamente incaricati.

Qualora, al termine delle indagini, abbia raccolto elementi e circostanze tali da far emergere che i fatti oggetto di accertamento possano assumere rilevanza sotto il profilo disciplinare, l'OdV dovrà "promuovere" l'instaurazione del procedimento disciplinare da parte degli organi sociali e/o delle funzioni aziendali che risultino competenti in virtù dei poteri e delle attribuzioni loro conferiti dalla normativa applicabile, dallo Statuto e dai regolamenti interni delle società[24]. Una volta attivato

[24] V. M. M. Scoletta, Sub *Art. 6 – profili penalistici*, in Aa.Vv., *Compliance - Responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di D. Castronuovo-G. De Simone-E. Ginevra-A. Lionzo-D. Negri-G. Varraso,

il sistema sanzionatorio, l'OdV svolgerà, altresì, una funzione consultiva nel corso del procedimento di irrogazione dei provvedimenti disciplinari.

In ogni caso, l'OdV, al fine di assicurare efficacia e idoneità delle prescrizioni normative adottate internamente dall'ente per il perseguimento degli obiettivi che sono propri del modello organizzativo, dovrà valutare – in presenza di violazioni dello stesso che possano considerarsi significative[25] – la necessità o meno di formulare proposte di aggiornamento del *compliance program* che prevedano interventi correttivi e/o integrativi delle regole cautelari contemplate nei protocolli o procedure aziendali oggetto di infrazione.

Alla luce dell'analisi sin qui svolta, emerge plasticamente l'importanza che il sistema disciplinare riveste per garantire il buon funzionamento dell'organizzazione e il regolare svolgimento dell'attività di impresa.

Sennonché, è un dato di fatto - come abbiamo già avuto modo di rilevare - che le imprese non hanno sino ad oggi puntato, o non lo hanno fatto con convinzione, sul sistema disciplinare quale strumento di controllo del rischio reato. Non si può escludere che questo generale disinteresse sia dovuto - tra le possibili ragioni - al fatto che il Decreto non offre indicazioni specifiche in merito alle sue caratteristiche, impiegando per lo più formule di stile.

Se da un lato, l'analisi esegetica delle disposizioni del Decreto in materia di sistema disciplinare sembrerebbe indicare la sua assoluta rilevanza in quanto l'istituto *de quo* è collocato a chiusura del "cerchio", come strumento di effettività e garanzia dell'intero sistema prevenzionistico delineato dal legislatore del 2001, dall'altro, il suo contenuto è definito, ai citati articoli 6, comma 2, lett. e) e 7, comma 4, lett. b), soltanto

---

Wolters Kluwer, I edizione, 2019, in particolare p. 153. Cfr. G. Giordanengo-S. Valentini, *Le attività, i poteri e gli obblighi*, in Aa.Vv., *L'Organismo di Vigilanza nel sistema 231*, a cura di E. Di Fiorino-C. Santoriello, Pacini Giuridica, 2021, p. 145 ss.

[25] Per significative violazioni non si intende necessariamente la commissione di un reato, essendo sufficiente un comportamento deviante dal modello organizzativo tale da evidenziare che quest'ultimo non sia effettivamente riconosciuto e osservato nell'ambito dell'organizzazione aziendale, per cui non si ritiene possa essere sufficiente la sola "reazione" disciplinare nei confronti dell'autore, reputandosi altresì necessaria una modifica e/o integrazione delle regole di prevenzione del rischio reati presupposto. Per G. Giordanengo-S. Valentini, Capitolo VIII. *Le attività, i poteri e gli obblighi,* cit., in particolare p. 143, l'accertamento di violazioni significative è sintomo, in generale, «di un disallineamento del sistema 231 con il sistema azienda, non più in grado, evidentemente, di riconoscere ed osservarne i principi, minando, quindi, la sua fondamentale funzione di prevenzione del rischio di realizzazione di reati». V. P. Balzarini, *L'organismo di vigilanza*, in Aa.Vv., *Assetti Adeguati e Modelli Organizzativi nella* corporate governance *delle società di capitali*, opera diretta da M. Irrera, Zanichelli, 2016, p. 463.

in modo indiretto e in relazione ad un obiettivo da raggiungere, *i.e.* «sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello»[26]. Gli elementi che dovrebbero comporre il sistema disciplinare, infatti, non sono specificati in modo espresso ma solo attraverso un rinvio funzionale alla loro idoneità sanzionatoria.

L'assenza di indicazioni normative in merito ai criteri di implementazione di un apparato disciplinare idoneo con riferimento all'individuazione delle condotte censurabili e delle sanzioni applicabili, nonché ai soggetti cui compete la corrispondente iniziativa e l'esercizio del potere disciplinare rende gli enunciati sopra citati delle mere clausole generali[27]. Si è consapevoli del fatto che non si possa pretendere dal legislatore un dettagliato elenco dei presupposti del sistema disciplinare, anche in ragione dei differenti contesti imprenditoriali in cui il sistema dovrebbe essere adottato. Cionondimeno qualche indicazione in più sarebbe stata doverosa.

Il contenuto del sistema disciplinare, dunque, è interamente rimesso a scelte discrezionali di autonormazione privata e, pertanto, la valutazione da parte dell'ente in ordine all'idoneità del sistema disciplinare concretamente adottato non potrà che essere effettuata in astratto, in termini ipotetici, nel senso che, in sede di determinazione del suo contenuto e dei suoi profili strutturali, tale valutazione dovrà essere compiuta individuando quei requisiti, procedure e sanzioni che astrattamente – secondo il giudizio dell'ente e alla luce delle peculiari caratteristiche della struttura e organizzazione aziendale – appaiono in grado di consentire che ad una ipotizzata violazione delle regole comportamentali contenute nel modello 231 segua una tempestiva sanzione proporzionata al disvalore della condotta[28].

---

[26] V. T.E. Epidendio, *I modelli di organizzazione dell'ente*, in *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari,* di A. Bassi – T. E. Epidendio, Giuffrè, 2006, p. 235, dove si evidenzia che per il sistema disciplinare «non si assiste ad una mera delimitazione del contenuto in relazione ad uno specifico campo come avviene per i residui elementi che caratterizzano il modello».

[27] V. T.E. Epidendio, op. ult. cit., p. 236. Secondo l'Autore, gli articoli 6, comma 2, lett. e) e 7, comma 4, lett. b) svolgono una duplice funzione: «quella di individuare in modo indiretto specifici contenuti del modello da ritenersi essenziali per la sua costituzione» e quella di «costituire autonoma e concorrente fonte di legittimazione a prevedere determinate regole».

[28] Nelle Linee Guida dell'Associazione bancaria Italiana per l'adozione di modelli organizzativi sulla responsabilità amministrativa delle banche, febbraio 2004, p. 23, si evidenzia che in ordine alle caratteristiche del sistema disciplinare «il decreto legislativo non offre alcuna indicazione specifica, introducendo previsioni estremamente generali (…)». Sul sistema disciplinare in generale, v. M. Malavasi, *La struttura del sistema disciplinare nel modello organizzativo* ex. *D.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2010, p. 99; S. Lombardi, *Il modello organizzativo di gestione e controllo e*

Va inoltre considerato che, in questi primi vent'anni di applicazione del Decreto, è del tutto mancata una riflessione approfondita, da parte della dottrina e degli operatori del diritto, relativa alle caratteristiche del sistema disciplinare come strumento di prevenzione della realizzazione di condotte criminose all'interno delle società: con la conseguenza che gli enti si sono trovati completamente sguarniti di suggerimenti seri, efficaci ed effettivi. L'impressione, dunque, è che si sia persa un'occasione per realizzare gli ambiziosi obiettivi del Decreto attraverso uno strumento che avrebbe, invece, i numeri per contribuire alla neutralizzazione o, quanto meno al contenimento, di condotte illecite o potenzialmente tali. Ed è proprio per questo che, come si è già anticipato nelle battute finali del precedente capitolo, la nuova sfida del d. lgs. n. 231 del 2001 andrebbe giocata anche in questo sottovalutato campo.

Per farlo, non si deve perdere di vista che, a fronte del riconosciuto potere di regolamentazione dell'ente in tema di sistema disciplinare interno al modello organizzativo, il Decreto non affronta e, quindi, non risolve il problema dei rapporti del suddetto potere con le concorrenti disposizioni previste in materia di diritto del lavoro e di diritto societario[29] che si intersecano o possono intersecarsi con l'onere gravante sull'ente di identificare il contenuto e i requisiti di idoneità dell'apparto sanzionatorio interno al modello organizzativo. Tale lacuna normativa solleva una serie di criticità sul piano operativo che non sono state adeguatamente colmate né dalle riflessioni scientifiche né dalle decisioni giurisprudenziali, sicché le imprese tendono a ripiegare, nella predisposizione del sistema disciplinare di cui al Decreto, su schemi di matrice prettamente giuslavorista (specie mediante il diffuso rinvio alle prescrizioni del Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro applicato e alla legge n. 300/1970, c.d.

l'organismo di vigilanza ex d.lgs. 231/01, cit., p. 139 ss.; F. Tosello, *Sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello 231*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2010, p. 105; T. Epidendio, Sub *Art. 6*, in Aa.Vv., *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche (D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231)*, a cura di A. Giarda-E. M. Mancuso-G. Spangher-G. Varraso, Ipsoa, 2007, in particolare p. 76 ss.

[29] La redazione di un idoneo sistema disciplinare richiede, da un lato, uno studio interdisciplinare che coinvolga più settori del diritto (i quali talvolta non concordano sulle sanzioni applicabili) e, dall'altro, che gli strumenti tipici del diritto del lavoro e del diritto societario siano integrati dalle società con la diretta previsione di misure sanzionatorie "atipiche", per la cui applicazione potrebbero sussistere dubbi di legittimità alla luce dei limiti e dei vincoli posti dalle vigenti norme di legge che circoscrivono il potere disciplinare del datore di lavoro.

Statuto dei Lavoratori), i quali, essendo diversi per ispirazione, finalità e tecnica normativa, non sempre si conciliano con la *ratio* dell'intero sistema 231[30].

Su quest'ultimo punto sono necessarie due brevi puntualizzazioni. La prima riguarda la differente natura del sistema disciplinare di diritto del lavoro rispetto a quella del sistema disciplinare di cui al Decreto[31]: se con il procedimento disciplinare ispirato alla Contrattazione Collettiva e allo Statuto dei Lavoratori si mira a sanzionare, in riferimento al rapporto di lavoro e ai sensi degli artt. 2086, 2094, 2104 e 2016 c.c., la mancata diligenza o la violazione da parte del prestatore di lavoro delle disposizioni impartite dall'imprenditore, il procedimento disciplinare di cui al Decreto, per la sua funzione preventiva e deflattiva, mira a prevenire la commissione di condotte costituenti reato o comunque funzionali alla commissione di un illecito e, quindi, ad evitare che l'ente possa essere esposto a responsabilità[32].

A tal proposito, mentre per il sistema giuslavorista - che ha natura marcatamente privatistica in ragione del *corpus* normativo a cui rimanda - l'erogazione delle sanzioni da parte del datore di lavoro non costituisce un obbligo, ma un potere rimesso al libero apprezzamento del datore stesso[33], l'adozione di provvedimenti disciplinari nell'ambito dell'apparato sanzionatorio interno al modello organizzativo, svolgendo una funzione penal-preventiva, integra un vero e proprio onere per l'ente al fine dell'idonea ed efficace attuazione del *compliance program* concretamente adottato.

Siamo consapevoli che il tema delle differenze tra i due sistemi meriterebbe una trattazione diffusa, ma è altrettanto evidente che non è questa la sede per una disamina compiuta.

Pertanto, evidenziate, seppur brevemente, le differenze tra i due sistemi disciplinari, occorre sottolineare che l'assenza di una specifica regolamentazione dei

---

[30] In argomento, v. S. Mainardi, *Codici etici nella prevenzione dei reati di lavoratori e collaboratori, modello organizzativo e sistema disciplinare*, cit. p. 108.

[31] Invero, il sistema disciplinare interno al modello organizzativo si differenzia dal tradizionale sistema disciplinare utilizzato dalle aziende che è concepito e sviluppato con riferimento al rapporto di lavoro subordinato. V. in materia L. Pellegrini, *Il sistema disciplinare del d.lgs. 231/2001*, cit., p. 70 s.

[32] In argomento, con ampi riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza, S. M. Corso, *Il codice disciplinare di fronte alla responsabilità delle persone giuridiche: riflessi lavoristici*, cit., p. 297 ss.

[33] In argomento, per le differenze tra i due sistemi, v. D. Piva, *Il sistema disciplinare nel d.lgs. 231/2001: questo «sconosciuto»*, *Resp. amm. soc. enti*, 2/2013, p. 90 ss., in particolare p. 92; G. Zarrella, *Il sistema disciplinare nel D.Lgs. 231/2001: tra efficacia e difficoltà di concreta ed idonea attuazione*, in Aa.Vv., *Responsabilità degli enti: problematiche e prospettive di riforma a venti anni dal d. lgs. 231/2001*, fasc. monotematico *Giurisprudenza pen.*, 2021-1BIS, p. 167 ss.

requisiti, dei contenuti e dei criteri di valutazione del sistema disciplinare *ex* artt. 6 e 7 rappresenta un *vulnus* che non può essere completamente colmato rinviando al contenuto del sistema disciplinare di diritto del lavoro e agli strumenti offerti dal diritto societario e che lascia aperti molti interrogativi concernenti, da un lato e in generale, i limiti del potere disciplinare dell'ente ai sensi del Decreto, e, dall'altro, la concreta possibilità per la società di individuare nei confronti dei soggetti apicali e dei membri degli organi sociali una sequenza di sanzioni di tipo conservativo del rapporto di lavoro, adeguatamente articolata a seconda della gravità della violazione rilevata. Nel caso di dirigenti, infatti, le norme legislative e contrattuali di riferimento contemplano soltanto l'applicazione di sanzioni "espulsive" (*i.e.* licenziamento) mentre per i membri degli organi sociali non è possibile ricorrere all'apparato normativo e contrattuale tradizionalmente strutturato sulla base della sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato[34].

Alla luce delle considerazioni sopra esposte e per ciò che interessa ai fini del presente lavoro, occorre rilevare che, in un'ottica di prevenzione del rischio di compimento dei reati, le problematiche prospettate si riflettono, inevitabilmente, sulla capacità dell'ente non soltanto di adottare, bensì anche di efficacemente attuare, un idoneo sistema disciplinare in relazione all'accertamento di eventuali inosservanze o infrazioni del modello organizzativo e all'eventuale applicazione di adeguate sanzioni disciplinari.

Come si è potuto rilevare sopra, la disciplina del sistema sanzionatorio interno al modello si presenta complessa[35] e sebbene si potrebbe indagare se esperienze disciplinari relative ad altri settori regolamentati potrebbero trovare applicazione nel

---

[34] In argomento, v. L. Antonetto, *Sistemi disciplinari e soggetti apicali ex d.lgs. 231/2001*, cit., p. 61 ss.; A. Bernasconi, *L'esimente: il modello organizzativo per i reati degli "apicali"*, in A. Presutti - A. Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 128 ss.; A. Nicotera, *Modelli organizzativi e gestionali: l'esperienza di ASSTRA*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2006, in particolare p. 227, dove si evidenzia che in materia di sistemi sanzionatori per gli amministratori, non essendo possibile ricorrere «a sanzioni disciplinari, l'unica soluzione percorribile è apparsa quella di esplicitare nel contratto individuale gli inadempimenti ritenuti rilevanti»; A. Bernasconi-E. Beghé, *Sistema disciplinare per soggetti apicali, apparato sanzionatorio e stock options: profili problematici*, cit., in particolare p. 50 ss.; F. Tosello, *Sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello 231*, cit., in particolare p. 108 ss.; S. Bartolomucci, *Il modello di organizzazione e gestione con finalità penal-preventiva*, in *Corr. giur.*, speciale 2/2010, p. 5 ss., in particolare p. 27 s.

[35] V. G. Lasco, Sub *Art. 6*, in G. Lasco-V. Loria-M. Morgante, *Enti e responsabilità da reato. Commento al d.lgs. 2001, n. 231*, Giappichelli, 2017, p. 102 ss. che si occupa, in particolare, delle problematiche legate al silenzio del d.lgs. 231/2001 in merito ai criteri da utilizzare per procedere all'individuazione delle condotte che devono essere censurate dal sistema disciplinare.

campo specifico oggetto di esame, la materia è ancora tutta da esplorare e molti sono i nodi interpretativi che non hanno trovato soluzione[36].

3. LA COSTRUZIONE DI UN IDONEO SISTEMA DISCIPLINARE "231": PRINCIPI GENERALI

Nel precedente paragrafo è stato evidenziato che gli artt. 6 e 7 non forniscono esaurienti indicazioni atte ad indirizzare le aziende nella costruzione di un idoneo sistema disciplinare, efficiente ed efficace per la prevenzione del rischio di commissione di comportamenti illeciti, avendo particolare riguardo alle condotte rilevanti ai fini dell'integrazione dei c.d. reati presupposto.

Considerata la laconicità del Decreto *in subiecta materia*, si può provare a individuare i requisiti che il sistema disciplinare "231" dovrebbe possedere, partendo dalle poche indicazioni della dottrina al riguardo[37] e dalle pronunce giurisprudenziali che si sono succedute in altri settori del diritto, in particolare quello giuslavoristico, che possono risultare applicabili, in quanto compatibili, con riferimento allo specifico sistema disciplinare oggetto della presente analisi[38]. Il tentativo è, quindi, quello di ricavare, soprattutto da altri contesti giuridici che si sono occupati della materia, elementi e criteri utili che, trascendendo per la loro generalità dallo specifico ambito di applicazione, possano aiutare l'ente a colmare la lacuna del Decreto, il quale rimette totalmente all'interprete la concreta redazione del sistema sanzionatorio a presidio del modello organizzativo[39].

---

[36] V. P. Sfameni, *La responsabilità delle persone giuridiche: fattispecie e disciplina dei Modelli di organizzazione, gestione e controllo*, cit., p. 100 ss., dove si richiama, a titolo esemplificativo «l'istituto della sospensione (…) conosciuto nell'ambito del diritto bancario e specificamente disciplinato dalla Banca d'Italia, con proprie istruzioni».

[37] N. Abriani - F. Giunta, *Il sistema disciplinare all'interno del modello di prevenzione dei reati di cui al d.lgs. 231/2001, cit.*, in particolare p. 271 ss.; A. Bernasconi, *L'esimente: il modello organizzativo per i reati degli "apicali"*, in A. Presutti-A. Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 125; L. Antonetto, *Sistemi disciplinari e soggetti apicali ex d.lgs. 231/2001*, cit., p. 55 ss.; S. M. Corso, *Il codice disciplinare di fronte alla responsabilità delle persone giuridiche: riflessi lavoristici*, *cit.*, p. 297 ss.; F. Tosello, *Sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello 231*, cit., p. 105; M. Malavasi, *La struttura del sistema disciplinare nel modello organizzativo* ex. *D.lgs. 231/2001*, cit., p. 99.

[38] V. L. Pellegrini, *Il sistema disciplinare del d.lgs. 231/2001*, cit., p. 68 ss.

[39] V. S. Mainardi, *Codici etici nella prevenzione dei reati di lavoratori e collaboratori, modello organizzativo e sistema disciplinare*, cit., p. 116, il quale sottolinea che la dimensione prevenzionistica

Innanzitutto, secondo l'orientamento consolidato della Corte Costituzionale[40], l'esercizio di un qualsiasi potere disciplinare riferito allo svolgimento di un rapporto di lavoro subordinato ovvero autonomo e professionale deve sempre conformarsi al principio di proporzione e gradualità[41]. La sanzione applicata deve essere proporzionata alla violazione rilevata: devono quindi escludersi automatismi sanzionatori che pretermettano l'indefettibile valutazione dell'addebito. La proporzionalità dovrà essere valutata, nel contesto delle circostanze che in concreto hanno connotato l'accadimento del fatto addebitato, alla stregua di due criteri: (i) la gravità della violazione e (ii) la tipologia di rapporto di lavoro (subordinato, parasubordinato, dirigenziale ecc.), tenuto conto della specifica disciplina sottostante sul piano legislativo e contrattuale.

A tal fine, deve ritenersi che l'ente – nella valutazione della gravità delle violazioni commesse nell'ambito dell'organizzazione aziendale – non potrà omettere un accertamento sui seguenti fattori: intenzionalità del comportamento da cui è scaturita l'inosservanza o l'infrazione del modello organizzativo o il grado della colpa; negligenza, imprudenza o imperizia dimostrate dall'autore in sede di commissione dell'infrazione, specie in riferimento alla effettiva possibilità di prevedere e/o prevenire l'evento; rilevanza, gravità ed eventuali conseguenze dell'inosservanza o della infrazione del modello 231 (misurabili in relazione al livello di rischio cui la società è esposta e diversificando, quindi, tra comportamenti non conformi e/o violazioni che non hanno comportato esposizione a rischio o hanno comportato modesta esposizione a rischio e violazioni che hanno comportato una apprezzabile o significativa esposizione a rischio, sino alle violazioni che hanno integrato un fatto di

---

nella quale si collocano le prescrizioni del Decreto in materia di sistema disciplinare amplia in maniera rilevante la gamma di interessi cui l'apparato sanzionatorio d'azienda risulta funzionale, «probabilmente sfuggendo al circolo chiuso dei soli interessi contrattuali ed organizzativi del datore di lavoro (…)».

[40] Corte Cost., 1° giugno 1995, n. 220. Per un commento della sentenza, v. G. L. Conti, *Nota in materia di sanzioni disciplinari nel pubblico impiego*, in *Giur. it.*, 1996, p. 1606 ss. Cfr. Cass. civ., Sez. un., 29 maggio 1995, n. 6401, in *Foro it.*, 1995, I, p. 1778; Cass. civ., 3 aprile 2003, n. 5213, in *Mass. giur. lav.*, 2003, 537; in *Lav. Giu.*, 2003, p. 735. In argomento, v. A. Musella-O. Formenti, *I modelli di organizzazione e l'OdV*, in Aa.Vv., *Responsabilità amministrativa degli enti (D. lgs. 231/01)*, a cura di F. Sbisà-E. Spinelli-Studio Legale Bonelli Erede *with* Lombardi, Wolters Kluwer, 2020, p. 96 ss.

[41] Per Corte Costituzionale, 1° giugno 1995, n. 220, cit., il principio di proporzione « rappresenta una diretta espressione del generale canone di ragionevolezza (*ex* art. 3 Cost.), coniugato alla tutela del lavoro e della dignità del lavoratore (artt. 4 e 35 Cost.)». Sul punto, tra le tante, v. Cass. civ., Sez. lav., 3 aprile 2003, n. 5213, cit.

rilievo penale); posizione rivestita dal soggetto agente all'interno dell'organizzazione aziendale, specie in considerazione del suo livello di responsabilità gerarchica e/o tecnica; eventuali circostanze aggravanti e/o attenuanti che possano essere rilevate in relazione al comportamento tenuto dal soggetto cui è riferibile la condotta contestata (ad esempio, recidiva del soggetto agente, necessità di assumere decisioni in condizioni di urgenza, ecc.); concorso di più soggetti, in accordo tra loro, nella commissione della violazione; altre particolari circostanze del caso concreto.

Stando alla stessa lezione di costituzionalità sopra citata, strettamente connesso al principio di proporzione è il principio del contraddittorio, secondo cui la valutazione dell'addebito, necessariamente prodromica all'esercizio del potere disciplinare, richiede il necessario coinvolgimento del soggetto interessato, al quale deve essere formulata la tempestiva contestazione scritta, affinché lo stesso possa poter addurre, in tempi ragionevoli, osservazioni e argomentazioni a sua difesa. Pertanto, il sistema disciplinare interno al modello organizzativo dovrà espressamente prevedere un procedimento di accertamento dell'infrazione e di (eventuale) irrogazione della sanzione disciplinare che sia rispettoso, in ogni sua fase, della regola *audiatur et altera pars*.

Inoltre, in tale procedimento deve essere rispettato il principio di immutabilità della contestazione [42] al fine di evitare che il datore di lavoro possa modificare i fatti e/o il titolo della contestazione disciplinare.

Come evidenziato nelle Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo di Confindustria[43] (di seguito, "Linee Guida"), sebbene i principi di proporzione e del contraddittorio siano enunciati espressamente con riferimento al sistema disciplinare dei sottoposti-lavoratori subordinati (art. 2106 c.c. e art. 7 dello Statuto dei Lavoratori), la giurisprudenza costituzionale, come

[42] V. L. Antonetto, *Sistemi disciplinari e soggetti apicali* ex *d.lgs. 231/2001*, cit., p. 60. Per l'Autore deve considerarsi connesso al principio del contraddittorio quello di *immutabilità* della contestazione a garanzia effettiva del diritto di difesa. Così Cass. civ., Sez. lav., 13 maggio 2005, n. 10058, in *Dir. prat. lav.*, 2005, p. 2094; in *Guida al dir.*, 2005, p. 42 ss.; in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, p. 601, con nota di A. Sartori, *La Cassazione estende ai dirigenti il principio di immodificabilità dei motivi del recesso*; in *Dir. prat. lav.*, 2006, p. 270, con nota di G. Mannacio, *Tutela dei dirigenti e sanzioni disciplinari*, dove, invocando e sviluppando la citata lezione di Corte Cost., 29 maggio 2005, n. 200, si evidenzia che il principio di immutabilità della contestazione nel procedimento disciplinare «non deve venire pretermesso per consentire al datore di lavoro di modificare i fatti e/o il titolo della contestazione disciplinare addotti e/o contestati nella fase pregiudiziale e/o giudiziale del relativo procedimento».

[43] Confindustria (a cura di), *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo* (di seguito, "Linee Guida"), giugno 2021, p. 71 s.

rilevato in precedenza, ne ha sancito l'applicabilità nello svolgimento di qualsiasi rapporto di lavoro (anche autonomo), essendo sufficiente che in capo ad un soggetto si configuri il potere di incidere negativamente nella sfera giuridica di un altro soggetto resosi responsabile di un comportamento negligente o colpevole[44].

Sempre ai fini del pieno svolgimento del contraddittorio, la giurisprudenza civilistica ha evidenziato l'importanza di assicurare, nella redazione di un idoneo sistema sanzionatorio, la corretta applicazione del principio di tipicità e specificità[45], per cui, nell'esercizio del potere disciplinare, la contestazione dell'addebito deve avere per oggetto fatti specifici.

Altresì mutuabile dalla tradizione giuslavorista è il principio di tempestività ed immediatezza della contestazione dell'addebito che risponde all'esigenza di evitare che colpevoli ritardi da parte dell'ente siano finalizzati a precludere od ostacolare l'esercizio dei diritti di difesa[46].

Un ulteriore principio generale al quale il sistema disciplinare interno al modello organizzativo deve rispondere per essere considerato idoneo è quello dell'autonomia[47]. Infatti, per le precipue finalità perseguite, il sistema disciplinare *de*

---

[44] Così Linee Guida, cit., p. 51. Con riferimento al principio del contraddittorio nei procedimenti disciplinari nei confronti dei dirigenti, la giurisprudenza giuslavoristica ha ribadito che le garanzie procedimentali previste dallo Statuto dei lavoratori debbono essere riconosciute anche a questi ultimi, qualunque sia la collocazione assunta dagli stessi nell'ambito dell'organizzazione aziendale e, perciò, indipendentemente dall'essere soggetti aventi posizione apicale o meno (v. Cass. civ., Sez. un., 30 marzo 2007, n. 7880, in *Foro it*., 2007, I, p. 3471).

[45] V. Cass. civ., Sez. lav., 30 giugno 2005, n. 13998, in *Dir. e giust.* 2005, 36, p. 39; in *Giust. Civ. Mass.* 2005, 6 , dove si afferma che «nell'esercizio del potere disciplinare la contestazione dell'addebito deve avere per oggetto fatti specifici, attesa la funzione di garanzia a tutela del diritto di difesa del lavoratore cui è preordinata l'immutabilità, degli stessi fatti, anche ai fini del pieno svolgimento del contraddittorio».

[46] Sulla tempestività delle contestazioni disciplinari, cfr., , in particolare, Cass., 11 gennaio 2006, n. 241, in *Guida al lav.*, 8/2006, p. 35, per cui «la *ratio* del principio della immediatezza della contestazione disciplinare va individuata nell'esigenza che siano osservate la regola della buona fede e della correttezza nell'attuazione del rapporto di lavoro, le quali non permettono all'imprenditore di procrastinare la contestazione medesima, in modo da rendere impossibile o eccessivamente difficile la difesa del lavoratore». V. G. Ferraro, *Il potere disciplinare dell'imprenditore nei confronti dei propri lavoratori subordinati*, in *Impresa*, 2003, p. 6; B. De Mozzi, *Le Sezioni Unite si pronunciano sulle conseguenze sanzionatorie della violazione del principio di immediatezza nella contestazione d'addebito (nota a Cass. civ. Sez. Unite Sent., 27 dicembre 2017, n. 30985)*, in *ADL*, 3/2018, p. 804.

[47] Nella prassi, il sistema disciplinare è inserito nella "parte generale" del modello organizzativo. Al riguardo, si è diffusa la tendenza tra le società a strutturare il modello in due parti: una "parte generale", che descrive la società e il sistema di *governance*, richiama il codice etico e riporta i contenuti e gli impatti del Decreto, le caratteristiche generali del modello, le sue modalità di adozione, aggiornamento e applicazione, i compiti dell'Organismo di Vigilanza, il sistema disciplinare, nonché le attività di formazione e informazione e una "parte speciale", che descrive nel dettaglio, con riferimento agli specifici processi sensibili e alle tipologie di reato ad essi associabili, la mappa delle attività sensibili

quo «si aggiunge a quello eventualmente esterno penale o amministrativo»[48] dovendo sanzionare qualsiasi infrazione del modello organizzativo e delle procedure ad esso correlate indipendentemente dal fatto che da quella violazione sia scaturita la commissione di un reato[49] e che il comportamento imputato al lavoratore (sia egli subordinato, in posizione apicale o collaboratore) integri una violazione da cui scaturisca o possa scaturire un procedimento penale e/o l'applicazione di eventuali sanzioni di altra natura[50]. Ne consegue che la valutazione disciplinare effettuata dall'ente-datore di lavoro non deve coincidere con quella eventuale del giudice in sede penale essendo indipendente dall'esito del relativo procedimento.

Inoltre, il sistema disciplinare deve essere formalizzato e adeguatamente divulgato insieme al modello organizzativo[51]: deve quindi costituire oggetto di adeguata informazione e puntuale formazione per tutti i destinatari del modello in virtù del principio della pubblicità delle infrazioni e delle sanzioni disciplinari, espresso dall'art. 7, comma 1, dello Statuto dei Lavoratori. Stante il silenzio del legislatore in materia, parte della dottrina ha proposto, oltre all'affissione del sistema disciplinare in

---

nel cui ambito possono essere commessi i reati previsti dal Decreto, nonché il sistema dei controlli posti a presidio e tutela di tali attività.

[48] Trib. Bari (ord.), 18 aprile 2005, cit., p. 366. Sull'indipendenza fra il procedimento disciplinare e quello penale, v. da ultimo, Cass. civ., Sez. lav., 28 agosto 2018, n. 21260, in *Diritto & Giustizia*, fasc.148, 2018, pag. 6, con nota di R. Dulio, *La Cassazione ribadisce l'autonomia tra procedimento penale e procedimento disciplinare*. V. A. Sandulli, *L'illegittimità costituzionale della sanzione disciplinare «automatica»* (Nota a Corte Cost., 21 gennaio 1999, n. 2), in *Giur. cost.*, 1999, p. 17 ss.

[49] Per G. Lasco, Sub *Art. 6*, in G. Lasco-V. Loria-M. Morgante, *Enti e responsabilità da reato. Commento al d.lgs. 2001, n. 231*, cit., p. 103, ciò dipende dal fatto che «le regole di condotta imposte dal Modello sono assunte dall'azienda in piena autonomia indipendentemente dall'illecito che eventuali condotte possano determinare. A ciò si aggiunga, poi, che l'individuazione delle condotte da sanzionare deve avvenire in un'ottica di prevenzione, in fase anticipatoria alla realizzazione di un reato-presupposto».

[50] V. Trib. Bari (ord.), 18 aprile 2005, cit., p. 366.

[51] G. Stalla, *Reati societari presupposto della responsabilità amministrativa delle società: aspetti comuni e differenze rispetto alla disciplina fondamentale del d.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2006, p. 143. L'Autore evidenzia che «il presupposto perché possa parlarsi di un valido sistema disciplinare è tuttavia dato dalla presenza, a monte, di un efficace sistema di diffusione e conoscenza interna delle regole di prevenzione (…). A seconda delle dimensioni dell'ente e del numero degli addetti, le forme di divulgazione potranno essere le più varie (riunioni, circolari, bollettini, richiesta di compilazione di questionari, creazione di appositi siti e forum aziendali in intranet, posta elettronica, ecc.), a condizione che siano tali da raggiungere tutti i comparti interessati (con particolare riguardo alla formazione dei nuovi entrati)». V. C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d. lg. n.231/2001)* (parte I), cit., 387*;* S. Figurati, *I nuovi profili di responsabilità delle persone giuridiche: aspetti lavoristici e disciplinari*, intervento al convegno di studi Unione Industriale Torino - AGAT - AIGI del 6 ottobre 2005, in *www.rivista231.it*; Id., *Il sistema sanzionatorio interno al modello di cui al decreto 231/01*, intervento al seminario "Responsabilità delle persone giuridiche ex D.lgs 231/2001 e modelli organizzativi" organizzato dall'Unione Industriale di Torino in data 25.2.2008, in *www.rivista231.it*.

luogo accessibile a tutti, la consegna ai suoi destinatari di una copia del modello organizzativo all'interno del quale è espressamente disciplinato l'apparato sanzionatorio, con rilascio di una dichiarazione di «ricevuta e presa visione»[52]. Al riguardo, considerata la complessità e lunghezza del testo che disciplina il sistema sanzionatorio interno al *compliance program*, si deve ritenere non opportuna e, altresì, inefficace, la sua affissione nelle bacheche aziendali analogiche dove, considerato lo spazio accessibile, sono normalmente affissi avvisi o documenti brevi e, comunque, di un numero limitato di pagine.

Alla luce dell'evoluzione tecnologica che ha portato le società, soprattutto negli ultimi anni, ad adottare, con sempre maggiore frequenza, strumenti informatici di comunicazione con i propri dipendenti, si potrebbe allora pensare, in luogo della consegna materiale di una copia cartacea del sistema disciplinare, alla pubblicazione dello stesso sulla intranet aziendale con annessa e obbligatoria sottoscrizione di presa visione da parte di ciascun dipendente. Tuttavia, anche in questa ipotesi, l'acquisizione da parte della società di una dichiarazione di presa visione non garantirebbe l'effettiva conoscenza e la piena comprensione delle prescrizioni in materia (il dipendente potrebbe, ad esempio, leggere velocemente il testo, saltare alcuni passaggi o comunque non avere piena contezza sia dei presupposti, in fatto e in diritto, per l'applicazione delle sanzioni sia delle norme disciplinanti la relativa procedura di irrogazione) [53].

---

[52] Così R. Salonia-C. Petrucci-S. Taddei, *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e sistema disciplinare*, inserto di *Dir. Prat. Lav.*, n. 5/2005, p. XI. In senso conforme, O. Capparelli-L. Lanzino, *Sistema disciplinare e meccanismi sanzionatori*, in *Modelli di gestione del rischio e* compliance ex *D.Lgs. 231/2001*, Ipsoa, 2016, p. 107. In giurisprudenza, *inter alia*, per la necessità dell'affissione del codice disciplinare v. Cass. civ., Sez. lav., 13 settembre 2005, n. 18130, in *Or. giur. lav.*, 2005, I, p. 597, con nota di A. Sartori, dove si evidenzia che tale onere sussiste soprattutto per le sanzioni conservative in quanto per quelle espulsive il potere di recesso dell'imprenditore, in presenza di una giusta causa o di un giustificato motivo, è previsto direttamente dalla legge; Cass. civ., Sez. lav., 1° settembre 2003, n. 12735, in *Not. Giur. lav.*, 2004, p. 304; Trib. Bari, 22 giugno 2009, in *Lav. giur.*, 2009, p. 1287;Trib. Pesaro, 13 marzo 2009, in banca dati *PlurisOnLine*. A favore della «previsione di corsi di *training* dei destinatari del sistema sanzionatorio» si esprime P. Ielo, Compliance programs*: natura e funzione del sistema delle responsabilità degli enti. Modelli organizzativi e d.lg. 231/2001*, cit., p. 113. In argomento, v. Linee Guida, cit., p. 72. In giurisprudenza si è rimarcato come i corsi di formazione debbano essere differenziati a seconda dei destinatari (dipendenti, operatori in aree a rischio, membri dell'Organismo di Vigilanza ecc.). Inoltre, l'azienda deve prevederne il contenuto, la frequenza, l'obbligatorietà della partecipazione e stabilire controlli di frequenza e di qualità sul contenuto dei programmi di formazione. Così Trib. Milano, 20 settembre 2004, cit.

[53] V. S. M. Corso, *Il codice disciplinare di fronte alla responsabilità delle persone giuridiche: riflessi lavoristici*, cit., in particolare p. 300 s. (nota 7), il quale evidenzia che l'ottenimento da parte dell'ente di una dichiarazione di "ricevuta e presa visione" della copia cartacea del sistema disciplinare è una soluzione che, tra l'altro, non garantisce affatto che la ricevuta con le relative attestazioni rifletta la

In ogni caso, accanto a iniziative aziendali di informazione e comunicazione, si deve ritenere sempre necessaria una specifica e qualificata attività di formazione, quale componente indispensabile e imprescindibile per l'effettiva attuazione del sistema di prevenzione del rischio reato[54] e, in tale ambito, di un adeguato sistema disciplinare "231".

D'altra parte, l'effettiva conoscenza delle finalità, soprattutto di quella preventiva, dell'apparato sanzionatorio interno al modello organizzativo, delle fattispecie punibili, dei provvedimenti disciplinari irrogabili dall'ente-datore di lavoro (in particolare per quanto concerne le sanzioni conservative atipiche e, quindi, non previste espressamente dalla legge), non può che passare attraverso mirate campagne di comunicazione e pubblicità, efficaci e continue *training activities* rivolte a tutto il personale (e diversificate, ad esempio, nei contenuti, nei tempi e nelle modalità di erogazione, a seconda della tipologia di destinatari e, in particolare, del ruolo, del grado e delle mansioni ricoperte) e specifiche iniziative di *on-boarding* nei confronti di tutti i dipendenti neo assunti[55].

L'attività di formazione (la cui partecipazione dovrà essere obbligatoria e potrebbe essere svolta sia in aula o "in presenza" sia in remoto con corsi *e-learning*)[56] dovrebbe poi essere periodicamente ripetuta e prevedere sempre un test finale di apprendimento che, qualora superato, attesti la fruizione e comprensione dell'attività di formazione svolta.

Inoltre, anche per il sistema disciplinare interno al modello organizzativo, occorrerebbe potenziare il c.d. *Tone from the Top* e, quindi, l'impegno e il

---

realtà o non mascheri una informativa apparente. Per l'Autore sicuramente è preferibile, anche in termini di efficacia, un'informazione/formazione affidata ad un esperto che richiami l'attenzione del lavoratore su quanto richiestogli nell'espletamento delle sue mansioni, oltre a quanto contrattualmente previsto.

[54] F. Ledda-P. Ghini, *L'importanza delle attività di comunicazione, formazione e informazione per l'efficacia del sistema 231*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4/2009, p. 149 ss.

[55] Per C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d. lg. n.231/2001)* (parte I), cit., p. 387, «negli enti di grandi dimensioni, appare opportuno elaborare un'apposita procedura, che disciplini gli snodi del percorso formativo e le funzioni coinvolte». Inoltre, la formazione deve essere ispirata ai criteri di continuità ed intensità e «inserirsi in un progetto pianificato da sottoporre al parere dell'OdV». V. P. Ghini, *La formazione sul modello 231: contenuti e metodi per garantire effettività e concretezza*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2015, p. 295 ss.; E Pintucci, *Disciplina e formazione: come trasformare l'applicazione del codice disciplinare del Modello 231 in occasione di apprendimento e crescita dei dipendenti*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2014, p. 293 ss.

[56] V. D. Piva, *Qualche riflessione a margine del documento Cndcec-Confindustria-Cnf-Abi: suggerimenti per le aziende su costruzione dei modelli e organismo di vigilanza nell'ottica della difesa in giudizio*, cit., in particolare p. 59.

coinvolgimento di tutti gli apicali e *senior manager* a diffondere e promuovere, all'interno del tessuto organizzativo, una cultura aziendale orientata alla legalità che possa essere altresì garantita da un'effettiva consapevolezza e coscienza da parte di tutti i dipendenti dell'esistenza e del funzionamento dell'impianto disciplinare 231.

In tale contesto, si deve ritenere che nelle attività di informazione e formazione dovrebbe essere riconosciuto, altresì, un ruolo significativo all'OdV, chiamato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli organizzativi[57].

In questa prospettiva, i membri dell'organismo potrebbero essere coinvolti, dalle funzioni aziendali (*in primis* Risorse Umane e *Compliance*) addette alla formazione, nella pianificazione di specifiche sessioni di *training* da riservare alle risorse aziendali. Non è da escludersi, soprattutto in ipotesi di componenti esterni dell'OdV dotati di elevata professionalità e di specifiche competenze per quanto attiene alla normativa delineata dal Decreto e alle problematiche ad esso connesse, il loro coinvolgimento nell'esecuzione di tali attività. In ogni caso, l'Organismo di Vigilanza dovrebbe essere tenuto a sovraintendere alla realizzazione delle attività informative e formative realizzate in materia dai responsabili aziendali competenti. Come sottolineato dalla dottrina[58], di primaria importanza è che dell'attività di formazione venga raccolta e custodita tutta la documentazione (compresa l'attestazione delle presenze, i test e i questionari effettuati dalla comunità aziendale) allo scopo di poter, qualora necessario, fornire i supporti necessari per dimostrare di aver ottemperato ad uno dei requisiti essenziali ai fini dell'efficace implementazione dell'impianto preventivo e disciplinare richiesto dal Decreto.

Infine, il sistema disciplinare deve essere coerente ed armonizzarsi con le norme, legislative e contrattuali, che disciplinano il rapporto intercorrente dall'ente con ciascuno dei soggetti destinatari dell'apparato sanzionatorio.

[57] V. G. Giordanengo-S. Valentini, *Le attività, i poteri e gli obblighi,* in Aa.Vv., *L'Organismo di Vigilanza nel sistema 231*, cit., in particolare p. 138 ss.
[58] G. Giordanengo-S. Valentini, op. ult. cit., in particolare p. 141.

3.1. *SEGUE*: BREVI CENNI IN MATERIA DI DESTINATARI DEL SISTEMA DISCIPLINARE

Delineati i principi generali ai quali deve ispirarsi l'ente nella costruzione del sistema disciplinare interno al modello organizzativo, si può procedere ora all'esame del perimetro soggettivo di applicazione, per poi approfondire, nel successivo paragrafo, le ulteriori questioni relative alla concreta predeterminazione da parte dell'ente delle infrazioni disciplinari e delle tipologie di sanzioni adottabili.

Con specifico riferimento ai destinatari del sistema sanzionatorio, come si evince in modo inequivoco dal testo del Decreto, si deve ritenere che lo stesso è chiamato ad operare nei confronti: (i) dei soggetti in posizione apicale, cioè di coloro che rivestono funzioni di rappresentanza, amministrazione o direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale, nonché di persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso[59] (v. art. 6, comma 2, lett. e); e (ii) dei cc.dd. sottoposti, cioè di coloro che sono soggetti all'attività di direzione e vigilanza degli apici[60] (v. art. 7, comma 4, lett. b)[61].

Il Decreto non offre, tuttavia, una specifica indicazione normativa al riguardo: resta, quindi, aperto l'interrogativo del possibile assoggettamento al sistema disciplinare di cui al Decreto di tutti quei lavoratori che non sono tenuti *ex lege* al rispetto del modello organizzativo adottato dall'ente, ma con il quale quest'ultimo si

[59] A titolo esemplificativo sono riconducibili nella categoria in parola: gli amministratori delegati, i componenti del consiglio di amministrazione nel sistema monistico (anche se non delegati e indipendenti) e i membri del consiglio di gestione del sistema dualistico, i direttori generali, l'impiegato con funzioni direttive, i preposti a sedi secondarie e, in caso di organizzazione divisionale, i direttori di divisione qualora dotati di autonomia finanziaria e funzionale ecc.

[60] All'interno di tale categoria rientrano sicuramente i lavoratori subordinati, ossia i dipendenti in senso stretto.

[61] Per l'individuazione dei soggetti rientranti nelle due categorie, v. F. Bordiga, Sub *Art. 5, 6 e 7 – profili aziendali*, in Aa.Vv., *Compliance - Responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di D. Castronuovo-G. De Simone-E. Ginevra-A. Lionzo-D. Negri-G. Varraso, Wolters Kluwer, I edizione, 2019, p. 299 ss.; A. Bernasconi, *La responsabilità dell'ente. I criteri di imputazione. Il gruppo di imprese.*, in A. Presutti-A. Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 72 ss.; O. Di Giovine, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in Aa.Vv., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, a cura di G. Lattanzi, Giuffrè, II ed., 2010, p. 56; F. D'Arcangelo, *I criteri di imputazione sul piano oggettivo*, in A. Bassi-F. D'Arcangelo, *Il sistema della responsabilità da reato dell'ente. Disciplina e prassi applicative*, cit., in particolare p. 112 ss.; G. Lasco, Sub *Art. 5*, in G. Lasco-V. Loria-M. Morgante, *Enti e responsabilità da reato. Commento al d.lgs. 2001, n. 231*, Giappichelli, 2017, p. 60 ss.

relaziona (si pensi, a mero titolo esemplificativo, ai lavoratori autonomi o collaboratori parasubordinati, ai fornitori, agli incaricati della revisione e del controllo contabile)[62].

In considerazione dell'obiettivo svolto dal sistema disciplinare di prevenzione del compimento di reati, va ritenuto che lo stesso debba trovare applicazione nei confronti di tutti coloro che collaborano all'attività-risultato dell'oggetto dell'impresa e/o il cui operato è in un qualche modo destinato ad avere conseguenze o ripercussioni – anche sotto l'aspetto reputazionale – nei confronti dell'ente.

L'apparato disciplinare andrebbe, pertanto, applicato a tutti i possibili destinatari del modello organizzativo e ad ogni soggetto che possa interagire con la società[63]: agli apicali (compresi i dirigenti che ricoprono altresì l'incarico di consigliere della società) e ai soggetti sottoposti (entrambe le categorie espressamente indicate dal Decreto), dovrebbero aggiungersi i lavoratori autonomi o parasubordinati[64] e altri soggetti terzi che collaborano, da esterni, con la società (qualora si siano espressamente impegnati per via pattizia a rispettare le prescrizioni del modello organizzativo), nonché i consiglieri non legati alla società da un rapporto di lavoro subordinato e i componenti del collegio sindacale[65].

Un discorso a parte meritano i membri dell'Organismo di Vigilanza[66] : il problema dell'assoggettabilità a sanzioni disciplinari dei componenti di tale organismo non è stato oggetto di particolare approfondimento da parte della dottrina e si rivela

---

[62] Sul punto, v. E. Ginevra-F. Forlani, *Le sanzioni disciplinari*, in Aa.Vv., *Compliance - Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., in particolare p. 285 ss.; A. Bernasconi-E. Beghé, *Sistema disciplinare per soggetti apicali, apparato sanzionatorio e stock options: profili problematici*, cit., in particolare p. 46 ss.; F. Tosello, *Sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello 231*, cit., p. 106 ss.

[63] Ogni comportamento in violazione delle previsioni del modello rappresenta, se accertato: (i) nel caso di dipendenti (inclusi i dirigenti), un inadempimento contrattuale in relazione alle obbligazioni che derivano dal rapporto di lavoro ai sensi degli artt. 2104 c.c. e 2106 c.c.; (ii) nel caso di membri del consiglio di amministrazione e di componenti del collegio sindacale, l'inosservanza dei doveri loro imposti dall'ordinamento e/o dallo statuto; (iii) nel caso di soggetti terzi, grave inadempimento contrattuale tale da legittimare, nei casi più gravi, la risoluzione di diritto del contratto ai sensi dell'art. 1456 c.c., fatta salva la possibilità di agire per ottenere il risarcimento del danno eventualmente subito.

[64] Si tratta di lavoratori legati al committente da un rapporto che, pur essendo autonomo, presenta alcune caratteristiche simili a quello di lavoro subordinato. A titolo meramente esemplificativo, rientrano nella categoria dei collaboratori parasubordinati: i lavoratori a progetto, i titolari di collaborazione coordinata e continuativa, i collaboratori occasionali ecc.

[65] Secondo l'orientamento prevalente in dottrina, i membri del collegio sindacale o di altri organismi di (puro) controllo non possono, infatti, essere considerati alla stregua di soggetti apicali, in quanto non esercitano, tra l'altro, funzioni di rappresentanza, amministrazione o direzione.

[66] Dopo le modifiche apportate dall'art. 14 della legge 12 novembre 2011, n. 183 (c.d. Legge di stabilità 2012) che ha introdotto all'art. 6 del Decreto il comma 4 *bis*, i componenti del collegio sindacale possono svolgere le funzioni dell'Organismo di Vigilanza.

alquanto complesso anche per la laconicità del dato normativo che disciplina i poteri e le funzioni dell'organismo *de quo*.

Al riguardo, particolarmente delicato risulta essere il profilo afferente all'esigenza di assicurare ai singoli componenti dell'OdV autonomia e indipendenza decisionale nello svolgimento delle proprie funzioni[67], atteso che la concreta previsione di un potere disciplinare dell'ente che si esplichi attraverso l'adozione di sanzioni di tipo conservativo (anche pecuniarie) nei confronti degli stessi, potrebbe teoricamente condizionarne l'operato.

Invero, l'eventuale attribuzione a un organo della società del potere di sanzionare l'OdV rischierebbe, da un lato, di minare la necessaria libertà di autodeterminazione e di azione dei suoi componenti, con pieno esercizio di poteri penetranti e delicati nell'espletamento delle proprie funzioni[68] e, dall'altro, di esporre l'apparato sanzionatorio interno al modello 231 al pericolo di un suo uso distorto che potrebbe verificarsi, ad esempio, nell'ipotesi in cui fosse attivato per esercitare pressione o, comunque, per orientare la condotta di un OdV sgradito ai vertici societari.

Prima di passare a prospettare una soluzione al problema oggetto di disamina, occorre mettere preliminarmente a fuoco, seppur brevemente nell'economia del presente lavoro, i profili dei poteri e della responsabilità dei componenti l'Organismo di Vigilanza[69], avendo la materia indubbi riflessi sul terreno dell'eventuale potestà disciplinare dell'ente nei confronti dei membri di tale organismo.

Al riguardo, occorre segnalare che la maggioranza della dottrina ritiene debbano essere estranei all'Organismo di Vigilanza poteri di intervento, alla stregua

[67] Al riguardo, viene considerato necessario il riconoscimento di uno specifico *budget*, al quale l'OdV possa attingere – senza necessità di previa autorizzazione ma fermo restando un obbligo di rendicontazione – per lo svolgimento dei propri compiti (si pensi al possibile conferimento di consulenze a professionisti esterni, che fossero ritenute necessarie per lo svolgimento di attività richiedenti competenze ulteriori rispetto a quelle proprie dei membri dell'OdV).

[68] V. N. Pisani, *I requisiti di autonomia ed indipendenza dell'organismo di vigilanza istituito ai sensi del d.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2008, in particolare p. 157.

[69] In materia v. A. Manico, *La responsabilità civile*, in Aa.Vv., *L'Organismo di Vigilanza nel sistema 231*, a cura di E. Di Fiorino-C. Santoriello, Pacini Giuridica, 2021, p. 177 ss., il quale in via preliminare evidenzia che l'OdV «non assume la qualifica di organo endosocietario tipico, con poteri di intervento finalizzati alla prevenzione di comportamenti irregolari o illeciti da parte di amministratori o dipendenti, bensì costituisce una mera unità organizzativa dell'ente (un ufficio), istituita su base volontaria e rimessa ad una valutazione di opportunità e prudenza gestionale».

di un'autorità di vigilanza, volti ad impedire o inibire il compimento di atti illeciti[70]: nondimeno, tale organismo si atteggia, sul piano funzionale, come uno strumento di controllo[71] sull'effettività e adeguatezza del modello organizzativo e delle regole cautelari autonormate contenute nei protocolli e nelle procedure di gestione delle attività sensibili, ossia di quelle attività nel cui ambito sussiste il rischio potenziale di commissione di un reato presupposto.

Allo stesso modo, pur non riconoscendosi all'OdV poteri disciplinari o sanzionatori diretti di eventuali violazioni del modello organizzativo[72], allo stesso competono poteri propositivi[73] e di accertamento disciplinare. Inoltre, secondo

[70] A. Gullo, *I modelli organizzativi*, in Aa.Vv., *Responsabilità da reato degli enti - Volume I Diritto sostanziale*, a cura di G. Lattanzi-P. Severino, Giappichelli, 2020, p. 282, il quale sottolinea che i poteri assegnati all'OdV, «lungi dal potersi qualificare come direttamente impeditivi, sono a ben vedere dotati di una valenza indiretta, dovendo passare qualsivoglia intervento realmente "bloccante" attraverso la mediazione degli organi societari effettivamente garanti». V. Mongillo, *L'Organismo di Vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell'ente: paradigmi di controllo, tendenze evolutive e implicazioni penalistiche*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4/2015, in particolare p. 101 ss.

[71] C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d. lg. n.231/2001)* (parte I), cit., in particolare p. 394. Sul punto, v. G. Giordanengo-S. Valentini, *Le attività, i poteri e gli obblighi*, in Aa.Vv., *L'Organismo di Vigilanza nel sistema 231*, cit., in particolare p. 135, dove si evidenzia che l'attività di vigilanza svolta dall'OdV, «che si sostanzia in una azione ispettiva, di controllo e di assistenza, in senso propositivo, all'organo dirigente, sarebbe sostanzialmente riconducibile a quella svolta dalla funzione di *Internal Auditing*, che svolge un'analoga «*attività indipendente e obiettiva di assurance e consulenza, finalizzata al miglioramento dell'efficacia e dell'efficienza dell'organizzazione*»».

[72] V. P. Sfameni, *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori ed organismo di vigilanza*, in *Riv. soc.*, 2007, in particolare p. 186 ss. L'Autore, tuttavia, evidenzia che «rientri nell'ambito dell'autonomia negoziale e organizzativa dell'organo amministrativo - o, secondo un'impostazione qui non condivisa, assembleare - la facoltà, non il dovere, di attribuire all'organismo di vigilanza poteri decisionali e di intervento più incisivi», tra i quali potrebbe rientrare l'ipotesi di una delega del potere di impedire determinate condotte irregolari o di irrogare sanzioni disciplinari. In questa ipotesi di delega di poteri cc.dd. "di reazione", «si porrebbe, tuttavia, l'ulteriore problema dell'applicabilità all'organismo di vigilanza della disposizione contenuta all'art. 40, comma 2, c.p. Secondo l'interpretazione preferibile, infatti, l'obbligo giuridico di impedire l'evento-reato potrebbe anche avere fonte negoziale». Per l'Autore, tuttavia, non esisterebbe in capo all'OdV (delegato) un'autonoma posizione di garanzia rilevante sul piano penalistico.

[73] Per A. Manico, *La responsabilità civile*, in Aa.Vv., *L'Organismo di Vigilanza nel sistema 231*, cit., p. 185, qualora l'OdV avesse prontamente rilevato e segnalato le carenze del *compliance program*, i suoi componenti saranno esenti da colpa nell'ipotesi di mancato aggiornamento del modello ad opera dell'organo amministrativo dell'ente e di conseguente commissione di un reato-presupposto.

l'opinione unanime di dottrina e giurisprudenza, dovrebbero escludersi poteri gestori e operativi[74], ciò al fine di preservare l'autonomia di giudizio dell'OdV[75].

Occorre, inoltre, svolgere qualche breve precisazione sul tema della responsabilità dell'OdV, nel caso in cui lo stesso non adempia correttamente all'incarico assegnatogli. Per ciò che interessa ai fini del presente lavoro, secondo l'orientamento dottrinale prevalente (quasi unanime), la responsabilità dei membri dell'OdV non potrà che essere di natura civilistica[76]. Pertanto, dovendosi fare riferimento alle regole generali contenute nel codice civile in tema di responsabilità contrattuale, i membri dell'OdV che omettano di svolgere in modo corretto la funzione

[74] V. C. Piergallini, *Globalizzazione dell'economia, rischio-reato e responsabilità* ex crimine *delle multinazionali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2/2020, p. 169, per il quale all'Organismo di Vigilanza «è preclusa qualsiasi attività di gestione, sia essa attiva che impeditiva. Tale divieto è funzionale alla salvaguardia e all'implementazione della imparzialità dell'organo, argine indispensabile per evitare insanabili conflitti di interesse».

[75] Così C. Frigeni-C. Presciani, Sub *Art. 5-6-7 – L'Organismo di Vigilanza (§ F)*, in Aa.Vv., *Compliance - Responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di D. Castronuovo-G. De Simone-E. Ginevra-A. Lionzo-D. Negri-G. Varraso, Wolters Kluwer, I edizione, 2019, in particolare p. 276.

[76] V. C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d. lg. n.231/2001)* (parte I), cit., in particolare p. 398 s., secondo il quale va rilevato che «l'istituzione dell'OdV è il frutto di un atto di autonomia privata e che, di regola, si ritiene che la volontà privata non possa creare nuovi obblighi penalmente sanzionati, ma soltanto trasferire su altri centri di imputazione l'esecuzione di una preesistente posizione di garanzia». Cfr. F. Camplani, *Il ruolo dell'organismo di vigilanza o compliance officer fra interpretazioni giurisprudenziali ed istanze di riforma*, in *Arch. pen.*, 3/2016, p. 1 ss.; C. Berti, *I "modelli di organizzazione e gestione" previsti dal d.lgs. n. 231/01: natura e inquadramento giuridico*, in *Contr. Impr.*, 2012, in particolare p. 1265 ss. Per l'Autore la responsabilità di ciascun componente dell'OdV è una responsabilità da inadempimento ad una fonte di obbligazione *ex lege* costruita sulla base delle previsioni contenute all'art. 6, comma 1°, lett. *b*) e *d*) del Decreto, così come integrate dai contenuti del modello. L'intensità del supposto inadempimento pur dovendo essere valutata caso per caso dovrà comunque basarsi su un sindacato da formulare *ex ante* avente ad oggetto la preventiva valutazione tanto dell'adeguatezza e idoneità del modello a concretamente prevenire i reati presupposto, quanto dell'adeguatezza e idoneità dei comportamenti dei membri dell'OdV a dare compiuta e corretta applicazione del modello. Tutto ciò anche in assenza di una espressa adesione negoziale dell'OdV, all'atto del suo concreto insediamento, ad un regime obbligatorio convenzionale dai più ampi contenuti. V. A. Baudino-L. Piovano, *La responsabilità civile dei componenti dell'organismo di vigilanza*, in Aa.Vv., *Modello organizzativo D.Lgs. 231 e organismo di vigilanza*, a cura di P. Vernero-M. Boidi-R. Frascinelli, Eutekne, 2019, p. 611 ss. Per A. Manico, *La responsabilità civile*, in Aa.Vv., *L'Organismo di Vigilanza nel sistema 231*, cit., p. 179 ss., «l'assenza di una posizione di garanzia in capo ai membri dell'Organismo di Vigilanza comporta l'inconfigurabilità sotto un profilo civilistico di ipotesi di responsabilità extracontrattuale a loro carico, salvo ovviamente le ipotesi di concorso *stricto sensu* nel reato medesimo». Inoltre, per l'Autore, con l'atto di nomina da parte dell'ente (e l'accettazione da parte dei singoli componenti) si instaura con l'OdV «un rapporto di prestazione d'opera, a prescindere dalla circostanza che tali figure siano soggetti esterni o interni all'ente e già legate allo stesso da attività lavorativa o consulenziale». Troveranno pertanto applicazione le norme generali in tema di responsabilità da inadempimento contrattuale (sarà necessario provare (i) la violazione di un obbligo o di un divieto contemplato dalla legge o dal contratto/incarico, (ii) la sussistenza di un danno e (iii) l'esistenza di un effettivo nesso causale tra il danno e l'inadempimento).

assegnata, potrebbero essere chiamati a rispondere nei confronti della società del danno alla stessa causato[77].

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, occorre a questo punto domandarsi quali potrebbero essere, in astratto, le ipotesi di violazione comportanti l'attivazione del sistema disciplinare nei confronti dell'OdV.

Nel silenzio del legislatore sul punto e in assenza di indicazioni da parte della dottrina, l'individuazione di tali ipotesi potrebbe essere ricercata, in prima battuta, nell'ambito delle cause di revoca dell'OdV espressamente contemplate dalle imprese nei propri *compliance programs*. A tal fine, sono stati analizzati circa trentacinque modelli organizzativi di società quotate: dall'indagine empirica condotta si evince che sono spesso richiamate - tra le diverse ipotesi di revoca – (i) la grave negligenza nell'adempimento dei propri compiti, come definiti nel modello organizzativo, (ii) la violazione del modello, (iii) la violazione degli obblighi di riservatezza in ordine alle notizie e informazioni acquisite nell'esercizio delle proprie funzioni, (iv) l'omessa o insufficiente vigilanza attestata – anche in via incidentale – in una sentenza di condanna o di patteggiamento (anche non passata in giudicato) a carico della società o di un altro ente in cui tale componente rivesta, o abbia rivestito, al momento dei fatti contestati, la carica di membro dell'organismo di vigilanza.

Occorre evidenziare che in alcuni dei modelli organizzativi oggetto di analisi, il sistema disciplinare include, tra i soggetti sanzionabili, i membri dell'OdV[78]. Al riguardo, nella maggior parte dei casi, è contemplata una previsione generica che richiama, in caso di violazione del modello organizzativo, l'assunzione nei confronti dei membri dell'OdV di *opportuni provvedimenti*, *ivi* compresa, in presenza dei relativi presupposti, la revoca dell'incarico. In altre ipotesi, invece, il sistema disciplinare prevede che la violazione del modello 231 da parte dei membri dell'OdV

[77] In merito alla possibilità che i componenti dell'Organismo di Vigilanza possano essere considerati responsabili nei confronti dei terzi danneggiati da un reato presupposto compiuto a causa di un *deficit* organizzativo e di vigilanza che avrebbe potuto essere evitato là dove l'OdV avesse esercitato in modo corretto e adeguato i propri compiti, l'orientamento dottrinale maggioritario ha dato risposta negativa, evidenziando, in genere, il ruolo meramente interno dell'Organismo di Vigilanza che non può ritenersi tutore di interessi generali di terzi. Sul punto, v. C. Frigeni-C. Presciani, Sub *Art. 5-6-7 – L'Organismo di Vigilanza (§ F)*, in Aa.Vv., *Compliance - Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., in particolare p. 278 e la dottrina *ivi* richiamata; G. Lasco, Sub *Art. 6*, in G. Lasco-V. Loria-M. Morgante, *Enti e responsabilità da reato. Commento al d.lgs. 2001, n. 231*, cit., p. 98.

[78] Vedi modello organizzativo di (i) Ferrovie dello Stato Italiane S.p.A. del 26 maggio 2020; (ii) Enel S.p.A. del 10 novembre 2016; (iii) Terna S.p.A. del 1° dicembre 2017; (iv) Astaldi S.p.A. del 2 luglio 2003 (aggiornato il 21 settembre 2017); (v) Enav S.p.A. del 26 febbraio 2019.

costituisce esclusivamente motivo di revoca per giusta causa da parte del consiglio di amministrazione (fatta salva la possibilità di un richiamo scritto per inadempimenti di lieve entità). Tale previsione, inoltre, rimanda espressamente alla parte generale del modello organizzativo relativa alla regolamentazione delle cause di ineleggibilità, decadenza e revoca dei componenti dell'OdV.

In nessuno dei modelli esaminati è previsto uno specifico elenco sia delle tipologie di infrazioni disciplinari che potrebbero essere compiute, sia delle sanzioni di tipo conservativo irrogabili nei confronti dei singoli componenti dell'Organismo di Vigilanza o di quest'ultimo nella sua interezza.

L'impressione è che l'inclusione di tali soggetti tra i destinatari del sistema disciplinare abbia più lo scopo di regolamentare il procedimento di un'eventuale revoca da parte del consiglio di amministrazione, piuttosto che la previsione di un effettivo potere sanzionatorio dell'ente a fronte di una tipizzazione di condotte censurabili, poste in essere dai componenti dell'OdV, che siano ulteriori a quelle espressamente previste nella parte generale del modello 231 specificamente dedicata all'OdV e, quindi, anche alla sua revoca per giusta causa (*i.e.* per ragioni connesse a gravi e precisi inadempimenti rispetto al mandato conferito).

Rebus sic stantibus, al fine di evitare ogni forma di interferenza, condizionamento e/o pressione sull'OdV e alla luce delle citate tipologie di violazione che lo stesso potrebbe porre in essere e che sono già nel modello organizzativo espressamente sanzionate con la misura della revoca (non risultando possibile una tipizzazione di infrazioni per gravità crescente tale da richiedere l'irrogazione delle meno afflittive sanzioni di tipo conservativo), si deve ritenere che i membri dell'organismo non dovrebbero essere destinatari del sistema disciplinare interno al modello 231.

Si spera che le provvisorie conclusioni qui raggiunte possano trovare ulteriore conforto alla luce di una possibile riforma del Decreto che intervenga, altresì, sull'esigua disciplina normativa in materia di poteri e statuto di responsabilità dell'OdV.

3.2. *SEGUE*: LE CONDOTTE CENSURABILI AI FINI DELL'ATTIVAZIONE DEL SISTEMA DISCIPLINARE

Come esaminato nel precedente paragrafo, l'ente deve dare pratica attuazione, nella costruzione e implementazione dell'apparato disciplinare di cui al Decreto, ad una serie di principi generali mutuati dal sistema giuslavoristico, la cui forza espansiva travalica i confini del rapporto di lavoro subordinato trovando applicazione anche nei confronti di soggetti diversi dai dipendenti in senso stretto.

Tra tali principi - abbiamo detto - particolare importanza rivestono quello della proporzione tra infrazioni e sanzioni e quello di tipicità e specificità. Ciò comporta che l'apparato sanzionatorio interno al modello organizzativo può essere considerato idoneo se, a seconda dei diversi potenziali destinatari, è assicurata: (i) una tipizzazione, nei limiti del possibile, degli illeciti disciplinari[79], e (ii) la predeterminazione di una sequenza di sanzioni *ad hoc*, comprensive di quelle conservative del rapporto di lavoro (per inadempimenti che non si ritenessero di una gravità tale da determinare il licenziamento o la sanzione espulsiva della revoca), adeguatamente articolata e proporzionata in relazione al differente grado di gravità che i comportamenti possono presentare rispetto alla commissione dei reati.

Si potrebbe, inoltre, discutere sulla necessità di una espressa correlazione tra condotta censurabile e provvedimento disciplinare, nel senso che per ogni singola infrazione disciplinare dovrebbe essere espressamente specificata la sanzione irrogabile dall'ente.

Per quanto attiene alla necessità di inserire nel sistema disciplinare una chiara e analitica predeterminazione delle specifiche condotte rilevanti per l'applicazione delle sanzioni, è sicuramente onere dell'ente-datore di lavoro delineare compiutamente e con chiarezza linguistica le caratteristiche e i contenuti degli illeciti disciplinari[80]. Tuttavia, essendo l'apparato sanzionatorio interno al modello organizzativo altro rispetto al sistema sanzionatorio penale, si può ritenere che non sia esigibile, in

[79] V. G.i.p. Trib. Napoli (ord.), 26 giugno 2007, cit., in cui il giudizio negativo in termini di idoneità del modello organizzativo viene motivato, *inter alia*, proprio sulla mancanza di una effettiva tipizzazione di comportamenti mediante specifici precetti e per il fatto che non sono previste violazioni tipiche e corrispondenti sanzioni altrettanto tipiche.

[80] V. F. Benatti, *Etica, impresa, contratto e mercato. L'esperienza dei codici etici*, Il Mulino, 2014, p. 34.

concreto, che la società rediga una completa e minuziosa tipizzazione di tutte le fattispecie sanzionabili[81].

Invero, alla luce dell'ampia discrezionalità che caratterizza la politica gestionale di impresa[82] e della complessità e varietà delle regole concretamente previste nella parte programmatica del modello organizzativo, sarebbe poco realistico e di difficile attuazione per l'ente prevedere, in maniera puntuale e specifica, tutti i possibili comportamenti, anche omissivi, che in violazione delle suddette regole possono costituire presupposto per l'applicazione di una sanzione disciplinare. Quindi, come vedremo più nel dettaglio nel corso del prosieguo del lavoro, sarà necessario per l'ente - affinché possano intendersi rispettate le prescrizioni di cui agli artt. 6 e 7 del Decreto - trovare un giusto punto di equilibro tra la necessità di tipizzazione dell'illecito disciplinare e le difficoltà operative nell'individuazione di un elevato grado di specificazione e completezza dei comportamenti sanzionabili.

Inoltre, con riferimento all'individuazione delle infrazioni disciplinari, assume grande importanza per l'ente la valorizzazione dei suoi precedenti storici[83] e lo sviluppo del suo perimetro di attività in rapporto ai rischi reato[84]. Con la conseguenza che non potrà ritenersi idoneo un sistema disciplinare nel quale non sia adeguatamente sanzionata una condotta anomala o pericolosa precedentemente commessa e scoperta nell'ambito dell'organizzazione di impresa.

Si può altresì osservare che un maggiore sforzo di tipizzazione sia alle società richiesto per quelle violazioni non costituenti reato, «in quanto non è invocabile (o è

[81] Così, S. M. Corso, *Il codice disciplinare di fronte alla responsabilità delle persone giuridiche: riflessi lavoristici*, cit., p. 311.

[82] Tale aspetto è evidenziato da A. Bernasconi, Sub *Art*. 6, in Aa.Vv., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. n. 231/2001*, di A. Presutti-A. Bernasconi-C. Fiorio, Cedam, 2008, p. 152; A. Bernasconi-E. Beghé, *Sistema disciplinare per soggetti apicali, apparato sanzionatorio e stock options: profili problematici*, cit., in particolare p. 49, dove si sottolinea che, alla luce del rapporto di immedesimazione tra politica gestionale dell'impresa, per sua natura intriso di discrezionalità, e *management* aziendale appare difficilmente ipotizzabile un sistema disciplinare interno al modello organizzativo sagomato su un paradigma di stretta tipicità delle infrazioni.

[83] La storia precedente della società può infatti fornire preziose indicazioni sulla gamma dei reati presupposto che possono più facilmente essere commessi dalla persona giuridica.

[84] Così D. Piva, *Il sistema disciplinare nel d.lgs. 231/2001: questo «sconosciuto»*, cit., in particolare p. 95; F. Tosello, *Sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello 231*, cit., 115.

meno invocabile) per esse la presunzione di conoscenza che assiste, invece, le norme penali»[85].

Pertanto, alla luce delle suddette considerazioni, si può concludere che per l'identificazione dei comportamenti sanzionabili nell'ambito del sistema disciplinare interno al modello organizzativo, pur essendo necessario il rispetto dei principi di legalità e tassatività, non se ne può pretendere un'applicazione secondo il rigore formale del sistema sanzionatorio penale[86]. In altre parole, si deve ritenere che l'ente dovrà sicuramente individuare in maniera chiara le ipotesi di comportamenti integranti infrazioni disciplinari (potendo essere più "elastico" per quei comportamenti il cui disvalore è immediatamente percepibile), ma potrà farlo anche per categorie paradigmatiche, in modo tale che, ove necessario, sia sempre possibile un eventuale adattamento secondo le effettive e concrete inadempienze[87].

Ciò che conta, dunque, è che il grado di specifica descrizione del comportamento sanzionabile sia sufficiente ad escludere che la collocazione della condotta del lavoratore in una determinata fattispecie disciplinare sia interamente devoluta ad una valutazione unilaterale ed ampiamente discrezionale, o persino arbitraria, dell'ente-datore di lavoro[88].

L'identificazione da parte della *societas* delle condotte sanzionabili sconterà quindi, nella sua concreta redazione, una necessaria e inevitabile genericità che dovrà, tuttavia, essere improntata ad una regola di proporzionalità.

---

[85] S. M. Corso, *Il codice disciplinare di fronte alla responsabilità delle persone giuridiche: riflessi lavoristici*, cit., p. 312.

[86] A. Bernasconi-E. Beghé, *Sistema disciplinare per soggetti apicali, apparato sanzionatorio e stock options: profili problematici*, cit., p. 49. Così, in giurisprudenza Cass. civ., Sez. lav., 25 ottobre 2011, n. 22129, in *Guida dir*., 2011, 47, p. 77.

[87] V. Cass. civ., Sez. lav., 25 ottobre 2011, n. 22129, cit., che approda a queste conclusioni partendo dal rilievo che «in tema di illeciti disciplinari (…) deve valere il principio - più volte affermato in tema di norme penali incriminatrici "a forma libera" - per il quale la predeterminazione e la certezza dell'incolpazione sono validamente affidate a concetti diffusi e generalmente compresi dalla collettività in cui il giudice (nella specie, quello disciplinare) opera»; Cass. civ., Sez. lav., 27 maggio 2004, n. 10201, *Or. giur. lav.*, 2004, p. 350 ss.; Cass. civ., Sez. lav., 18 febbraio 1991, n. 1695, in *Mass. Giur. It.*, 1991 e per esteso in banca dati *Leggi d'Italia*. Cfr. Cass., 26 marzo 2014, n. 7105, in *Riv. it. dir. lav*., fasc. 1, 2015, p. 100, con nota di C. Pederzoli, *Pubblicità del codice disciplinare e sanzioni conservative in caso di violazioni del c.d. "minimo etico"*.

[88] Cfr. Pret. Milano, 19 marzo 1979, in *Ord. giur. lav.*, 1979, p. 513; conformi Trib. Palermo, 22 febbraio 1982, in *Rass. Giur. Enel*, 1982, p. 360, dove si parla di sufficiente descrizione dei comportamenti che devono essere osservati dal lavoratore; Trib. Milano, 20 aprile 1991, in *Dir. prat. lav.*, 1991, p. 2748; in *Or. giur. lav.*, 1991, p. 270; in *Notiz. Giur. lav.*, 1991, p. 438. Secondo i giudici di merito, solo le sanzioni penali e le violazioni amministrative devono rispondere ad un principio di tassatività. In argomento, v. S. Mainardi, *Codici etici nella prevenzione dei reati di lavoratori e collaboratori, modello organizzativo e sistema disciplinare*, cit., p. 118.

Giunti a questo punto, occorre ora provare a verificare quali siano, in astratto, le possibili condotte sanzionabili a livello disciplinare che assicurerebbero efficacia preventiva al modello organizzativo. Nel contesto del presente lavoro non è opportuno distinguere in funzione della categoria di soggetti destinatari delle misure in questione (distinzione che potrebbe avere un senso solo se fosse indirizzata ad una specifica impresa); diversamente, nella concreta redazione da parte degli enti del proprio sistema disciplinare interno al modello 231, sarà viceversa necessario prevedere una diversificazione dei comportamenti costituenti infrazioni disciplinari in considerazione delle precipue e differenti caratteristiche del rapporto di lavoro dei sottoposti rispetto agli apicali[89].

La società deve partire dalla definizione delle tipologie di infrazione – commissive od omissive – di lieve entità, quelle cioè non tali da esporre la società a situazioni di pericolo: rientrano in tale categoria, ad esempio, l'inosservanza di lieve entità di una o più regole procedurali o comportamentali previste nel modello organizzativo; l'omessa segnalazione o tolleranza di lievi irregolarità commesse da altri dipendenti; l'inosservanza degli obblighi di informazione nei confronti dell'Organismo di Vigilanza non in grado di esporre la società a situazioni di pericolo[90]; se di competenza, la mancata formazione e/o il mancato aggiornamento e/o l'omessa comunicazione ai sottoposti in merito ai processi regolati dai protocolli aziendali di attuazione del modello.

Va poi previsto che la recidiva dei suddetti comportamenti sia sintomo di una maggiore gravità della violazione stessa. Devono poi essere contemplate, in un ordine di crescente gravità, altre condotte costituenti illeciti disciplinari che possano esporre la società a situazioni di pericolo: si pensi, ad esempio, alla condotta avente lo scopo di ostacolare o impedire, senza giustificato motivo, l'accesso alle informazioni e alla documentazione richiesto da parte dei soggetti preposti ai controlli (compreso l'OdV); alla mancata o incompleta o non veritiera redazione di documentazione prevista dal

[89] Invero, alcune tipologie di illeciti disciplinari potranno riguardare soltanto soggetti con la qualifica dirigenziale che, nell'ambito dell'attività svolta nell'organizzazione aziendale, hanno, *inter alia*, il compito di vigilare sull'operato dei dipendenti gerarchicamente subordinati.

[90] V. A. Bernasconi, *L'esimente: il modello organizzativo per i reati degli "apicali"*, in A. Presutti-A. Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 128, dove si evidenzia che la violazione degli obblighi di informazione a cui i soggetti apicali sono tenuti nei confronti dell'Organismo di Vigilanza è una condotta suscettibile di rientrare nell'alveo della tipicità alla luce di quanto previsto dall'art. 6, comma 2, lett. *d*).

modello organizzativo; all'adozione, nell'espletamento di attività nel cui ambito ricorre il rischio di commissione dei reati (ossi nei cc.dd. processi sensibili), di un comportamento non conforme o non adeguato alle prescrizioni del modello 231; all'omessa supervisione, controllo e vigilanza sui dipendenti sottoposti gerarchicamente circa la corretta ed effettiva applicazione dei principi e delle procedure interne previste nel modello organizzativo, ecc.

Infine, vanno individuati quei comportamenti che arrechino un danno alla società, la espongano a situazioni attuali di grave pericolo per l'integrità dei beni dell'azienda ovvero configurino un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali, una giusta causa di risoluzione del rapporto di lavoro o possano comportare l'applicazione delle misure cautelari o delle sanzioni di cui al Decreto, restando comunque impregiudicato il diritto della società ad ottenere il risarcimento dei danni causati. In quest'ultima categoria, rientrano come illeciti disciplinari, a mero titolo esemplificativo, l'elusione del sistema di controllo previsto dal modello organizzativo, in qualsiasi modo effettuata (tra le ipotesi contemplabili, la sottrazione, la distruzione o l'alterazione della documentazione prevista dai protocolli aziendali di attuazione del modello stesso); la mancata, incompleta o non veritiera redazione di documentazione prevista dal modello 231 e dalle procedure e protocolli di attuazione al fine di impedire e/o ostacolare la trasparenza e verificabilità delle stesse; la mancata attività di conservazione e di controllo della documentazione prevista dal modello e dalle relative procedure e protocolli di attuazione al fine di impedire e/o ostacolare la trasparenza e verificabilità della stessa; la violazione dell'obbligo di informativa all'OdV circa eventuali gravi infrazioni del modello organizzativo che siano state poste in essere da altri destinatari del sistema disciplinare di cui si sia a conoscenza o si abbia prova diretta; l'inosservanza sostanziale della disciplina in materia di *whistleblowing*, con particolare riferimento alla violazione delle misure di tutela del segnalante e all'effettuazione con dolo o colpa grave di segnalazioni che si rivelino infondate[91].

[91] Come anticipato nel precedente par. 2, del presente Capitolo I, la legge n. 179 del 2017 in materia di tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità, prevede che nel sistema disciplinare interno al modello organizzativo vengano introdotte sanzioni volte a punire la violazione delle misure di tutela del segnalante, nonché di chi effettua con dolo o colpa grave che si rivelano infondate (art 6, comma 2-*bis*, lett. *d*). Le infrazioni nei confronti delle misure a salvaguardia del *whistleblower* consistono in

Infine, per quanto attiene all'esigenza di collegare espressamente, nel sistema disciplinare interno al modello organizzativo, ogni singola condotta censurabile ad una predeterminata misura sanzionatoria, una parte della dottrina ritiene che la stessa «potrebbe ritenersi soddisfatta mediante riferimento tra una certa sanzione e gruppi di infrazioni passibili di identico trattamento, nel rispetto peraltro di un margine di discrezionalità»[92].

Tuttavia, si deve ritenere che anche l'eventuale omessa espressa correlazione tra una specifica violazione, o gruppi omogenei di infrazioni, e una determinata sanzione (o una coppia di sanzioni adiacenti per gravità) non dovrebbe essere di per sé sufficiente ad escludere l'idoneità del sistema disciplinare. A ben vedere, ciò che conta è che sia comunque assicurata, alla luce dei criteri obiettivi di scelta in funzione delle particolarità del caso concreto (e, quindi, nel contesto delle circostanze che hanno connotato l'accadimento del fatto addebitato), la corretta formazione da parte dell'ente del giudizio di proporzionalità, escludendosi, quindi, nella concreta irrogazione delle sanzioni, valutazioni di carattere ampiamente discrezionali.

In tema merita rilevare che la predeterminazione di una specifica relazione fra infrazione e sanzione sarebbe poi estremamente vincolante per l'ente che, nell'esercizio del suo potere disciplinare, dovrà considerare tutta una serie di elementi oggettivi e soggettivi che potrebbero condurre a sanzionare molto diversamente una stessa violazione. Ad esempio, un'infrazione del modello organizzativo posta in essere per negligenza o in una situazione di urgenza che poteva ragionevolmente diminuire l'effettiva possibilità per il dipendente di prevedere l'evento sarà verosimilmente sanzionata in maniera molto più lieve rispetto alla stessa tipologia di infrazione posta in essere dal soggetto agente con dolo o in maniera sistematica.

---

pregiudizi «alla riservatezza dell'identità [del medesimo] nelle attività di gestione della segnalazione» (art. 6, comma 2-*bis*, lett. *a*) e *b*) o in «atti di ritorsione o discriminatori, diretti o indiretti, nei confronti del segnalante per motivi collegati, direttamente o indirettamente, alla segnalazione» (art. 6, comma 2-*bis*, lett. *c*). Secondo la dottrina, dovrebbero rientrare nell'ipotesi delle misure discriminatorie o di ritorsione nei confronti del c.d. *whistleblower*, non solo quelle più gravi come il licenziamento, la sospensione, la retrocessione di grado o la mancata promozione, l'intimidazione ecc., ma anche atti di differente gravità come una modifica dell'orario lavorativo, la sospensione della formazione, le referenze negative e la nota di biasimo se animati da una volontà punitiva nei confronti del segnalante. In argomento, ampiamente, v. C. Manacorda, Whistleblowing: *verso una disciplina europea unitaria*, cit., p. 188. Cfr. R. Borsari-F. Falavigna, Whistleblowing, *obbligo di segreto e «giusta causa» di rivelazione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2018, in particolare, p. 47.

[92] Così, L. Antonetto, *Diritto del lavoro: i sistemi disciplinari e l'enforcement in azienda del modello organizzativo*, cit., p. 31.

Volendo trarre qualche conclusione dalle precedenti osservazioni, emerge in maniera evidente come sia tutt'altro che semplice per l'ente formulare e tipicizzare in maniera precisa ed esaustiva tutti i comportamenti costituenti inosservanze o violazioni del modello organizzativo, soprattutto ove si consideri che i comportamenti da censurare non debbono necessariamente costituire fatti penalmente rilevanti, potendo essere diretti a «ledere o indebolire l'efficienza organizzativa e di controllo del modello, compromettendo la prevenzione alla realizzazione di reati presupposto»[93].

Se in astratto è sicuramente possibile immaginare le condotte censurabili, la loro concreta tipizzazione - per ciascuna categoria di destinatari del sistema disciplinare - si presenta complessa in quanto occorre considerare una serie di fattori ed elementi[94] che incidono inevitabilmente sulla capacità dell'ente di operare un'analitica e specifica predeterminazione di tutte le infrazioni.

Tuttavia, anche a fronte di queste difficoltà operative, ciascuna società dovrà fare del proprio meglio per trovare un buon bilanciamento tra l'esigenza di puntuale tipizzazione delle condotte censurabili, diversificate in base al soggetto nei cui confronti sono applicabili provvedimenti disciplinari, e l'effettiva possibilità di adempiere a tale onere. Pur non potendosi esigere una perfetta delimitazione di ciascuna infrazione, sarà in ogni caso necessario per l'ente rendere identificabili con chiarezza e sufficiente precisione quei comportamenti che possono costituire illecito disciplinare ai sensi dell'apparato sanzionatorio interno al modello organizzativo.

Pertanto, nella definizione contenutistica delle tipologie comportamentali costituenti illeciti disciplinari, l'ente dovrà sempre tenere in grande considerazione lo scopo prevenzionale perseguito dal sistema disciplinare, senza prescindere da un attento esame della propria realtà aziendale e della tipologia di attività svolta alla quale è strettamente connessa la variabilità dei rischi di commissione di reati presupposto.

---

[93] Così, F. Tosello, *Sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello 231*, cit., p. 114.

[94] Si pensi, ad esempio, alla numerosità e diversità dei processi sensibili individuati nella parte speciale del modello organizzativo e delle attività ad essi collegate che la società ha valutato essere potenzialmente a rischio di commissione dei reati 231; all'ampiezza del catalogo dei c.d. reati presupposto; all'ingente mole di procedure, *policy*, istruzioni operative adottate dall'ente; ai precedenti storici in materia di violazioni del modello ecc.

3.3. *SEGUE*: IL CATALOGO DELLE SANZIONI DISCIPLINARI CONCRETAMENTE APPLICABILI

Nel corretto ordine logico delle questioni da affrontare ai fini di una efficace costruzione del sistema disciplinare *ex* Decreto, occorre ora occuparsi dell'indicazione specifica delle diverse tipologie di sanzioni concretamente adottabili dall'ente in caso di inosservanza o violazione del modello organizzativo. Sul punto, la completezza del sistema disciplinare è essenziale[95] in quanto, «non sono configurabili misure interinali o sanzioni se non previste o previste per casi diversi o previste con contenuto (o durata) diverso»[96]: è quindi onere dell'ente-datore di lavoro individuare compiutamente, per ciascuna categoria di destinatario, le sanzioni disciplinari concretamente irrogabili.

Inoltre, occorre considerare che la pre-conoscibilità delle sanzioni da parte di tutti i destinatari del sistema disciplinare è di fondamentale importanza quale elemento di dissuasione dalla commissione di possibili infrazioni alle regole comportamentali poste a tutela dell'organizzazione. La pre-conoscibilità esplica, altresì, un'irrinunciabile funzione di garanzia (in termini di certezza) verso tutti i soggetti nei confronti dei quali l'ente potrebbe comminare provvedimenti disciplinari nell'ambito dell'apparato sanzionatorio interno al modello organizzativo.

Il problema della predeterminazione delle sanzioni collegabili agli illeciti disciplinari si pone, come vedremo, soprattutto per i soggetti apicali[97], dal momento che per i lavoratori dipendenti è fattibile per l'ente un rinvio alle tipologie di provvedimenti sanzionatori contemplati dalla contrattazione collettiva nazionale applicabile al settore.

Infatti, per quanto attiene ai dipendenti in senso stretto legati alla società da un rapporto di lavoro subordinato e inquadrati come impiegati, operai e quadri, i provvedimenti sanzionatori irrogabili nei loro confronti, conformemente a quanto

---

[95] V. Trib. Bari (ord.), 18 aprile 2005, cit. In tale provvedimento, il Giudice aveva messo in evidenza come il modello organizzativo fosse inidoneo, tra le altre cose, perché si limitava ad affermare che i comportamenti posti in essere in violazione delle regole del modello sarebbero stati puniti in base alle leggi penali ed amministrative vigenti, senza specificare quale tipo di sanzione sarebbe stata concretamente irrogabile.

[96] S. M. Corso, *Il codice disciplinare di fronte alla responsabilità delle persone giuridiche: riflessi lavoristici*, cit., p. 311.

[97] Con particolare riferimento all'ipotesi i cui destinatari della sanzione siano gli amministratori, v. E. Ginevra, *Le sanzioni disciplinari degli amministratori di S.p.a.* ex *art. 6 d.lgs. 231/2001*, cit., p. 695 ss.

previsto dall'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori ed eventuali normative speciali applicabili, sono quelli previsti dalle norme disciplinari contenute nel Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro applicabile (di seguito, "CCNL"). Nel sistema disciplinare di cui al Decreto potranno, pertanto, essere previste nei confronti di tale categoria di soggetti, in una scala crescente in funzione della gravità del fatto addebitato, le seguenti sanzioni: ammonizione verbale; ammonizione scritta; multa non superiore ad un numero di ore predefinito[98] della retribuzione base; sospensione dal lavoro e dalla retribuzione fino ad un massimo di 3 giorni; licenziamento disciplinare con preavviso e licenziamento disciplinare senza preavviso né indennità sostitutiva.

Un discorso diverso, invece, va fatto per i soggetti in posizione apicale, per i quali si è posta la problematica relativa all'adottabilità da parte della società di sanzioni non solo risolutive ma anche conservative del rapporto di lavoro. La questione è particolarmente complessa perché, nei confronti dei dirigenti, le norme legislative e contrattuali di riferimento contemplano soltanto l'applicazione da parte del datore di lavoro della sanzione "espulsiva" (*i.e.* licenziamento) irrogabile nei casi più gravi mentre, per i membri degli organi sociali (consiglio di amministrazione, di seguito anche "CdA"), non è possibile ricorrere all'apparato normativo e contrattuale, tradizionalmente strutturato sulla base della sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato. Sicché nei confronti degli amministratori, risulterebbe applicabile, come meccanismo sanzionatorio per violazioni del modello organizzativo, il provvedimento espulsivo consistente, in questo caso, nella revoca dell'incarico (certamente sproporzionata in rapporto a talune inosservanze o violazioni del modello di lieve entità) e l'azione sociale di responsabilità *ex* art. 2393 c.c., la cui natura spiccatamente riparatoria *ex post* non sarebbe strutturalmente adatta ad assolvere lo scopo preventivo che caratterizza il sistema disciplinare di cui al Decreto, oltre a costituire un rimedio eccessivo in ipotesi di violazioni non gravi[99].

[98] Il numero di ore dipende dal CCNL concretamente applicato.

[99] Cfr. D. Piva, *Il sistema disciplinare nel d.lgs. 231/2001: questo «sconosciuto»*, cit., in particolare p. 97, dove si osserva che l'azione di responsabilità non sarebbe comunque «esperibile ogniqualvolta, mutuando lo schema d'imputazione della responsabilità dipendente da reato, l'amministratore abbia agito nell'«interesse o a vantaggio» dell'ente, salvo voler riferire il danno alle sanzioni a quest'ultimo applicate in via definitiva o cautelare». In argomento, v. C. Piergallini, *I modelli organizzativi*, in Aa.Vv., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, a cura di G. Lattanzi,

Più nel dettaglio, la problematica si pone in quanto il sistema disciplinare *ex* Decreto, affinché possa considerarsi idoneo, *deve* contemplare nei confronti di tutti i suoi destinatari sanzioni di tipo conservativo del rapporto di lavoro. Invero, tale apparato disciplinare deve necessariamente soddisfare i requisiti della proporzionalità e adeguatezza che impongono all'ente-datore di lavoro di prevedere un ampio reticolato di provvedimenti disciplinari parametrati alla maggiore o minore gravità del fatto addebitato che, come si è avuto modo di osservare in precedenza, deve essere valutato e ponderato nel contesto delle circostanze fattuali che hanno permesso la sua realizzazione e alla luce di una serie di criteri (il più possibile obiettivi) cui l'ente deve attenersi nell'esercizio del suo potere disciplinare.

Inoltre, se la *ratio essendi* del sistema disciplinare "231" risiede, in prima battuta, nella prevenzione delle condotte prodromiche alla realizzazione di un reato-presupposto, è di fondamentale importanza che lo stesso contempli sanzioni per inosservanze o violazioni di non trascurabile rilievo, ma non così gravi[100] da giustificare un provvedimento di carattere espulsivo, come, ad esempio, il licenziamento, il recesso o la risoluzione contrattuale[101].

In apicibus, una previa e, per necessità, sintetica disamina (dovuta a ragioni di economia rispetto al tema oggetto della presente ricerca) dell'orientamento giurisprudenziale in materia giuslavoristica appare necessaria per comprendere e affrontare appieno le criticità inerenti alla configurabilità, nel rapporto dirigenziale, di sanzioni disciplinari di natura conservativa al fine di prefigurare una risposta sul punto.

Innanzitutto, l'orientamento giurisprudenziale a lungo maggioritario nel settore del diritto del lavoro è stato refrattario a considerare qualsiasi forma di responsabilità e di procedimento disciplinare nei confronti dei dirigenti, in ragione della "specialità" del rapporto di lavoro dirigenziale, sancendo pressoché l'impossibilità per il datore di

---

Giuffrè, II ed., 2010, nello specifico p. 166; U. De Crescenzo, *I profili di responsabilità degli amministratori nei confronti delle società*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2006, p.163 ss.

[100] Si pensi alla violazione degli obblighi di informazione nei confronti dell'OdV, quando detta omissione sia dipesa, ad esempio, da negligenza e non abbia prodotto conseguenze per l'ente.

[101] V. E. Ginevra-F. Forlani, *Le sanzioni disciplinari*, in Aa.Vv., *Compliance - Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 287, dove si evidenzia che tanto più il soggetto è apicale, quanto più l'effettiva osservanza delle norme programmatiche contemplate nel modello organizzativo, non pare affidabile al rispetto spontaneo della stessa né «agli ordinari meccanismi interni di controllo, in cui la veste di "sorvegliante" viene generalmente assunta dal personale sottoposto, restio a schierarsi "contro" soggetti gerarchicamente collocati ad un livello superiore dell'organigramma aziendale».

lavoro di ricorrere a sanzioni conservative[102]. Secondo questo indirizzo, la posizione dei dirigenti non è di per sé eguale o assimilabile a quella degli altri impiegati: si osservava, infatti, che, pur essendo il dirigente un lavoratore subordinato, la sua subordinazione è di natura particolare in quanto la legge (art. 2104 c.c.) lo pone accanto al datore di lavoro, al di fuori di un rapporto gerarchico, come è ovvio per un *alter ego*. Nel rapporto di impiego privato non esisterebbe un potere disciplinare del datore di lavoro sul dirigente: pertanto, «la figura del dirigente ("potere di incidere sulla vita dell'azienda") mal si attaglia ad un rapporto disciplinare con le diverse sanzioni (richiamo, ammonizione, sospensione, ecc.)», del quale «il dirigente, almeno di regola, non è soggetto passivo (…) ma soggetto attivo»[103].

Inoltre, se nel rapporto di impiego privato, non esiste un potere disciplinare del datore di lavoro sul dirigente, vuol dire che non è consentito il licenziamento disciplinare; il licenziamento del dirigente avverrebbe, quindi, per la rottura dell'indefettibile vincolo fiduciario *ex* art. 2119 c.c. Ulteriore conseguenza di questo assunto è che le garanzie del contraddittorio di cui all'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori non troverebbero applicazione all'ipotesi di licenziamento del dirigente[104].

Successivamente, nel 2007, grazie al *revirement* della Suprema Corte, a Sezioni unite[105], sono stati rimossi gli ostacoli di ordine concettuale ad ammettere la

---

[102] Così Cass. civ., Sez. un., 29 maggio 1995, n. 6041, in *Foro it.*, 1995, I, p. 1778, con nota di G. Amoroso. La Suprema Corte, con la pronuncia *de qua*, ha ampiamente esplicitato le motivazioni per cui la figura del dirigente dovrebbe differenziarsi in maniera sostanziale da quella degli altri prestatori di lavoro. La cd. "nozione legale" di dirigente colloca questa figura al vertice dell'organizzazione, dotandola di ampia autonomia nel rispetto di direttive di carattere generale. Il dirigente deve svolgere mansioni tali da improntare la vita dell'azienda, con scelte di respiro globale, e deve porsi in un rapporto di collaborazione fiduciaria con il datore di lavoro (del quale è un *alter ego*) dal quale si limita a ricevere direttive di carattere generale per realizzare le quali si vale di ampia autonomia, e che anzi esercita i poteri propri dell'imprenditore assumendone, anche, se non sempre, la rappresentanza esterna. In tal senso, v. T.A.R. Veneto, Sez. I, 05/10/1999, n. 1473, *inedita*. La giurisprudenza successiva si è per lo più conformata al *dictum* negativo: v. Cass. civ., Sez. lav., 12 ottobre 1996, n. 8934, in *Giust. Civ. mass.*, 1996, p. 1410; Cass. civ., Sez. lav., 1° aprile 1999, n. 3148, in *Foro it.*, 1999, I, p. 1793*;* Cass. civ., Sez. lav., 28 aprile 2003, n. 6606, *ivi*, 2003, p. 4.

[103] Secondo Cass. civ., Sez. un., 29 maggio 1995, n. 6041, cit., «immaginare una lettera di "richiamo" o una "multa" o altra sanzione indirizzata ad un dirigente, e che dovrebbe necessariamente essere a conoscenza di un certo numero di dipendenti di quel dirigente (scrittura, protocollo, spedizione, ecc.), senza che ciò inevitabilmente produca una grave lesione della posizione apicale del dirigente, è fuori del verosimile e della realtà aziendale».

[104] *Contra* Cass. civ., Sez. lav., 3 aprile 2003, n. 5213. La pronuncia è edita in *Lav. giur.*, 2003, p. 735.

[105] Cass. civ., Sez. un., 30 marzo 2007, n. 7880, in *Giur. it.*, n. 1, 2008, p. 70, con nota di M. Vizioli, *Il licenziamento disciplinare del dirigente davanti alle Sezioni unite della Cassazione: una soluzione definitiva?*; in *Corr. mer.* n. 8-9, 2007, p. 1032, con nota di G. Travaglino, *Licenziamento dei dirigenti di azienda e garanzie ex art. 7 Statuto dei lavoratori*; in *Lav. giur.*, 2007, p. 889, con nota di L.

possibilità di sottoporre al sistema disciplinare predisposto dall'ente anche quei soggetti che, gerarchicamente, si pongono al vertice dello stesso[106]. Al contempo, la giurisprudenza *de qua* ha chiarito che anche nei confronti degli apicali dovranno essere rispettate le garanzie del contraddittorio (di cui all'art. 7, commi 2 e 3, Statuto dei Lavoratori) nell'ambito del procedimento di accertamento di una loro eventuale infrazione disciplinare. La giurisprudenza successiva si è prontamente adeguata a quest'ultimo *dictum*[107], sicché oggi non vi sarebbero più remore ad ammettere l'assoggettabilità dei dirigenti ad un procedimento disciplinare per violazione delle regole di organizzazione e controllo del modello organizzativo e, correlativamente, alle sanzioni di natura conservativa del rapporto di lavoro che possono essere irrogate all'esito di tale procedimento.

Resta, tuttavia, l'oggettiva difficoltà per gli enti di coniugare il peculiare rapporto di lavoro dei soggetti in posizione apicale con provvedimenti disciplinari diversi dal licenziamento. L'impressione è che il legislatore, nella redazione delle prescrizioni del Decreto relative al sistema disciplinare, non abbia tenuto in grande considerazione i limiti e i vincoli posti all'ente dalle vigenti norme di legge che circoscrivono il suo potere datoriale anche nella dimensione disciplinare.

In particolare, per il *management* aziendale e per i membri del consiglio di amministrazione si pone, nella pratica, il problema concernente la fonte di legittimazione delle sanzioni di natura conservativa in quanto si tratterebbe di sanzioni "atipiche" (*id est* non previste dalla legge o dalla contrattazione collettiva)[108].

Menghini, *Il licenziamento dei dirigenti: applicabilità della reintegra ai pubblici e delle tutele procedurali ai privati*, *ibidem*, p. 907, con nota di G. Treglia, *Riconfermata l'applicabilità dell'art. 7 dello statuto dei lavoratori*
al licenziamento disciplinare del dirigente.

[106] Come è stato osservato dalla dottrina, il fulcro del ragionamento alla base della decisione in commento, deve essere individuato nella funzione tipica del procedimento disciplinare, rispondente ad una logica garantista strettamente connessa alla protezione della dignità morale e personale del lavoratore. Si tratta di un «valore costituzionalmente meritevole di tutela a prescindere dalla collocazione gerarchica del prestatore nell'impresa e dal grado di fiducia ad esso riservato dal datore di lavoro». Così C. Carchio, *La Suprema Corte conferma l'applicabilità dell'art. 7 St. lav. al licenziamento disciplinare del dirigente* (nota a Cass. civ. Sez. lav., 10 febbraio 2015, n. 2553), in *Giur. It.*, 2015, in particolare p. 1675.

[107] V., *ex multis*, Cass. civ., Sez. lav., 26 marzo 2018, n. 7426, *inedita*; Cass. civ., Sez. lav., 30 luglio 2013, n. 18270, in *Lav. giur.*, 2013, p. 1042, con nota di G. Treglia; Cass. civ., Sez. lav., 10 febbraio 2015, n. 2553, cit., p. 1671.

[108] V. Linee Guida, cit. p. 53, secondo cui nel caso di violazioni da parte dei dirigenti non sufficientemente gravi da giustificare una sanzione espulsiva, si potrebbe prevedere che siano informati i vertici societari dell'impresa affinché assumano le decisioni necessarie.

Una parte della dottrina ritiene che l'ente possa introdurre tali sanzioni attraverso una modifica dello Statuto[109] o a livello contrattuale[110]. Più specificamente, sarebbe sempre percorribile la via negoziale e, quindi, la possibilità di vincolare tali soggetti per via pattizia mediante la specifica accettazione, anche tramite l'inserimento di apposite clausole nella contrattazione individuale[111], di una loro sottoposizione all'apparato disciplinare-sanzionatorio predisposto nel modello organizzativo[112]. Si tratterebbe, in sostanza, di esplicitare, nel contratto individuale stipulato con l'apicale o all'atto di conferimento dell'incarico di amministrazione ovvero, in appositi atti successivi se il rapporto contrattuale o di amministrazione fosse già in essere, le violazioni del modello 231 rilevanti e i relativi provvedimenti disciplinari, soprattutto di natura conservativa.

Secondo parte della dottrina, tali provvedimenti dovrebbero essere ricondotti al regime generale delle sanzioni di diritto comune e, innanzitutto, agli artt. 1382 ss. c.c. in materia di clausola penale, configurata come la sanzione privata per eccellenza[113].

---

[109] L. Antonetto, *Sistemi disciplinari e soggetti apicali ex d.lgs. 231/2001*, cit., p. 64, il quale con riferimento all'adozione di sanzioni disciplinari nei confronti degli amministratori, osserva che – data la riserva all'atto costitutivo e allo statuto della materia dei "poteri degli amministratori" e del "funzionamento della società", di cui all'art. 2328 c.c. – deve ritenersi preferibile le tesi dell'implementazione a livello statutario.

[110] V. P. Sfameni, *La responsabilità delle persone giuridiche: fattispecie e disciplina dei Modelli di organizzazione, gestione e controllo*, cit., p. 101, che per gli amministratori, adombrando la possibilità di una previsione a livello statutario, ha evocato «meccanismi *automatici* di decadenza dalla carica sociale al sopravvenire di una causa che incida sui requisiti di onorabilità e professionalità […] collegati anche a comportamenti non conformi al modello» e «meccanismi *automatici* di sospensione dalla carica per un determinato periodo». *Contra* E. Ginevra-F. Forlani, *Le sanzioni disciplinari*, in Aa.Vv., *Compliance - Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 294, dove si evidenzia che simili previsioni mal si attagliano alle logiche del diritto societario. Per C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d. lg. n.231/2001)* (parte I), cit., p. 388, sussiste la necessità che l'amministratore, all'atto della nomina, prenda visione del modello organizzativo e si impegni, contrattualmente, a rispettare le previsioni del modello stesso e a soggiacere alle sanzioni. Secondo l'Autore si tratterebbe, infatti, di sanzioni "convenzionali".

[111] In argomento, v. A. Bernasconi-E. Beghé, *Sistema disciplinare per soggetti apicali, apparato sanzionatorio e stock options: profili problematici*, cit., p. 53.

[112] V. R. Salonia - C. Petrucci-S. Taddei, *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e sistema disciplinare*, cit., p. XIV, dove si evidenzia che nei confronti degli amministratori (ma anche nei confronti di collaboratori indipendenti, agenti e distributori) l'unica strada percorribile sarebbe quella di esplicitare nel contratto individuale gli inadempimenti ritenuti rilevanti e le rispettive sanzioni.

[113] In argomento, R. Salonia-C. Petrucci-S. Taddei, op. ult. cit., p. XIV, dove si evidenzia però che se la funzione della penale è ricollegabile esclusivamente alla garanzia dell'adempimento degli obblighi contrattualmente assunti, altrettanto non può dirsi per le sanzioni disciplinari in considerazione dell'eterogeneità delle posizioni obbligatorie, la cui violazione espone ad una reazione sanzionatoria da parte dell'ente-datore di lavoro.

A parere di chi scrive, sarebbe altresì praticabile la via di una espressa sottoscrizione del modello organizzativo da parte del dirigente, mediante la quale lo stesso manifesti il suo espresso consenso all'applicazione, a scelta della società, delle misure sanzionatorie conservative previste nel sistema disciplinare contemplato nel modello stesso.

Altro orientamento dottrinale, invece, esclude l'opzione esegetica secondo cui il fondamento del potere disciplinare nei confronti dei soggetti in posizione apicale avrebbe natura contrattuale[114], ritenendo, invece, che tale potere discenda direttamente dall'art. 6, comma 2, lett. e) che è fonte di legge per l'attribuzione all'ente, in quanto tale e non già quale datore di lavoro, del suddetto potere sanzionatorio. Secondo questa interpretazione, non sarebbe richiesta, per l'applicazione di sanzioni disciplinari nei confronti dei dirigenti, una necessaria implementazione contrattuale (di cui, inoltre, non vi è alcun richiamo nell'art. 6)[115].

Si deve sottolineare che non si tratta di questione meramente teorica poiché occorre valutare, sotto l'aspetto pratico, in che modo l'ente-datore di lavoro sia maggiormente tutelato rispetto ad eventuali (ma probabili) contestazioni avanti all'autorità giudiziaria, da parte del soggetto sanzionato, in merito alla concreta legittimità del provvedimento adottato. Indipendentemente dall'accoglimento dell'una o dell'altra opinione dottrinale, si deve ritenere che la società - in un'ottica di maggiore tutela del proprio diritto di difesa - dovrebbe vincolare coloro i quali si pongono al vertice dell'organizzazione mediante la specifica accettazione, per via negoziale, di una loro sottoposizione all'apparato disciplinare interno al modello. Inoltre, una simile "formalizzazione" delle previsioni del sistema disciplinare avrebbe anche un effetto dissuasivo di fronte ad iniziative giudiziarie poste in essere dagli apicali in maniera pretestuosa o strumentale.

Il quadro d'insieme fin qui tratteggiato, per alcuni aspetti ancora incerto, sembra trovare sostanziale riscontro nella prassi dei modelli organizzativi adottati

---

[114] Propende per la natura contrattuale, F. Tosello, *Sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello 231,* cit., p. 109 s.

[115] V. L. Antonetto, *Sistemi disciplinari e soggetti apicali ex d.lgs. 231/2001,* cit., p. 63 e la dottrina ivi richiamata. L'Autore ricorda che lo stesso art. 7, comma 1, dello Statuto dei Lavoratori «è ormai pacificamente interpretato nel senso di riconoscere, *a titolo originario*, il potere di predisposizione *unilaterale* del "codice disciplinare", mentre "è del tutto superata l'opinione secondo la quale, in mancanza di regolamentazione contrattuale [o individuale], il potere disciplinare non sia esercitabile».

dagli enti, i quali, quando non eludono il problema attraverso un inutile rinvio alla contrattazione collettiva (che quasi nulla contempla in materia di sanzioni disciplinari), preferiscono prevedere per gli apicali sanzioni che vanno dal *minus* del rimprovero (verbale o scritto) al polo opposto rappresentato dal licenziamento per giustificato motivo o per giusta causa, ignorando di fatto sanzioni intermedie. Da un'analisi di *benchmarking* effettuata su circa trentacinque modelli organizzativi, si può riscontrare, infatti, ancora una certa resistenza da parte delle imprese a inserire, nel sistema disciplinare *ex* Decreto, differenti e modulate sanzioni conservative di tipo intermedio, in aggiunta alle tradizionali forme di ammonizione eccessivamente blande, da adottare nei confronti dei dirigenti e, soprattutto, degli amministratori.

A parere di chi scrive, invece, è necessario, ai fini dell'efficace attuazione di un idoneo sistema disciplinare, che nei confronti dei soggetti aventi qualifica dirigenziale siano previste anche sanzioni conservative intermedie come la multa, la sospensione dal servizio e dal trattamento economico, il trasferimento ad altra funzione aziendale[116] e la sanzione consistente nel c.d. *claw back* della remunerazione variabile a breve termine (premi, incentivi, *bonus*) già percepita dal dirigente (con il limite temporale dei cinque anni da ciascun pagamento) ovvero il differimento della corresponsione della stessa qualora già maturata. In entrambi i casi di *claw back* o differimento, la sanzione deve essere applicata, conformemente al principio di proporzionalità, secondo una percentuale commisurata alla gravità della violazione accertata. Inoltre, laddove siano previsti piani di *stock options* da parte delle aziende, si potrebbe immaginare - come sanzione avente natura conservativa - la sospensione alla maturazione del diritto all'esercizio per tutte o per parte delle *stock options* assegnate e/o il blocco all'esercizio di queste ultime, laddove già maturate[117].

---

[116] Questo provvedimento disciplinare dovrebbe essere valutato e adottato ove in concreto possa ostacolare la commissione di nuove violazioni analoghe a quelle commesse. Così, F. Tosello, *Sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello 231*, cit., p. 119. In argomento, v. S. Mainardi, *Codici etici nella prevenzione dei reati di lavoratori e collaboratori, modello organizzativo e sistema disciplinare*, cit., p. 121.

[117] In argomento, v. A. Bernasconi-E. Beghé, *Sistema disciplinare per soggetti apicali, apparato sanzionatorio e stock options: profili problematici*, cit., pag. 55, dove si evidenzia il carattere innovativo di tale sanzione anche alla luce del fatto che, nella prassi, i piani di *stock options* adottati da aziende quotate e non quotate prevedono esclusivamente la cancellazione immediata dei diritti di opzione ancora inoptati nel caso di licenziamento per giusta causa; A. Bernasconi, Sub *Art.* 6, in Aa.Vv., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. n. 231/2001*, cit., p. 156 s. Cfr. N. Abriani-F. Giunta, *Il sistema disciplinare all'interno del modello di prevenzione dei reati di cui al d.lgs. 231/2001*, cit., p. 280 s.

A ben vedere, occorre osservare che quest'ultima tipologia di sanzione e la sopra citata clausola di *claw back* potrebbero svolgere un rilevante ed effettivo ruolo deterrente per i soggetti al vertice della gerarchia aziendale rispetto alla commissione di reati o di condotte ad essi prodromiche, ove si consideri che tali provvedimenti disciplinari andrebbero ad operare su elementi importanti della sfera motivazionale degli apicali beneficiari[118]. In proposito, la dottrina ha osservato che l'ente dovrebbe prestare particolare attenzione ai possibili rischi-reato sottesi a dinamiche retributive variabili che, quali benefici potenziali spesso legati a livelli di *performance* eccessivamente sfidanti, potrebbero spingere i soggetti beneficiari a condotte in contrasto con le regole di *compliance*, ma funzionali ad innalzare le prestazioni per il raggiungimento degli obiettivi personali[119]. Se poi si considera che la parte variabile della retribuzione è talvolta di gran lunga superiore alla retribuzione fissa annua, si comprende quanto sia importante inserire, nell'ambito del sistema sanzionatorio interno al modello organizzativo, i provvedimenti disciplinari in esame.

Inoltre, qualora il dirigente per il quale è stata attivata la procedura di contestazione di una infrazione disciplinare ricopra un ruolo apicale con attribuzione di deleghe organizzative o procure e all'esito del procedimento disciplinare si constati la fondatezza dell'addebito o addirittura emerga una violazione di maggiore gravità, l'ente dovrebbe immediatamente procedere alla revoca, totale o parziale, delle deleghe organizzative o delle procure attribuite in base alla natura dell'incarico (se collegate alla violazione contestata o se ritenuto altrimenti opportuno).

Venendo, invece, agli amministratori che non siano legati alla società da un rapporto di lavoro subordinato[120], i provvedimenti disciplinari che l'ente dovrebbe applicare in caso violazione delle procedure interne previste dal modello organizzativo o di adozione, nell'esercizio delle proprie attribuzioni, di provvedimenti che contrastino con le disposizioni o i principi del modello stesso potrebbero includere: richiamo formale scritto (nel caso di violazioni che non abbiano comportato

[118] Così A. Bernasconi-E. Beghé, *Sistema disciplinare per soggetti apicali, apparato sanzionatorio e stock options: profili problematici*, cit., p. 55.
[119] C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d. lg. n.231/2001)* (parte I), cit., 2013, p. 388 s.
[120] Nel caso in cui la violazione del modello organizzativo sia ascrivibile ad un consigliere legato alla società da un rapporto di lavoro subordinato si applicheranno le sanzioni previste per i lavoratori subordinati con la qualifica di dirigente.

esposizione a rischio o abbiano comportato una modesta esposizione a rischio); revoca, parziale o totale, delle deleghe organizzative o delle cariche nei casi più gravi, tali da ledere la fiducia del *plenum* consiliare; decurtazione ovvero *claw back* degli emolumenti sino a un importo variabile da due a cinque volte il compenso calcolato su base mensile nell'ipotesi di infrazioni che abbiano comportato una apprezzabile o significativa esposizione a rischi e, infine, convocazione dell'Assemblea dei Soci per l'adozione dei provvedimenti di competenza nei confronti dei soggetti responsabili della violazione, tra cui la revoca dell'incarico[121] e l'esercizio di azioni giudiziarie volte al riconoscimento della responsabilità nei confronti della società e al ristoro degli eventuali danni subiti e subendi[122].

Un discorso a parte meritano i componenti del collegio sindacale: il problema dell'assoggettabilità a sanzioni disciplinari dei componenti degli organi di controllo non è stato oggetto di particolare approfondimento da parte della dottrina.

Tuttavia, come hanno icasticamente evidenziato gli autori che si sono occupati della questione, il profilo più delicato attiene «al necessario contemperamento tra la previsione di sanzioni conservative nei confronti dei controllori e l'esigenza di non menomarne l'autonomia e l'indipendenza»[123].

---

[121] Si rinvia a E. Ginevra, *Le sanzioni disciplinari degli amministratori di S.p.a. ex art. 6 d.lgs. 231/2001*, cit., p. 699 ss., per un'attenta ed esaustiva disamina della sanzione consistente nella revoca dell'incarico.

[122] Secondo l'orientamento dottrinale prevalente, l'azione di responsabilità (art. 2393 c.c.), che come la revoca rappresenta uno strumento sanzionatorio tipico utilizzabile nei confronti degli amministratori, risulterebbe incompatibile – data la sua natura risarcitoria – con l'apparato disciplinare del modello organizzativo. Come è stato osservato dalla dottrina, da un lato, «le violazioni degli obblighi degli amministratori possono infatti preludere ad un interesse o vantaggio per l'ente (così come intesi dall'art. 5) piuttosto che a un danno» e, dall'altro, è proprio la finalità di prevenzione del sistema disciplinare a risultare inconciliabile con gli strumenti riparatori destinati ad operare *ex post*. Così N. Abriani-F. Giunta, *Il sistema disciplinare all'interno del modello di prevenzione dei reati di cui al d.lgs. 231/2001*, cit., p. 278. In linea di principio, poi, la dottrina parrebbe considerare praticabile nei confronti degli amministratori anche il ricorso a provvedimenti disciplinari di carattere "reputazionale" come, ad esempio, il disconoscimento della qualifica di amministratore indipendente pur senza revoca del mandato. Così P. Sfameni, *La responsabilità delle persone giuridiche: fattispecie e disciplina dei Modelli di organizzazione, gestione e controllo,* cit., p. 101. Sul punto, v. D. Piva, *Il sistema disciplinare nel d.lgs. 231/2001: questo «sconosciuto»*, cit., in particolare p. 98, secondo il quale il possibile ricorso a sanzioni di carattere reputazione potrebbe attuarsi mediante specifiche forme di pubblicità in considerazione della natura personale e fiduciaria su cui si fondono determinati rapporti imprenditoriali.

[123] Testualmente N. Abriani-F. Giunta, *Il sistema disciplinare all'interno del modello di prevenzione dei reati di cui al d.lgs. 231/2001*, cit., p. 283. Per F. Tosello, *Sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello 231*, cit., p. 112 s., le sanzioni applicabili nei confronti dei membri del collegio sindacale possono essere, a seconda della gravità, le stesse già previste per i soggetti apicali.

Da un'analisi della prassi dei *compliance programs* in materia è possibile riscontrare, in molti sistemi disciplinari adottati dalle società, l'assenza di sanzioni conservative intermedie irrogabili nei confronti di questa categoria.

Infatti, nella maggior parte dei modelli organizzativi si contempla che, in ipotesi di infrazione disciplinare da parte dei Sindaci, il consiglio di amministrazione possa provvedere ad assumere gli opportuni provvedimenti tra cui, ad esempio, il richiamo in forma scritta ovvero la convocazione dell'Assemblea dei Soci al fine di adottare le misure più idonee consentite dalla legge, ivi inclusa, nelle ipotesi di violazioni di particolare gravità, la revoca dell'incarico.

Soltanto in pochissimi casi, tra le possibili sanzioni che l'ente può adottare nei confronti dei Sindaci è contemplata una decurtazione (anche totale) della parte variabile del compenso (premi, incentivi, *bonus*, ecc.), commisurata alla gravità della violazione accertata ovvero, nel caso in cui le violazioni al modello fossero rilevate una volta che il compenso variabile fosse già stato pagato, la possibilità per la società di recuperare le somme già percepite (sempre secondo una percentuale commisurata alla gravità della violazione accertata).

Infine, è opportuno fare un cenno alle sanzioni che potrebbero essere adottate dall'ente nei confronti dei soggetti "esterni" alla società legati alla stessa da rapporti contrattuali di varia natura (a titolo esemplificativo, fornitori, agenti, collaboratori, revisori, consulenti, *partner* commerciali, appaltatori o altri che agiscono per conto della società nell'ambito delle attività disciplinate dal modello organizzativo)[124].

Per queste categorie non assoggettate a vincoli di subordinazione e nei confronti delle quali non sussiste alcun potere disciplinare da parte della società, sarà necessario prevedere, al momento della stipulazione del contratto o, nel corso del rapporto, se già in essere, l'espressa accettazione da parte dei medesimi: (i) delle regole dettate nella parte generale del modello organizzativo e (ii) delle sanzioni disciplinari in caso di mancato rispetto dei principi e delle regole etico-comportamentali previste dal modello stesso.

Il potere sanzionatorio in questi casi troverà fondamento unicamente nella disciplina contrattuale: pertanto, la violazione delle previsioni contemplate nella parte generale del *compliance program* dovrà essere considerata come inadempimento

[124] V. F. Tosello, op. ult. cit., p. 112.

contrattuale e sanzionata nei casi più gravi, secondo quanto previsto nelle specifiche clausole che dovranno essere inserite nei singoli contratti in cui la società è parte, con la risoluzione di diritto del contratto ai sensi dell'art. 1456 c.c. nei casi più gravi, fatto salvo il risarcimento del danno. Per violazioni non così gravi da comportare la risoluzione del contratto, dovrebbero contemplarsi anche le seguenti sanzioni: la diffida al puntuale rispetto del modello organizzativo, pena l'applicazione di una penale ovvero la sospensione o risoluzione del rapporto negoziale intercorrente con la società e, in un'ottica di intensità crescente, la temporanea sospensione dell'esecuzione del contratto, l'applicazione di una penale pari ad una percentuale prestabilita del corrispettivo pattuito ed eventualmente il mancato riconoscimento o la decurtazione degli incentivi[125]. Logicamente, le clausole e le relative sanzioni possono variare in base alla tipologia di soggetto qualificabile come esterno.

Inoltre, nel caso in cui le violazioni siano commesse da lavoratori somministrati ovvero nell'ambito di contratti di appalto di opere o di servizi, le sanzioni verranno applicate, all'esito dell'accertamento positivo delle violazioni da parte del lavoratore, nei confronti del somministratore o dell'appaltatore.

Peraltro, a parere di chi scrive, l'irrogazione di sanzioni (diverse dalla diffida) nei confronti dei soggetti esterni alla società, in conformità a quanto previsto nelle specifiche clausole contrattuali, dovrebbe altresì costituire impedimento all'instaurazione da parte dell'ente di nuovi rapporti con i medesimi soggetti coinvolti. Si tratterebbe di una misura che potremmo definire di autotutela preventiva per la società: tale misura potrà essere comunque disattesa ma sarà necessaria una decisione motivata della funzione *owner* del rapporto contrattuale in essere con il soggetto sanzionato, d'intesa con le funzioni aziendali legale e *compliance*.

Per concludere, alla luce delle argomentazioni svolte nel presente paragrafo, si deve ritenere che l'esaustiva individuazione nel sistema disciplinare *ex* Decreto di un ampio novero di sanzioni applicabili nei confronti di tutti i possibili destinatari, nonostante le difficoltà operative, rappresenti un momento fondamentale e, per alcuni

[125] V. N. Abriani-F. Giunta, *Il sistema disciplinare all'interno del modello di prevenzione dei reati di cui al d.lgs. 231/2001*, cit., p. 285.

aspetti imprescindibile, in termini di prevenzione e controllo da parte dell'ente del reale assetto di legalità dell'organizzazione aziendale complessivamente intesa[126].

4. IL PROCEDIMENTO DISCIPLINARE: ACCERTAMENTO DELLE VIOLAZIONI E COMPETENZA SULL'APPLICAZIONE DELLE SANZIONI

Non meno significativa rispetto al tema oggetto della nostra indagine è la riflessione sull'organo deputato ad accertare l'illecito disciplinare e ad applicare le eventuali sanzioni.

Anzitutto, per quanto attiene all'individuazione dei soggetti che possono rilevare la *notitia* dell'inosservanza o della violazione delle prescrizioni contenute nel modello organizzativo, come si darà meglio conto nel successivo Capitolo, un compito importante, ancorché non esclusivo[127], spetta all'Organismo di Vigilanza che, come noto, costituisce il terminale di una serie di segnalazioni - da parte di ogni funzione aziendale e da parte di ogni responsabile o preposto a processi ed attività[128] - inerenti, *inter alia*, a gravi anomalie nel funzionamento del modello organizzativo e al mancato rispetto delle misure e regole comportamentali indicate nel modello stesso nonché nelle procedure ad esso relative.

In particolare, come si è avuto modo di osservare in precedenza, l'OdV, pur non potendo in generale esercitare potestà sanzionatoria[129], ha un potere di iniziativa:

---

[126] Al riguardo, continua ad essere di estrema attualità la lezione di Aristotele che, in un celebre passo dell'Etica Nicomachea, ci ricorda come «i più obbediscono più alla necessità che alla ragione e più per le punizioni che per il decoro». Se la *societas* deve invitare e incitare i suoi dipendenti «alla virtù in vista del decoro, come se coloro che ascolteranno siano persone già progredite convenientemente alle buone abitudini», non vi è dubbio che se «poi costoro disobbediscono e sono riottosi per natura», dovranno essere adeguatamente e tempestivamente sanzionati (Aristotele, *Etica Nicomachea*, X, 9, 1180a).

[127] Il procedimento disciplinare, infatti, potrebbe essere attivato anche su diretta iniziativa della funzione Risorse Umane e non a seguito di comunicazione dell'OdV. In questa ipotesi, si ritiene che il responsabile della funzione Risorse Umane, o altro addetto alla medesima funzione, informi immediatamente i membri dell'Organismo di Vigilanza.

[128] Come vedremo nel successivo Cap. II, le segnalazioni possono e devono pervenire all'OdV anche da qualsiasi dipendente che sia a conoscenza di informazioni utili o rilevanti a far emergere condotte illecite di altri dipendenti.

[129] V. R. Salonia-C. Petrucci-S. Taddei, *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e sistema disciplinare*, cit., p. XIII, che sembrerebbero riconoscere in capo all'Organismo di Vigilanza anche un effettivo potere sanzionatorio seppur limitatamente ai soggetti apicali e non già ai sottoposti per i quali il potere disciplinare sarà di esclusiva competenza della funzione Risorse Umane.

svolge, quindi, un ruolo propulsivo per l'avvio dei procedimenti disciplinari nell'ambito del sistema sanzionatorio interno al modello organizzativo. Questo potere dell'OdV si configura come un vero e proprio diritto-dovere di attivazione: infatti, una volta rilevate le infrazioni (direttamente o a seguito di segnalazione), i componenti di questo speciale organismo eseguiranno un'istruttoria, con l'eventuale supporto di altre funzioni aziendali tipicamente coinvolte in attività ispettive e di vigilanza, al fine di raccogliere tutti gli elementi atti a circostanziare i fatti oggetto della rilevazione inerente alla mancanza disciplinare. Al riguardo, l'OdV e ogni suo membro devono avere accesso incondizionato a tutte le fonti di informazione dell'ente per richiedere documenti, acquisire dati, elementi e quanto di necessità per formare un quadro il più chiaro possibile di ogni posizione concernente infrazioni disciplinari.

Resta inteso che tutte le informazioni e la documentazione raccolte nell'espletamento dell'istruttoria su potenziali condotte illecite devono essere archiviate e custodite a cura dell'OdV, avendo cura di mantenere riservati i documenti e le informazioni acquisite, anche nel rispetto della normativa sulla *privacy*. A conclusione dell'attività investigativa-ispettiva svolta, qualora le inosservanze o le infrazioni del modello organizzativo non siano ritenute infondate, l'OdV deve immediatamente informare, anche mediante la trasmissione di una dettagliata relazione sugli esiti dell'istruttoria, gli organi sociali e/o le funzioni aziendali che risultano competenti (in virtù dei poteri e delle attribuzioni loro conferiti dalla normativa applicabile, dallo Statuto e dai regolamenti interni dell'ente) affinché sia avviato il procedimento disciplinare.

Come evidenziato dalla dottrina[130], al fine di ripartire le competenze disciplinari, l'ente deve sempre ispirarsi al principio dell'indipendenza del giudizio per evitare possibili conflitti di interesse. Pertanto, nella concreta predisposizione del procedimento di accertamento e di applicazione della (eventuale) sanzione disciplinare, la società non potrà prescindere da una adeguata valorizzazione della tipologia contrattuale di lavoro e/o dell'incarico svolto dal soggetto nei cui confronti si procede: il soggetto investito del potere disciplinare nell'ambito dell'apparato

Sull'eventualità che l'Organismo di Vigilanza possa esercitare un potere sanzionatorio diretto tramite deleghe specifiche v. P. Sfameni, *La responsabilità delle persone giuridiche: fattispecie e disciplina dei Modelli di organizzazione, gestione e controllo*, cit., p. 91.

[130] D. Piva, *Il sistema disciplinare nel d.lgs. 231/2001: questo «sconosciuto»*, cit., p. 100.

sanzionatorio interno al modello organizzativo non potrà che essere differente, a seconda della posizione rivestita dall'incolpato (ossia, dipendente in senso stretto, lavoratore subordinato con la qualifica di dirigente, consigliere, sindaco o altri soggetti).

Tanto chiarito, non resta che esaminare quale sia in concreto l'organo o la funzione a cui compete la potestà sanzionatoria, con l'avvertenza che le considerazioni che svolgeremo rappresentano delle indicazioni di massima che potrebbero essere, nella pratica, parzialmente disattese da scelte aziendali differenti. Il dato empirico in materia, infatti, propone scenari in parte eterogenei per quanto attiene alle scelte compiute dagli enti in ordine alle diverse competenze disciplinari nei confronti degli apicali, degli amministratori e dei sindaci.

Iniziando la nostra disamina dai dipendenti in senso stretto (quadri, impiegati ed operai) appare senz'altro corretto prevedere che nei confronti di tali soggetti la competenza all'esercizio del potere disciplinare spetti alla funzione aziendale Risorse Umane incaricata di gestire il relativo rapporto contrattuale.

Pertanto, a seguito della segnalazione da parte dell'OdV di violazioni delle misure prescrittive indicate nel modello organizzativo (che non siano state ritenute infondate), tale funzione dovrà attivare il procedimento disciplinare ed istruirlo nel rispetto delle disposizioni normative vigenti, del contratto collettivo applicato nonché delle procedure operative aziendali in materia, irrogando eventualmente la sanzione disciplinare ritenuta adeguata in relazione alla gravità della violazione accertata.

A tal proposito, potrebbe essere opportuno prevedere espressamente nel sistema disciplinare di cui al Decreto che, qualora le infrazioni del modello organizzativo da parte dei dipendenti (ma ciò vale anche per i dirigenti) siano astrattamente riconducibili a una fattispecie penalmente rilevante, la società, ove non sia in grado, in pendenza di eventuali indagini della magistratura e per mancanza di elementi sufficienti, di operare una chiara ed esaustiva ricostruzione dei fatti, potrà, nell'attesa dell'esito degli accertamenti giudiziali, formulare nei confronti dei soggetti individuati come responsabili una comunicazione con la quale si riserva ogni diritto ed azione ai sensi di legge.

Qualora, invece, la condotta rilevante sul piano disciplinare sia riconducibile a un soggetto in posizione apicale, l'OdV dovrebbe darne immediata informativa al

presidente del consiglio di amministrazione e al *Chief Executive Officer* il quale, per il tramite del responsabile della funzione Risorse Umane, attiverebbe il procedimento disciplinare mediante invio al dirigente interessato di apposita comunicazione scritta di contestazione *ex* art. 7 dello Statuto dei Lavoratori. In base all'esito dell'istruttoria condotta, il *Chief Executive Officer* valuta la posizione dell'interessato, nonché l'implementazione del relativo procedimento sanzionatorio il quale deve necessariamente osservare le modalità operative e le tempistiche contemplate dalle norme giuslavoristiche vigenti e dai contratti collettivi ove applicati.

Nell'ambito dell'*iter* sopra descritto, occorre spendere qualche riflessione per la specifica ipotesi in cui la possibile inosservanza o infrazione del modello organizzativo sia ascrivibile a un dirigente che ricopre altresì l'incarico di consigliere della società. In tal caso, l'OdV dovrebbe trasmettere, tramite apposita relazione, le risultanze della propria attività istruttoria al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale per gli aspetti di competenza. A seguito dell'acquisizione della relazione dell'OdV, il consiglio di amministrazione dovrebbe attivare il procedimento disciplinare per la valutazione dell'opportuno provvedimento sanzionatorio. Qualora, all'esito del procedimento, sia comminata la sanzione del licenziamento, il CdA valuterà la necessaria convocazione dell'Assemblea dei Soci per deliberare la revoca del consigliere dall'incarico.

In merito ai membri del consiglio di amministrazione occorre invece differenziare la fase di attivazione e istruzione del procedimento disciplinare dalla fase di concreta determinazione e irrogazione della misura sanzionatoria: infatti, in queste due fasi il potere disciplinare dovrebbe ripartirsi diversamente a seconda del provvedimento da adottare.

Per quanto attiene alla prima fase, può prevedersi che l'OdV informi tempestivamente, predisponendo apposita e dettagliata relazione, il consiglio di amministrazione e il collegio sindacale in merito alle risultanze della propria attività istruttoria. A seguito dell'acquisizione della relazione, il consiglio di amministrazione dovrebbe convocare il consigliere a cui è contestata la violazione per un'adunanza del consiglio da effettuarsi secondo le modalità di convocazione del CdA stesso. In occasione dell'adunanza del CdA, in presenza del presidente dell'OdV e del presidente del collegio sindacale, dovrebbe essere disposta l'audizione dell'interessato,

l'acquisizione delle eventuali deduzioni scritte da quest'ultimo formulate e l'espletamento degli eventuali ulteriori accertamenti ritenuti opportuni o necessari. A seguire, il CdA, con l'astensione del consigliere coinvolto, valutata la veridicità e fondatezza dei fatti denunciati, potrebbe procedere direttamente all'irrogazione della sanzione ritenuta applicabile in relazione alla fattispecie, salvo l'ipotesi di violazione di maggiore gravità tale da richiedere la revoca dell'incarico. In quest'ultima ipotesi, infatti, il consiglio di amministrazione, con l'esclusione del consigliere interessato, deve necessariamente convocare l'assemblea dei soci, proponendo i provvedimenti ritenuti opportuni ai sensi dell'art. 2383, comma 3, c.c., fatta salva ogni ulteriore azione a tutela degli interessi della società.

Analogamente, il procedimento sopra descritto dovrebbe trovare applicazione anche qualora sia riscontrata una violazione da parte dei membri del collegio sindacale delle procedure interne previste dal modello organizzativo o di adozione, nell'esercizio delle proprie attribuzioni, di provvedimenti che contrastino con le disposizioni o i principi del modello stesso.

Il CdA, valutata la rilevanza e fondatezza della segnalazione relativa al sindaco, deve sempre provvedere a convocare senza indugio l'assemblea dei soci nell'ipotesi di violazioni tali da integrare giusta causa di revoca dell'incarico: la decisione del consiglio di amministrazione (anche nel caso sia accertata l'infondatezza dei fatti denunciati) e/o quella dell'assemblea, a seconda dei casi, deve essere comunicata per iscritto all'Organismo di Vigilanza per le opportune valutazioni.

Infine, per quanto attiene ai soggetti terzi (ad esempio, fornitori, appaltatori, consulenti ecc.), si potrebbe prevedere che l'OdV trasmetta, eventualmente con il coinvolgimento della funzione *compliance* o *audit*, al responsabile della funzione *owner* del rapporto contrattuale una relazione dalla quale si evincano: la descrizione della condotta contestata; l'indicazione delle previsioni del modello organizzativo che risultano essere state violate e gli eventuali documenti ed elementi a supporto della contestazione. L'applicazione delle sanzioni contemplate nei confronti di tali soggetti dovrebbe essere di competenza della suddetta funzione *owner*, d'intesa con altre funzioni aziendali per quanto di competenza (si pensi, a titolo di esempio, alla funzione *procurement* e alla funzione legale). Resta fermo che l'ente potrà anche prevedere nel

sistema disciplinare che sia l'organo amministrativo a procedere nei confronti di tali soggetti per l'irrogazione delle sanzioni.

Come si evince chiaramente dalle considerazioni fin qui svolte, all'Organismo di Vigilanza non compete un potere sanzionatorio diretto[131]. Tuttavia, tale organismo, al quale spetta il monitoraggio del funzionamento e dell'effettività del sistema disciplinare, avrà comunque un ruolo rilevante in tutte le fasi del procedimento di accertamento dell'infrazione e di irrogazione delle sanzioni disciplinari. Innanzitutto, l'OdV deve essere costantemente tenuto informato dell'andamento e dell'esito del procedimento disciplinare potendo svolgere, come già anticipato, una funzione consultiva. L'organismo *de quo* può sicuramente esprimere osservazioni e trasmettere pareri sulla configurabilità della condotta illecita o sulla tipologia di provvedimento disciplinare che si ritiene irrogabile nel caso concreto. Tali pareri, pur non potendo ritenersi vincolanti, imporranno, comunque, un onere di motivazione in caso di dissenso. Pertanto, qualora la misura sanzionatoria, che la funzione e/o l'organo compente al giudizio disciplinare intenda irrogare, fosse diversa da quella proposta dall'OdV, si ritiene che allo stesso debba essere data idonea motivazione scritta della differente scelta.

Sempre nella medesima prospettiva, all'OdV dovrebbe essere fornita informazione preventiva in merito all'eventuale proposta di archiviazione di un procedimento disciplinare, affinché possa esprimere il proprio parere che deve pervenire alla funzione e/o all'organo decidente entro i termini previsti per la conclusione del procedimento disciplinare.

In proposito, pare importante sottolineare come la decisione circa l'irrogazione di una misura sanzionatoria da parte dell'organo competente al giudizio disciplinare non vada qualificata come obbligo, bensì come onere[132], potendo tale soggetto, da un

---

[131] In proposito, v. P. Sfameni, *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori ed organismo di vigilanza*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 185, secondo il quale, in linea di principio, devono ritenersi estranei all'Organismo di Vigilanza poteri di intervento impeditivi nei confronti di condotte irregolari o illecite e poteri disciplinari o sanzionatori diretti. Tali attività, infatti, presuppongono l'esercizio di un'autorità e di una signoria sui comportamenti altrui all'interno e all'esterno dell'impresa.

[132] Al riguardo, si sottolinea che lo stesso art. 2106 c.c., rubricato *Sanzioni disciplinari*, precisa che l'inosservanza delle disposizioni di cui agli artt. 2104 (*Diligenza del prestatore di lavoro*) e 2105 c.c (*Obbligo di fedeltà*) «*può* dar luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari, secondo la gravità dell'infrazione», con una evidente allusione all'assenza di qualsiasi automatismo della misura sanzionatoria e ad un certa discrezionalità dell'imprenditore. In argomento, v. E. Ginevra, *Le sanzioni disciplinari degli amministratori di S.p.a. ex art. 6 d.lgs. 231/2001*, cit., p. 696.

lato, non essere in grado, in concreto, di operare una esaustiva ricostruzione dei fatti che renda possibile operare quel necessario accertamento della fondatezza della condotta costituente infrazione disciplinare e, dall'altro, escludere l'applicabilità della sanzione là dove abbia giudicato l'inosservanza del modello organizzativo assai lieve, se non insignificante.

Su questo specifico punto e sulle relazioni tra funzioni aziendali deputate alle verifiche disciplinari e OdV si tornerà, come anticipato, nel successivo Capitolo II data la rilevanza della questione.

Tanto chiarito in ordine alla definizione delle competenze disciplinari e al ruolo propulsivo e consultivo svolto dall'OdV, non resta che richiamare, seppur brevemente in quanto oggetto di precedente disamina, i principi generali ai quali deve ispirarsi l'ente nella concreta redazione – nell'ambito del sistema disciplinare interno al modello organizzato – del procedimento di accertamento dell'illecito e di (eventuale) irrogazione della sanzione disciplinare

In termini generali, il procedimento disciplinare di accertamento dell'inosservanza o possibile infrazione delle prescrizioni contenute nel modello organizzativo deve essere rispettoso delle garanzie del contraddittorio, del principio di immutabilità della contestazione (che deve altresì avere ad oggetto fatti specifici) e dell'obbligo di motivazione del provvedimento adottato.

Inoltre, tale procedimento deve essere coerente ed armonizzarsi con le leggi e le altre disposizioni regolamentari vigenti, nonché con i contratti collettivi nazionali del lavoro applicabili al settore di riferimento dell'ente, avendo anche riguardo alle disposizioni di cui all'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori, il quale dispone la preventiva contestazione scritta dell'addebito all'interessato al fine di garantire il suo diritto di difesa. Peraltro, deve essere sempre consentito al destinatario della contestazione di fornire le sue giustificazioni e controdeduzioni per iscritto ed essere sentito a sua difesa, assistito, eventualmente, da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato.

Per i destinatari del modello organizzativo che sono legati da contratti di natura diversa dal rapporto di lavoro subordinato (ivi inclusi i componenti degli organi sociali e, in generale, i soggetti terzi), le procedure disciplinari dovranno essere coerenti con la legge e con le relative condizioni contrattuali.

5. L'IMPORTANZA DI UN EFFICACE SISTEMA DISCIPLINARE AI FINI DEL "RECESSO ATTIVO" DELL'ENTE

Nei precedenti paragrafi è stata esaminata, *inter alia*, la funzione preventiva del sistema disciplinare in ordine alla sua capacità di neutralizzazione dei meccanismi genetici del reato nell'ipotesi di condotte irregolari o illecite, anche non sanzionate penalmente, concludendo che lo stesso rappresenta il miglior alleato degli enti per evitare al proprio interno il compimento di fattispecie criminose rilevanti ai sensi del Decreto.

In particolare, si deve ritenere che il sistema disciplinare interno al modello 231 non è solo uno dei mezzi per prevenire la commissione di un reato, ma è probabilmente il principale strumento a disposizione dell'ente e, pertanto, la nuova sfida del d.lgs. 231 del 2001 andrebbe giocata anche in questo campo, per molti aspetti sottovalutato.

Vi è adesso da approfondire l'eventuale funzione del sistema disciplinare nell'ipotesi specifica in cui l'intervento sanzionatorio della società sia attivato quando l'*iter* realizzativo del delitto-presupposto intrapreso dai soggetti in posizione apicale o dai sottoposti sia oramai in corso ma la configurazione dello stesso si arresti alla soglia del tentativo.

Al riguardo, l'art. 26, comma 1, estende la responsabilità amministrativa degli enti anche alle ipotesi in cui il delitto presupposto, per le fattispecie espressamente indicate negli artt. 24 ss.[133], non venga consumato, ma sia posto in essere in forma tentata e comunque nell'interesse o a vantaggio della società[134]. In tale ipotesi, la

[133] La formulazione letterale dell'art. 26 consente di estendere la punibilità in forma tentata a tutte le fattispecie che sono state inserite nel catalogo dei reati presupposto successivamente all'entrata in vigore del Decreto e a tutte quelle che verranno incluse in futuro, poiché la disposizione si applica a tutti i delitti indicati nel primo capo.

[134] Per i delitti tentati valgono gli stessi criteri di attribuzione stabiliti per gli altri reati, dunque, è necessario ravvisare l'interesse o il vantaggio che l'ente trae dal delitto tentato perché possa esserne ritenuto responsabile. Per un'analisi su come il presupposto dell'interesse o vantaggio dell'ente venga a modellarsi con riferimento ai casi in cui la condotta della persona fisica si sia arrestata alla soglia del tentativo, v. G. de Falco, *Delitto tentato e profili di responsabilità dell'ente*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2013, p. 81 s. Per ciò che concerne l'accertamento, sotto il profilo probatorio, del requisito dell'interesse o vantaggio della *societas*, per l'Autore «appare inevitabile che nel caso di delitto tentato il mancato completamento dell'azione criminosa possa portare a maggiori difficoltà nella verifica del requisito stesso, atteso che, assai spesso, il requisito in parola può essere desunto proprio dalle modalità con cui si è articolata, e conclusa, l'azione criminosa». Cfr. F. Sbisà-E. Spinelli-M. Fonsmorti-M. Seminara-T. Faelli, *Delitti tentati*, in Aa.Vv., *Responsabilità amministrativa degli enti (d. lgs. 231/01)*, a cura di F. Sbisà-E. Spinelli-Studio Legale Bonelli Erede *with* Lombardi, Wolters Kluwer, 2020, p.

norma in commento prevede, a livello di trattamento sanzionatorio, la riduzione da un terzo alla metà delle sanzioni pecuniarie e interdittive previste a carico dell'ente imputato[135].

Il comma 2 della medesima disposizione introduce, invece, sempre per le fattispecie tentate, un'esclusione di responsabilità per l'ente in un particolare caso di "recesso attivo", che si configura quando la società «volontariamente impedisce il compimento dell'azione o la realizzazione dell'evento»[136]. In tale ipotesi, si può ritenere che l'attivazione da parte dell'ente del sistema disciplinare interno al modello organizzativo potrebbe avere, nei termini che di seguito vedremo, una rilevanza decisiva nella valutazione che l'autorità giudiziaria (sia essa il p.m. o il giudice) è chiamata a compiere ai fini dell'eventuale operatività del meccanismo premiale in esame.

Per una corretta disamina delle circostanze in presenza delle quali un'iniziativa disciplinare adeguata possa costituire una forma di "recesso attivo" in grado di escludere la responsabilità dell'impresa, sempre che l'azione non sia compiuta o l'evento non realizzato, appare necessaria una preliminare analisi esegetica della norma in commento, anche alla luce di quanto previsto dalla Relazione ministeriale al d.lgs. 231/2001 (di seguito, la "Relazione"). Inoltre, nella prospettiva che ci occupa, è altresì doverosa una breve disamina delle differenze di disciplina, in tema di delitto

275 s. Per un'analisi dei presupposti e confini della responsabilità degli enti per i delitti tentati, v. A. Gullo, *La disciplina del tentativo,* in Aa.Vv., *Responsabilità da reato degli enti - Volume I Diritto sostanziale*, a cura di G. Lattanzi-P. Severino, Giappichelli, 2020, p. 359 ss.

[135] Nel silenzio dell'art. 26, secondo parte della dottrina, la riduzione della sanzione pecuniaria dovrebbe essere operata sulla sanzione complessiva finale, sulla base del numero di quote applicabili e dell'importo da attribuire a ciascuna di esse in base al normale criterio di computo. Così G. de Falco, Sub *Art. 26,* in Aa.Vv., *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti (d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231),* a cura di M. Levis-A. Perini, Zanichelli, 2014, p. 792.

[136] Per un'analisi delle differenze tra la disciplina codicistica del delitto tentato e quella dettata, per gli enti, dal d.lgs. 231/2001, v. G. de Falco, *Delitto tentato e profili di responsabilità dell'ente*, cit. p. 77 ss. Vedi V. D'Acquarone -R. Roscini-Vitali, *L'investigazione interna nel procedimento a carico dell'ente: alcuni spunti per l'integrazione del modello di organizzazione e gestione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2020, p. 346 (nota 89), per i quali la norma in esame ha effetto sia nell'ipotesi in cui non sia stato adottato un modello organizzativo, sia nell'ipotesi in cui esista un modello che non si sia rivelato concretamente idoneo a impedire la condotta illecita. Tale ricostruzione si desumerebbe dal fatto che l'art. 26, comma 2, «non impegna l'entità collettiva ad impedire il compimento dell'azione o la realizzazione dell'evento per mezzo del Modello di organizzazione e di gestione, del quale, anzi, si tace nel testo della disposizione». Sul punto v. anche F. Sbisà-E. Spinelli-M. Fonsmorti-M. Seminara-T. Faelli, *Delitti tentati,* in Aa.Vv., *Responsabilità amministrativa degli enti (d. lgs. 231/01)*, cit., p. 274 ss.

tentato, dell'art. 26 rispetto alla parallela figura prevista per le persone fisiche dall'art. 56 c.p.

Iniziando da un'analisi "in parallelo" delle fattispecie previste nelle rispettive disposizioni, si profila l'importante elemento differenziali a cui si è già fatto cenno: l'art. 26 stabilisce - per l'ipotesi di recesso attivo - un trattamento per l'ente maggiormente favorevole rispetto a quello assicurato alle persone fisiche. In particolare, se il comma 1 dell'art. 26 recepisce quanto disposto per gli individui dal comma 2 dell'art. 56 c.p., prevedendo, nei confronti dell'ente, uno sconto di pena, seppur potenzialmente più consistente rispetto a quello garantito dal codice penale, qualora l'azione criminosa che l'agente mira a realizzare si sia arrestata alla sfera del tentativo per un qualsiasi motivo diverso dal tempestivo intervento della società, il comma 2 della norma in commento, presenta al contrario significativi elementi di novità rispetto a quelli che caratterizzano la norma del codice penale. Infatti, per l'ente che abbia volontariamente impedito il compimento dell'azione illecita o la realizzazione dell'evento è disposta, come già accennato, l'esclusione di responsabilità, laddove, invece, l'art. 56 c.p. prevede, in caso di recesso attivo, la sottoposizione alla sanzione prevista per il delitto tentato, ridotta da un terzo alla metà.

Sicché, mentre la disciplina codicistica configura l'ipotesi di recesso attivo come mitigazione della pena, il Decreto la qualifica, a favore dell'ente, come causa di esclusione della responsabilità.

Alla luce di queste prime riflessioni, sembrerebbe, dunque, che il Decreto non prenda in considerazione l'ipotesi, pur contemplata nell'art. 56 comma 3 c.p., per la quale il reo che volontariamente desiste dall'azione soggiace soltanto alla pena per gli atti compiuti qualora questi costituiscano un diverso reato (cd. "desistenza volontaria"). In effetti si tratta di una conclusione affatto scontata, dal momento che, nella disciplina sulla responsabilità da reato degli enti, ad essere premiato non è solo l'impedimento dell'evento (il recesso attivo, appunto), ma anche il compimento dell'azione. Né si potrebbe obiettare che la desistenza volontaria di natura codicistica presupponga una necessaria attivazione di colui (persona fisica) che l'azione sta compiendo, dal momento che allora alla medesima conclusione si dovrebbe arrivare per il recesso attivo. Si potrebbe, pertanto, osservare che il legislatore del 2001 abbia coniato una nuova figura nella quale desistenza volontaria e recesso attivo hanno

trovato una perfetta sintesi[137]. Questa conclusione, però, come noto non è affatto pacifica in dottrina[138], anche perché la Relazione al Decreto giustifica l'art. 26, comma 2, solo nell'ottica del recesso. Va, però, evidenziato come ci sia stato un generale fraintendimento della Relazione posto che essa chiarisce come il disinteresse per la "desistenza volontaria" sia dovuto alla «sostanziale superfluità» dell'impunità di una condotta di desistenza[139], che sarebbe già ricavabile sul piano dell'interpretazione e dei principi. In altre parole, non è vero che la desistenza dell'ente non sia premiata: d'altra parte l'art. 26 lo esplicita chiaramente. Semplicemente, il riferimento alla desistenza è comunque desumibile dal sistema, anche perché dove è riconosciuto il più, il meno sarebbe comunque implicito. Ed invero, se già alle condotte riparatorie e resipiscenti poste in essere dall'ente successivamente alla realizzazione del reato-presupposto è stata attribuita nel Decreto una notevole efficacia attenuante nonché esimente (potendo arrivare ad escludere l'applicazione delle sanzioni interdittive), non poteva che riconoscersi l'esclusione di responsabilità per l'ente a fronte di controazioni dello stesso talmente tempestive da scongiurare lo stesso accadimento dell'illecito. Inoltre, si legge nella ricordata Relazione, se il fondamento della punibilità del tentativo risiede nell'esposizione a pericolo del bene protetto, allora deve ritenersi che l'ente, il quale volontariamente impedisce l'azione o la realizzazione dell'evento, «compie una inequivocabile scelta di campo in favore della legalità, disinnescando la fonte di rischio o comunque impedendo che la stessa sprigioni definitivamente i suoi effetti dannosi».

Se questo è dunque il contesto in cui va interpretata la norma in esame, si deve ritenere condivisibile la scelta legislativa (e le motivazioni sottese alla stessa) di prevedere, nel caso di fattispecie criminosa che si trovi ancora nello stadio del tentativo, l'esclusione della punibilità dell'ente a fronte del fatto che si abbia solo una messa in pericolo del bene protetto per il volontario e tempestivo intervento della

[137] Cfr. T.E. Epidendio, *Reati da cui dipende l'illecito,* in *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, di A. Basssi-T. E. Epidendio, Giuffrè, 2006, p. 124.
[138] V. G. de Falco, *Delitto tentato e profili di responsabilità dell'ente*, cit. p. 85; F. Sbisà-E. Spinelli-M. Fonsmorti-M. Seminara-T. Faelli, *Delitti tentati*, in Aa.Vv., *Responsabilità amministrativa degli enti (d. lgs. 231/01)*, cit., p. 275.
[139] Par. 12.2 della Relazione.

società. A ciò si aggiunga che la decisione di non far rispondere l'ente rispecchia i principi sottesi alla disciplina 231 ispirata ad una logica di prevenzione[140].

Vediamo, dunque, ora, come il sistema disciplinare possa influire sulla esclusione di responsabilità *ex* art. 26, comma 2. A tal fine è necessario interrogarsi sulla previsione della "volontarietà" come condizione essenziale per l'applicazione della norma, verificando in quali termini essa operi per l'ente che ha impedito la concreta realizzazione dell'illecito *in fieri*.

Nello specifico, occorre affrontare la questione di come può essere interpretato questo elemento soggettivo della fattispecie, ove si consideri che lo stesso appare più attinente alla consistenza psicologica delle persone fisiche che abbiano intrapreso l'azione criminosa piuttosto che ad una persona giuridica non dotata di capacità volitiva.

Non si tratta, a ben vedere, di una questione meramente teorica poiché, a seconda del significato che si intende attribuire all'avverbio "volontariamente", derivano importanti conseguenze sotto l'aspetto pratico dell'individuazione dei comportamenti attivi dell'ente, assunti nell'ambito del sistema disciplinare, che possano ritenersi significativi ai fini del riconoscimento dell'esimente. Ci si domanda, in particolare, se dovrebbe o meno essere esclusa l'operatività dell'istituto in esame qualora la società, che non sia a conoscenza della prossima consumazione del reato, abbia comunque impedito il compimento dell'azione o la realizzazione dell'evento mediante l'adozione di una sanzione disciplinare nei confronti della persona fisica autrice dell'azione criminosa.

Al fine di delimitare in termini chiari la problematica *de qua*, si ritiene necessario fare un esempio pratico. Immaginiamo che la società instauri un procedimento disciplinare nei confronti di un dipendente (apicale o sottoposto) per violazione di una norma programmatica del modello organizzativo che, ad esempio, impone il coinvolgimento della funzione legale e della altre funzioni aziendali e un

[140] Invero, come chiarito dalla Relazione «la scelta di non far rispondere l'ente costituisce (…) la conferma di un sistema di responsabilità estremamente dosato, che esclude o gradua la risposta sanzionatoria in funzione dell'intensità e della tempestività con le quali assicura la salvaguardia del bene protetto. Se la responsabilità è attenuata in presenza di un post-fatto che reintegra quanto possibile l'offesa, a maggior ragione deve essere esclusa quando ricorre un'azione che impedisce lo stesso accadimento dell'illecito». Vedi V. Loria, Sub *Art. 26 Delitti tentati*, in G. Lasco-V. Loria-M. Morgante, *Enti e responsabilità da reato. Commento al d.lgs. 2001, n. 231*, Giappichelli, 2017, p. 401.

adeguato livello autorizzativo in caso di modifiche sostanziali agli standard contrattuali relativi ad offerte commerciali. Ipotizziamo anche che, al termine degli accertamenti svolti e alla luce degli elementi raccolti per la ricostruzione dei fatti, la società ritenga di adottare, nei confronti del soggetto responsabile dell'infrazione, una semplice ammonizione scritta. In questa ipotesi, l'adozione di una sanzione lieve come il richiamo scritto potrebbe dipendere dal fatto che l'ente si sia erroneamente convinto – anche perché indotto dai rilievi e/o deduzioni, sia scritte che orali, del dipendente interessato – che la violazione sia sostanzialmente dipesa da semplice negligenza oppure da una insufficiente conoscenza degli standard di controllo specifici per la gestione delle attività sensibili giustificata, ad esempio, da un'inadeguata attività di formazione aziendale[141].

Appare chiaro che, nel caso prospettato, l'ente abbia ritenuto che non vi fosse alcuna intenzionalità nell'infrazione e, pertanto, non abbia sospettato la possibile prossima consumazione del reato presupposto, poiché, diversamente, la sanzione prescelta sarebbe stata molto più grave.

Ciò nonostante, l'adozione di una misura disciplinare come il richiamo scritto o la multa, è un comportamento che potrebbe, in concreto, impedire la consumazione del reato perché potrebbe indurre l'agente a desistere dai suoi intenti o dalla prosecuzione dell'azione. Qualsiasi procedimento disciplinare, infatti, per il solo fatto di essere stato attivato e indipendentemente dalla tipologia di sanzione irrogata in concreto dalla funzione aziendale e/o dall'organo sociale competente in materia, rappresenta per il dipendente un campanello di allarme dell'attenzione della società sulla sua condotta lavorativa. E tale "attenzione" potrebbe avere, ragionevolmente, un'effettiva capacità deterrente per il soggetto agente nella prosecuzione della condotta illecita.

[141] Se il licenziamento presuppone un'inosservanza delle disposizioni impartite dall'ente rilevanti ai sensi del modello organizzativo, che configuri una giusta causa di risoluzione del rapporto di lavoro (in questa ipotesi è verosimile ritenere che la società abbia raccolto, nell'ambito delle indagini connesse al sistema disciplinare, ampia documentazione comprovante i gravi addebiti del presunto comportamento illecito del dipendente), provvedimenti disciplinari come il richiamo verbale o l'ammonizione scritta - adottabili in presenza di un'inosservanza, anche lieve, di quanto previsto nel modello ma non in grado, per quanto a conoscenza della società, di esporre la stessa a situazioni di pericolo - potrebbero essere applicati anche in difetto di consapevolezza da parte dell'ente della fattispecie criminosa *in fieri* ma ciononostante essere idonei ad impedire volontariamente il compimento dell'azione o la concreta realizzazione dell'illecito.

Inoltre, alcune tipologie di provvedimenti disciplinari, quali, ad esempio, la sospensione dal lavoro, l'adibizione ad altre mansioni o il trasferimento in un'altra funzione aziendale, potrebbero impedire il compimento dell'azione criminosa perché, indipendentemente dalla loro efficacia deterrente, renderebbero, di fatto, non più agevolmente realizzabili dal dipendente gli atti ulteriori necessari per la realizzazione dell'evento.

Alla luce di quanto sopra esposto e ai fini della nostra disamina, ci si interroga sulla possibilità che l'adozione di sanzioni disciplinari da parte dell'ente che abbia impedito che l'autore del reato portasse a compimento la sua condotta o che si verificasse l'evento, possa essere considerato comportamento "volontario" ai fini del recesso attivo, qualora non vi sia consapevolezza da parte della società della prossima consumazione del reato presupposto.

Per rispondere al quesito *de quo*, in assenza di qualsivoglia indicazione normativa o giurisprudenziale, si deve ritenere necessaria un'attenta riflessione, anche alla luce delle varie tesi sposate dalla dottrina, sul significato che dovrebbe essere attribuito all'avverbio "volontariamente", che di per sé è suscettibile di una varietà di interpretazioni.

In via generale, è la *ratio* dell'art. 26, comma 2 – da riferire all'esigenza di tutela del bene penalmente protetto e non già ad una consistenza "etica" del comportamento della società – che deve guidarci nella scelta ermeneutica tra più significati tutti compatibili con il dato letterale.

È condivisibile l'orientamento dottrinale secondo cui il riferimento - nell'art. 26, comma 2 - alla «volontarietà» del comportamento posto in essere dalla società che ha impedito il perfezionarsi della fattispecie criminosa non convince del tutto per il suo carattere ambiguo, «giacché sembra presupporre condotte involontarie dell'ente con riferimento, quindi, ad elementi strettamente psicologici che implicano un sostrato biologico del soggetto che manca all'ente»[142]. Invero, il legislatore delegato nella redazione della previsione in commento sembra soggiacere «ad un'evidente suggestione antropomorfica»[143], atteso che il requisito della "volontarietà" dovrebbe essere ricondotto, come anticipato, alla condizione psicologica della persona fisica che

[142] Così T.E. Epidendio, *Reati da cui dipende l'illecito*, in *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, cit., p. 125.
[143] Così G. De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 303.

abbia intrapreso l'azione criminosa e non all'impresa, nei cui confronti appare difficilmente attribuibile una volontà sostenuta da resipiscenza interiore nel senso di autentico pentimento. Sicché, sarebbe stato preferibile «valorizzare comportamenti di neutralizzazione imputabili all'ente come tale, nella distinta ottica "strutturale-organizzativa"»[144].

Ugualmente condivisibile la posizione di quella dottrina che richiede, ai fini della verifica della "volontarietà", una valutazione esclusiva dell'«effettiva utilità ed idoneità allo scopo di cui si tratta, di atti o decisioni assunte da soggetti afferenti all'ente»[145]. Tale costruzione sembrerebbe non implicare, per l'applicazione dell'esimente, che alla società debba essere sempre nota l'imminente commissione del reato. Appare comprensibile che il meccanismo premiale operi quando la condotta dell'ente - consapevole o meno del retroscena criminoso - abbia raggiunto l'effetto di neutralizzare il reato.

Logicamente, ai fini dell'esclusione di una responsabilità dell'ente per la ricorrenza di un'ipotesi di recesso attivo, sarà sempre necessario dimostrare che la sanzione disciplinare adottata nel caso specifico abbia effettivamente impedito il compimento dell'illecito e che, quindi, sussista un nesso di causalità tra l'agire dell'ente e il mancato verificarsi di quell'evento perseguito dal soggetto agente del reato presupposto.

Si deve ritenere coerente, dunque, con la *ratio legis* sottesa al sistema 231, un'interpretazione estensiva del dettato normativo che, ai fini dell'individuazione del comportamento volontario dell'ente in grado di scongiurare la consumazione del delitto *in itinere*, richiede - ai fini del recesso attivo - di valutare la sola «sussistenza del semplice nesso di causalità fra l'attività dell'ente e la mancata realizzazione della

---

[144] G. De Vero, op. ult. cit., p. 303. V. F. Sbisà-E. Spinelli-M. Fonsmorti-M. Seminara-T. Faelli, in Aa.Vv., *Delitti tentati*, in *Responsabilità amministrativa degli enti (d. lgs. 231/01)*, cit., p. 275, dove si precisa che ai fini dell'esclusione di responsabilità «occorre che il recesso attivo sia riconducibile all'ente in quanto organizzazione e non alla volontà del singolo, che opera per conto dell'ente, ma che abbia agito per coscienza personale». Secondo A. Gullo, *La disciplina del tentativo*, in *Responsabilità da reato degli enti - Volume I Diritto sostanziale*, cit., p. 363, che «non potrà considerarsi volontario il comportamento dell'ente imposto da circostanze esterne (una variazione organizzativa oppure una modifica procedurale, che eviti la consumazione del reato, realizzata a seguito di minaccia di un dipendente di denunciare i fatti all'Autorità Giudiziaria). Così come l'eventuale desistenza della persona fisica autrice del reato presupposto non potrà spiegare effetti per l'ente».

[145] E. M. Giarda – F. M. Giarda, Sub *Art. 26*, in Aa.Vv., *La responsabilità "penale" delle persone giuridiche (D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231)*, a cura di A. Giarda-E. M. Mancuso-G. Spangher-G. Varraso, Ipsoa, 2007, p. 208.

condotta o il compimento dell'evento»[146]. Infatti, pur nella genericità del dettato normativo, non sembra vi siano ragioni per escludere le ipotesi in cui la portata criminosa non sia conosciuta o sospettata dalle persone fisiche che abbiano agito nell'interesse dell'ente impedendo la prossima consumazione del reato. Ciò che rileva è che la determinazione della società, intesa come determinazione della sua struttura organizzativa e/o gestionale, «sia comunque improntata al rispetto della legalità e della corretta gestione delle procedure operative dell'ente»[147], indipendentemente dal fatto che tale determinazione sia motivata o meno dalla consapevolezza della fattispecie criminosa *in fieri*.

Alla luce dell'analisi sin qui svolta, appare ragionevole concludere che l'esclusione di responsabilità *ex* art. 26, comma 2, possa operare non soltanto in presenza di singole condotte estemporanee poste in essere con lo specifico intento di interrompere l'azione criminosa, ma anche in base a «iniziative "gestionali" più ampie quali atti disciplinari, circolari e provvedimenti di qualunque tipo»[148] che, seppur adottate senza che sia nota o sospettata la portata criminosa dell'azione, riescano in concreto ad impedire la realizzazione dell'evento. Nel termine "volontarietà" non sarebbe insita alcuna connotazione etica e, pertanto, la stessa non dovrebbe presupporre spontaneità e meritevolezza delle motivazioni. Volontaria sarebbe l'azione a prescindere dalle ragioni che la giustificano, che potrebbero essere pure utilitaristiche: in questa prospettiva, sarebbe volontaria la condotta dell'ente a cui non

---

[146] Così V. Loria, Sub *Art. 26*, in Aa.Vv., *Enti e responsabilità da reato. Commento al d.lgs. 2001, n. 231*, cit., p. 402. Interessante la ricostruzione di T.E. Epidendio, *Reati da cui dipende l'illecito*, cit., p. 125, secondo il quale «proprio l'uso di un avverbio che implica un riferimento alla persona fisica consente tuttavia di ritenere che il legislatore abbia inteso attribuire rilevanza (*impeditiva* della responsabilità dell'ente) sia alla desistenza o al recesso attivo della persona fisica autrice del reato, sia alle condotte attive di altre persone fisiche, che abbiano agito nell'interesse dell'ente (in questo senso "volontariamente"), volte a impedire che l'autore del reato portasse a compimento la sua condotta o che si verificasse l'evento».

[147] G. de Falco, *Delitto tentato e profili di responsabilità dell'ente*, cit., p. 87.

[148] N. Valiani, Sub *Art. 26*, in Aa.Vv., *Compliance - Responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di D. Castronuovo-G. De Simone-E. Ginevra-A. Lionzo-D. Negri-G. Varraso, Wolters Klumer, I edizione, 2019, p. 738. V. M. Angelini, Sub *Art. 26*, in Aa.Vv., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, di A. Presutti-A. Bernasconi-C. Fiorio, Cedam, 2008, p. 310. Per l'Autore non dovrebbe escludersi la ricorrenza della norma in commento «nel caso in cui l'impedimento alla commissione del reato sia dovuto ad un comportamento antecedente dell'ente che, ad esempio, abbia posto in essere procedure (si badi, non modelli organizzativi ai sensi degli artt. 6 e 7) che abbiano impedito il verificarsi di quell'evento perseguito dal soggetto agente del reato presupposto. L'elemento della volontarietà in tal caso consisterebbe nell'aver previsto ed attivato quella determinata procedura».

sia nota l'azione criminosa e che trovi fondamento nel modello organizzativo e, più in particolare, nel sistema disciplinare.

In conclusione, sembra corretto ritenere che la realizzazione di un'ipotesi di recesso attivo possa in concreto essere collegata a tutti quei comportamenti dell'ente che siano espressione del positivo esercizio del suo dovere di vigilanza e controllo purché gli stessi abbiano oggettivamente impedito la consumazione del reato (vuoi in quanto intervengono sull'azione, vuoi in quanto impediscono la realizzazione dell'evento) e ciò indipendentemente da una qualsivoglia consapevolezza della fattispecie criminosa. L'accoglimento di un'accezione ampia del presupposto di volontarietà sarebbe, peraltro, in linea con la *ratio* premiale del sistema 231, alla luce della quale dovrebbero essere considerati come ipotesi di recesso attivo tutti quei comportamenti posti in essere dall'ente che abbiano concretamente salvaguardato il bene protetto impedendo l'illecito.

È chiaro che non esistendo alcun automatismo tra l'accertamento del reato-presupposto e la sussistenza dell'illecito amministrativo, nell'ipotesi in cui l'attivazione del sistema disciplinare e la congrua e tempestiva applicazione da parte dell'ente di un provvedimento sanzionatorio siano ritenuti adeguati dal p.m. come forma di recesso attivo *ex* art. 26, comma 2, il procedimento potrebbe proseguire per la sola persona fisica.

Quand'anche l'impresa fosse destinataria dell'annotazione dell'illecito amministrativo, un accertamento positivo della condotta proattiva dell'ente svolto in fase di indagini preliminari dal pubblico ministero orienterebbe l'inquirente verso il decreto di archiviazione, con una rapida esclusione dell'ente dal circuito del processo penale. Risulta chiaro come a questi fini sia necessaria una interlocuzione tra ente e inquirente, senza la quale quest'ultimo non potrebbe essere facilmente reso edotto delle iniziative - anche di natura disciplinare - intraprese dalla società e determinanti per l'impedimento dell'azione o dell'evento.

Per tale motivo, la partecipazione attiva della società nella fase delle indagini preliminari, pur essendo una mera eventualità, rappresenterebbe per lo stesso un'opportunità essenziale per incidere sulla determinazione finale che il p.m. deve assumere all'esito del suo accertamento, potendo la società provare a rappresentare e dimostrare, attraverso la documentazione comprovante l'attività svolta nell'ambito del

sistema disciplinare, di aver impedito che l'azione o l'evento conseguenti all'attività criminosa si realizzasse e, in termini generali, la completa estraneità della politica aziendale al reato posto in essere in forma tentata nonché, in ipotesi di condotta illecita di un soggetto apicale, l'interruzione del rapporto di immedesimazione organica con l'agente[149].

Se l'applicazione dell'esimente di cui all'art. 26, comma 2 è chiaramente auspicabile - in un'ottica aziendale - nella fase delle indagini preliminari, va comunque constatato che nell'ipotesi di contestazione dell'illecito amministrativo da parte del pubblico ministero, l'ente avrebbe ancora comunque la possibilità di dimostrare di meritare l'esclusione della sua responsabilità anche nelle fasi successive del procedimento, nelle quali com'è ovvio l'interlocutore sarebbe il giudice.

6. IL "RECESSO ATTIVO" COME CAUSA DI ARCHIVIAZIONE PER L'ENTE

Nel precedente paragrafo abbiamo esaminato la funzione del sistema disciplinare ai fini dell'operatività del meccanismo premiale previsto dall'art. 26, comma 2, in ipotesi di recesso attivo dell'ente, evidenziando come la sede più indicata per addivenire al riconoscimento dei fatti giustificativi di questa esimente sarebbe quella delle indagini preliminari, che si potrebbero così concludere con l'emissione da parte del pubblico ministero del provvedimento di archiviazione. Va, però, indagata la formula con cui il pubblico ministero potrebbe in questo caso definire il procedimento, e più in generale la categoria in cui farlo rientrare.

Al riguardo, il Decreto non dedica una specifica disciplina ai presupposti del decreto motivato di archiviazione degli atti. In base alla clausola di sussidiarietà contenuta nell'art. 34, è sicuramente consentita un'integrazione attraverso il ricorso

[149] V, M. Angelini, Sub *Art. 26,* in Aa.Vv., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 309, secondo il quale la ragione della non punibilità dell'ente non trova fondamento tanto in motivazioni premiali quanto piuttosto nell'applicazione dei principi generali sottesi alla disciplina 231 «secondo la quale la responsabilità dell'ente risiede non nella mancanza dell'attuazione del modello organizzativo, ma (…) nella carenza di controllo verso i soggetti apicali ed i dipendenti». Inoltre, per l'Autore la cesura di ogni rapporto di immedesimazione derivante dalla condotta dell'ente volta a contrastare l'azione del soggetto e a impedire l'illecito giustifica l'esclusione di responsabilità.

alle condizioni previste dal codice di procedura penale, che dovranno logicamente essere sottoposte ad un vaglio di compatibilità in considerazione delle peculiarità della disciplina 231[150]. Tuttavia, occorre osservare che il suddetto rinvio alle ipotesi di archiviazione codificate non risolve il problema dell'effettivo ambito applicativo dell'istituto nella materia in esame, poiché per le imprese ci possono essere cause originarie.

In mancanza, quindi, di specifiche indicazioni normative in merito ai casi in cui il pubblico ministero può (*rectius* deve) disporre l'archiviazione, parte della dottrina distingue a seconda che l'archiviazione sia disposta per cause che riguardano l'accertamento del reato presupposto (cause derivate) oppure per cause che riguardano in maniera precipua l'illecito amministrativo (cause dirette) [151].

---

[150] Con riferimento ad una necessaria analisi di compatibilità dei casi di archiviazione previsti dal c.p.p., ad esempio, non trova applicazione nel procedimento a carico dell'ente un'ipotesi analoga a quella descritta dall'art. 415 c.p.p., che impone al p.m. la richiesta di archiviazione per essere ignoto l'autore del fatto: infatti, qualora il p.m. non conosca gli elementi identificativi del soggetto collettivo, già a monte non potrà, ai sensi dell'art. 55, effettuare l'annotazione dell'illecito essendo esclusa ogni possibilità di procedere ad annotazioni non soggettivamente qualificate. Interessante la posizione di R. A. Ruggiero, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, Giappichelli, 2018, p. 11. Secondo l'Autrice, nonostante l'art. 55 richiede che si debbano indicare gli elementi che consentono di identificare l'ente, non è possibile escludere che l'annotazione sia in principio non nominativa. In alcuni casi, potrebbe essere possibile un'annotazione generica che andrebbe successivamente aggiornata non appena l'informazione sia divenuta disponibile (per esempio se risultassero in un momento successivo gli estremi di un reato rilevante ai sensi del d.lgs. 231/2001, di cui l'autore sia ancora ignoto). In questo senso, M. Ceresa Gastaldo, *Procedura penale delle società*, seconda edizione, Giappichelli, 2017, p. 162. Un'ipotesi di chiusura *sui generis* della fase investigativa si verifica, poi, ogni qual volta non sia possibile, ai sensi dell'art. 43, eseguire le notificazioni all'ente. In questa ipotesi, il giudice, su richiesta del pubblico ministero, sospende il procedimento. Non costituisce, invece, causa di archiviazione la mancata identificazione degli autori del reato presupposto alla luce del principio di autonomia della responsabilità degli enti di cui all'art. 8.

[151] V. G. Ruta, Sub *Art. 58*, in Aa.Vv., *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti (d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231)*, a cura di M. Levis-A. Perini, Zanichelli, 2014, p. 1188; L. Padula, *L'archiviazione nel procedimento per gli "illeciti amministrativi dipendenti da reato" ascrivibili agli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2802; A. Bassi – F. D'Arcangelo, *Il sistema della responsabilità da reato dell'ente. Disciplina e prassi applicative*, Giuffrè, 2020, p. 624 ss.; G. Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Giuffrè, 2012, p. 296 ss.; A. Bernasconi, *Indagini e udienza preliminare*, in A. Presutti-A. Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 353; E. M. Mancuso, Sub *Art. 58* , in Aa.Vv., *Compliance - Responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di D. Castronuovo-G. De Simone-E. Ginevra-A. Lionzo-D. Negri-G. Varraso, Wolters Klumer, I edizione, 2019, p. 1134 s.; E. Fusco, *Le indagini preliminari nei confronti degli enti: questioni controverse*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2017, p. 188. In generale sui casi di archiviazione, v. C. Santoriello, *La procedura di archiviazione nel processo nei confronti degli enti collettivi*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3/2010, pag. 143 s. V. Circolare n. 83607/2012 del Comando Generale della Guardia di Finanza, dal titolo "Attività della Guardia di Finanza a tutela del mercato dei capitali", Volume III, p. 47. Sono cause derivate di archiviazione, afferenti alla *res iudicanda* penale: le cause di improcedibilità dell'azione penale nei confronti dell'autore del reato presupposto ai sensi degli artt. 4 e 37; i casi di estinzione del reato presupposto per amnistia, cui l'ente non abbia rinunciato, o per prescrizione maturata prima della contestazione dell'illecito amministrativo (art. 60); l'insussistenza del reato-presupposto per

Non vi è dubbio che l'eventuale archiviazione disposta per un'ipotesi di recesso attivo dell'ente ai sensi dell'art. 26, comma 2, rientri tra le cause dirette di archiviazione: la questione, allora, concerne l'individuazione di quale sotto-ipotesi della citata categoria generale possa ricomprendere la fattispecie in esame.

Al riguardo, tra le situazioni che incidono direttamente sull'accertamento della responsabilità dell'ente (*i.e.* cause dirette) e che possono portare il pubblico ministero all'archiviazione dell'illecito amministrativo, si annoverano: l'infondatezza della notizia di illecito amministrativo da reato per difetto degli elementi costitutivi della responsabilità dell'ente, alla luce dei presupposti descritti dagli artt. 5, 6 e 7; la prescrizione in cinque anni dalla commissione del reato presupposto della sanzione amministrativa senza che sia intervenuto alcun atto interruttivo (art. 22, commi 1 e 2)[152]; quando risulta assente la richiesta del Ministro della Giustizia di procedere anche nei confronti dell'ente avente la sede principale nel territorio dello Stato , in relazione ai reati commessi all'estero (art. 4, comma 2); la successiva esclusione del reato presupposto dal catalogo dei reati che generano la responsabilità dell'ente (art. 3, comma 1); la sussistenza di un *bis in idem* in relazione al medesimo illecito amministrativo attribuito allo stesso ente[153].

A prima vista potrebbe sembrare che la clausola di esclusione della responsabilità *ex* art. 26, comma 2, non rientri in alcuna delle sopra citate ipotesi da annoverare tra le cause dirette di archiviazione, nemmeno in quella - all'apparenza più adeguata - dell'infondatezza della notizia afferente all'illecito amministrativo, che generalmente presuppone una verifica della insussistenza dei criteri di imputazione dell'illecito all'ente di cui agli artt. 5, 6 e 7.

Sennonché, ad una più attenta analisi, non può che essere questa la categoria di riferimento, considerato che, in presenza di una causa di non responsabilità dell'ente, è proprio l'illecito amministrativo che viene meno per accertata mancanza della colpa

---

infondatezza della notizia di reato ovvero per mancata previsione della condotta come reato; l'*abolitio criminis* del reato presupposto.

[152] Al riguardo, va segnalato che la richiesta di applicazione della misura cautelare nei confronti dell'ente interrompe la prescrizione dell'illecito ai sensi dell'art. 22, comma 2.

[153] Sebbene il principio del *ne bis in idem* sancito dall'art. 649 c.p.p non sia espressamente previsto dal Decreto deve ritenersi operante anche nel procedimento *de societate* in virtù del rinvio generale previsto dall'art. 34 alle disposizioni processuali.

organizzativa dell'ente, dimostrata dall'efficace comportamento reattivo che ha neutralizzato il reato, circoscrivendolo nelle maglie strette del tentativo.

D'altra parte, a ben vedere, si tratterebbe della stessa categoria in cui si farebbe rientrare l'esclusione di responsabilità dell'impresa che avesse adottato un adeguato modello organizzativo, quando il reato non di meno si fosse verificato.

L'ente non risponde, in altre parole, se si è efficacemente organizzato per evitare il reato o se lo ha impedito, indipendentemente dall'organizzazione di cui si è dotato (che sembrerebbe, però, presupposta dalla tempestiva capacità di reazione): in entrambi i casi, l'accertamento della sussistenza della causa di esclusione di responsabilità dovrebbe orientare il pubblico ministero verso l'archiviazione per inidoneità dell'illecito amministrativo.

7. LA SANZIONE DISCIPLINARE *ANTE DELICTUM*: NUOVO PARAMETRO PER MISURARE LA COLPA DI ORGANIZZAZIONE DELL'ENTE?

Alla luce delle considerazioni svolte nei precedenti paragrafi con riferimento alla funzione di prevenzione e gestione del rischio reato svolta dal sistema disciplinare e al suo ruolo ai fini del recesso attivo dell'ente ai sensi dell'art. 26, comma 2, è ora necessario indagare le potenzialità premiali di un efficace apparato disciplinare-sanzionatorio nell'ambito del procedimento *de societate*, qualora uno dei reati che determina l'insorgenza della responsabilità *ex crimine* dell'ente fosse comunque commesso dopo la risposta sanzionatoria di quest'ultimo alla condotta irregolare o illecita.

Al riguardo, giova precisare in via preliminare che anche nell'ipotesi in cui l'ente abbia predisposto misure prevenzionali e cautelari ben strutturate ed implementate alla luce delle *best practices* internazionali (*sub specie* di modelli organizzativi) ed abbia controllato e sanzionato, in via disciplinare, l'inosservanza da parte di apicali e subordinati delle suddette regole per un recupero della legalità, non sarebbe realistico, *a priori*, escludere che possa essere commesso al suo interno un reato-presupposto, essendo ciò praticamente impossibile a prescindere dal grado di

adeguatezza del modello 231 concretamente adottato. Pertanto, non potendosi ritenere che il requisito dell'efficacia del modello organizzativo *ante delictum* possa equivalere ad "onnipotenza dello stesso", una gestione aziendale, per quanto accurata, non potrà mai essere scevra da rischi essendovi sempre un'alea residua ed ineliminabile[154].

Tuttavia, poiché il *τελος* della disciplina 231 è da ricondurre, come noto, alla prevenzione, l'ente dovrà fare quanto possibile per adottare con continuità un'adeguata, dettagliata ed efficiente organizzazione preventiva che, mediante l'applicazione di misure e presidi di controllo pervasivi, sia in grado – con una valutazione prognostica – di bloccare sul nascere il rischio interno di comportamenti illeciti oppure di ricondurli entro limiti accettabili[155] o di tollerabilità.

D'altra parte, ritenere un modello organizzativo inidoneo per il solo fatto che è stato commesso un reato-presupposto, da un lato, significherebbe avallare l'idea di una responsabilità oggettiva degli enti[156], con conseguente violazione del dettato

---

[154] Sull'adozione ponderata delle misure del modello organizzativo al fine di prevenire, per quanto possibile, la commissione di reati-presupposto, v. V. D'Acquarone, *Rischio reato, investimento in prevenzione, dimensionamento del modello esimente*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2010, p. 75.

[155] Sul concetto di rischio accettabile, v. C. Santoriello, *Il «rischio accettabile» nell'attività d'impresa e la costruzione del modello organizzativo*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2022, p. 21; P. Rivello, *Il MOG quale esimente*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2018, p. 206; G. Lunghini, *L'idoneità e l'efficace attuazione dei modelli organizzativi* ex *D.Lgs. 231/2001*, in Aa.Vv., *I modelli organizzativi* ex *D.Lgs. 231/2001. Etica d'impresa e punibilità degli enti*, a cura di C. Monesi, Giuffrè, 2005, p. 257 ss.; A. Gullo, *I modelli organizzativi*, in Aa.Vv., *Responsabilità da reato degli enti - Volume I Diritto sostanziale*, cit., p. 255. Con riferimento alla definizione del livello di rischio tollerabile, per l'Autore non è condivisibile il silenzio del legislatore «che bene avrebbe fatto a dire espressamente quello che si legge in tutti gli studi più autorevoli in materia, ovverosia che il «rischio zero non esiste» e che l'obiettivo realistico è quello di minimizzare il rischio medesimo». V. Linee Guida, paragrafo "La definizione di "rischio accettabile": premessa per la costruzione di un sistema di controllo preventivo", cit., p. 29 s. Nella Circolare n. 83607/2012 del Comando Generale della Guardia di Finanza, cit., p. 75, si evidenzia che «non è richiesto dalla normativa che il modello annulli completamente il rischio di verificazione dei reati presupposto ma che lo definisca e lo tenga sotto controllo mediante un'azione dispiegata con continuità: il modello dovrà presentare quei requisiti di efficienza, praticabilità e funzionalità, in grado ragionevolmente di disinnescare le fonti di rischio».

[156] Al riguardo, si sottolinea che in molti casi la giurisprudenza sembra utilizzare un metodo di giudizio fondato sul paradigma – noto in ambito colposo – delle cc.dd. "profezie auto-avveranti", per le quali la verificazione del reato è per se stessa indice della inadeguatezza del modello *ante delictum*. Invero, sono poche – e limitate alla giurisprudenza di merito – le pronunce che hanno ritenuto idoneo il modello organizzativo *ante factum* adottato dall'ente. Tuttavia, la giurisprudenza di legittimità ha sempre escluso che il sistema sanzionatorio contemplato dal d.lgs. 231/2001 integri una forma di responsabilità oggettiva violando il principio di colpevolezza di cui all'art. 27 Cost. Sul punto, v. Cass., Sez. VI, 16 luglio 2010, n. 27735, in *Società* (Le), 2010, p. 1241 s., con nota di V. Salafia, *Costituzionalità del d.lgs. n. 231/01 e il disegno di legge per la sua parziale riforma*, che ha dichiarato manifestamente infondate le censure di illegittimità costituzionale degli artt. 5 e 6 del d.lgs. 231/01 sollevate in riferimento agli artt. 3 e 27 Cost., in quanto per la configurabilità della responsabilità degli enti per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio è prevista necessariamente la sussistenza della cosiddetta "colpa di organizzazione" della persona giuridica per non aver predisposto «un insieme di accorgimenti

normativo[157] e, dall'altro, vanificherebbe le finalità general-preventive sottese alla normativa in esame.[158] Dal momento, infatti, che la società risponde degli illeciti altrui (*id est*, commessi nel suo interesse o a suo vantaggio da un soggetto apicale oppure da un soggetto sottoposto all'altrui direzione o vigilanza) per "colpa di organizzazione"[159]

---

preventivi idonei ad evitare la commissione di reati del tipo di quello realizzato»; «tale *deficit* organizzativo consente una piana e agevole imputazione all'ente dell'illecito penale organizzato nel suo ambito operativo». Inoltre, la colpa di organizzazione non si risolve in una colpevolezza *in re ipsa* o dimostrata dalla semplice commissione del reato rientrante nel c.d. catalogo 231. Al riguardo, v. Cass., Sez. V, 18 dicembre 2013, n. 4677, in *Società* (Le), 2014, p. 469 e, in particolare p. 472, con nota di C. E. Paliero, *Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo* de profundis?, dove si legge che non si potrebbe «ricorrendo a un riconoscibile paralogismo, affermare che, poiché (in ipotesi) il reato è stato commesso, allora è certo che il modello organizzativo era inadeguato». V. G. Fiorelli, *La* vocatio in iudicium *dell'ente. Tra istanze di semplificazione probatoria e forme di responsabilità "senza fatto"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 2018, in particolare p. 1269 ss. e 1278 s.

[157] V. G.i.p. Trib. Milano, 17 novembre 2009, in *Società* (Le), 2010, p. 473 ss., con nota di C.E. Paliero, *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza: decisione «lassista» o interpretazione costituzionalmente orientata?*.

[158] V. C. Santoriello, *La valutazione giudiziale del modello. Un esempio di come legge e cosa cerca il pubblico ministero nei modelli organizzativi*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2019, p. 210, il quale evidenzia come «ciò che interessa al giudice è che la società dimostri di valutare con attenzione il comportamento dei dipendenti e dei dirigenti in ordine al rispetto della compliance aziendale contestando eventuali comportamenti che possano apparire difformi o dissonanti rispetto a quanto previsto nel Modello, mentre la mancata applicazione della sanzione può dipendere da una serie di circostanze (*in primis*, l'insussistenza dell'inadempimento da parte del dipendente) che non rilevano in punto valutazione di adeguatezza del Modello organizzativo».

[159] Non è questa la sede per un'esegesi approfondita dell'argomento, per la quale si rinvia, *inter alia*, al fondamentale lavoro C.E. Paliero, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2019, p. 175 ss. e, in particolare, p. 211, dove si afferma che la responsabilità della persona giuridica *ex* d.lgs. 231/2001 si fonda «su di una colpa (di organizzazione) costruita come *fatto tipico colposo* secondo i canoni "classici" della colpa individuale, quanto meno nella sua dimensione *oggettiva*»; C.E. Paliero-C. Piergallini, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3/2006, p. 167 ss. Per gli Autori, la colpa di organizzazione, percorrendo trasversalmente, con intensità e fisionomie diverse, l'ambito del "fatto illecito", «si rivela concetto "polisenso", intriso di una forte carica di ambiguità»; C. E. Paliero, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi*, societas delinquere (et puniri) potest?, in *Corr. Giur.*, 2001, p. 845 ss.; V. Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Giappichelli, 2018, in particolare p. 192 ss.; M. M. Scoletta, Sub *Art. 6*, in Aa.Vv., *Compliance - Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 133 s.; A. Tripodi, *Situazione organizzativa e colpa di organizzazione: alcune riflessioni sulle nuove specificità del diritto penale dell'economia*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*. 2004, p. 483 ss.; F. Giunta, *Il reato come rischio d'impresa e la colpevolezza dell'ente collettivo*, in *Analisi giur. ec.*, 2009, p. 243 ss.; G. De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Edizioni ETS, 2012, p. 391 ss.; E. Villani, *Alle radici del concetto di "colpa di organizzazione" nell'illecito dell'ente da reato*, Jovene, 2016; D. Pulitanò, *La Responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 415 ss., secondo il quale l'analisi del sistema 231 mostra una realtà normativa complessa, non interamente riconducibile all'idea della c.d. "colpa di organizzazione"; M. A. Manno, *Non è colpa mia! Alla ricerca della colpevolezza perduta nella responsabilità "da reato" degli enti collettivi*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2/2018, in particolare p. 147 ss.; R. Bartoli, *Un'introduzione alla responsabilità punitiva degli enti*, in www.sistemapenale.it, 25 ottobre 2021, in particolare p. 10 ss. In senso fortemente critico per la possibile riconducibilità del criterio ascrittivo dell'art. 6 ad un paradigma realmente colposo, fra gli altri, T. Padovani, *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in Aa.Vv.,

e, quindi, per il proprio negligente o colposo difetto di organizzazione nell'attività di prevenzione e gestione del rischio reato che ha casualmente permesso o agevolato l'attività criminosa, la previsione e l'esercizio di un appropriato meccanismo disciplinare-sanzionatorio, anche se non siano stati comunque sufficienti a scongiurare il verificarsi dell'illecito, potrebbero assumere una precisa valenza processuale e rivestire, altresì, una grande importanza nella prospettiva esimente di cui al Decreto.

Infatti, se la colpevolezza dell'ente si determina sia in base al grado di dettaglio e precisione della struttura di autoregolamentazione adottata dallo stesso *ante delictum* per prevenire il rischio di commissione di reati-presupposto[160] e sia alla luce della condotta tenuta dalla *societas* per scoprire segnali di pericolo e reprimere il comportamento deviante o criminale *tout court*, appare evidente che il livello di effettività del sistema disciplinare interno al modello organizzativo rappresenta un

---

La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia punitiva, a cura di G. De Francesco, Giappichelli, 2004, p. 18; G. De Vero, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2001, p. 1138 ss.; E. Amodio, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità dell'ente*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 324 ss. Per una esaustiva rilettura, di natura dogmatica e politico-criminale, delle motivazioni alla base della responsabilità da reato degli enti, v. C.E. Paliero, *La società punita:* del *come*, del *perché e del per cosa*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1516 ss. In giurisprudenza, v. Cass. Sez. VI, 17 settembre 2009, n. 36083, in *www.rivista231.it* e in *Cass. pen.*, 2010, p. 1938, con nota di M. Lei, dove si osserva che il d.lgs. 231/2001 ha introdotto «una forma nuova, normativa, di colpevolezza per omissione organizzativa e gestionale, avendo il legislatore ragionevolmente tratto dalle concrete vicende occorse in questi decenni, in ambito economico e imprenditoriale, la legittima e fondata convinzione della necessità che qualsiasi complesso organizzativo costituente un ente, adotti modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire la commissione di determinati reati». Secondo la Corte di Cassazione, questa forma di colpevolezza si incentra sulla «omissione delle previste doverose cautele organizzative e gestionali idonee a prevenire talune tipologie criminose». Per un commento della sentenza, v. S. Beltrani, *Modelli organizzativi e gestionali e criteri di imputazione della responsabilità dell'ente (commento a Cass. Pen., Sez. VI, n. 36083/09)*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2010, p. 193 ss.

[160] Sul concetto di autonormazione dell'ente si vedano, F. Centonze, *La co-regolamentazione della criminalità d'impresa nel d.lgs. 231 del 2001. Il problema dell'importazione dei "*compliance programs*" nell'ordinamento italiano,* in *Analisi giur. ec.*, 2009, p. 219; C. Piergallini, *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir.pen. proc.*, 2015, p. 261 ss., il quale evidenzia che «è sul terreno della *governance* preventiva, introdotta dal d.lgs. 231/2001, che si può toccare con mano la maggiore espansione della autonormazione», sia sotto un profilo di natura procedurale (*i.e.* costruire un sistema organizzato di riduzione del rischio) che di impronta sostanziale concernente i contenuti della prevenzione e, perciò, il confezionamento delle cautele; V. Muscatiello, *Il ruolo della autonormazione nel diritto penale della società del rischio l'euristica del prima, la maledizione del dopo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2020, p. 311 ss.; S. Manacorda, *La dinamica dei programmi di compliance aziendale: declino o trasfigurazione del diritto penale dell'economia?*, in *Società* (Le), 2015, p. 473; D. Bianchi, *Appunti per una teoria dell'autonormazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 1477 ss. Secondo l'Autore, a livello di ordinamento nazionale, l'esempio più pregnante di autonormazione delegata dallo Stato è certamente quello del "sistema 231": «l'ente collettivo, mediante quell'atto autonormativo complesso che è il Modello di organizzazione, gestione e controllo *ex* artt. 6 e 7 D.lgs. n. 231/2001, è chiamato a prevenire la realizzazione di fatti di reato da parte dei propri intranei e collaboratori, con esclusione dei soli illeciti non previsti nel catalogo dei reati-presupposto e di quelli totalmente estranei agli interessi propri dell'organizzazione».

fondamentale misuratore dell'adempimento di questo dovere di diligenza (*rectius*, organizzativo e di vigilanza).

Per meglio comprendere, nella prospettiva che ci occupa, in che misura l'adozione *ante delictum* di un provvedimento disciplinare da parte dell'ente possa avere rilevanza nell'ambito del processo a suo carico anche ai fini dell'esimente di cui al Decreto, si ritiene necessaria una breve disamina dei criteri di imputazione della responsabilità da reato delle persone giuridiche. Al riguardo, come noto, in aggiunta ai criteri di imputazione oggettiva della responsabilità *ex* art. 5, il Decreto declina la c.d. "colpa di organizzazione" secondo criteri ascrittivi di matrice soggettiva diversi a seconda che a commettere uno dei reati che generano la responsabilità dell'ente sia un soggetto apicale o un soggetto sottoposto (artt. 6 e 7). La responsabilità degli enti, quindi, si differenzia e gradua in base al legame funzionale intercorrente tra la *societas* e la persona fisica autrice del reato. Pertanto, la distinzione fra apicali e sottoposti acquista rilievo ai fini della determinazione delle condizioni in presenza delle quali il Decreto esclude la responsabilità dell'ente.

Nel caso di soggetti in posizione apicale, il legislatore muove dal presupposto che gli stessi, in piena conformità con i postulati della teoria dell'immedesimazione organica, pur utilizzando le proprie personali facoltà, esprimono la volontà dell'ente e, dunque, l'imputazione mossa alla società in caso di commissione di un reato-presupposto da parte del vertice dipende, sul piano giuridico, non da una condotta altrui ma dalla condotta della medesima società[161]. In particolare, nell'ipotesi di reati commessi da titolari di posizioni apicali la colpa di organizzazione dell'ente è esclusa se vi è stata l'adozione e l'efficace attuazione *ante factum* di un modello di organizzazione e gestione idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi (art. 6, comma 1, lett. a); se è stato nominato un organismo, dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo, con il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza del modello 231 e di curarne il suo aggiornamento (art. 6, comma 1, lett. b); se gli autori del reato hanno fraudolentemente eluso il sistema dei controlli apprestato con il

[161] V. Salafia, *Costituzionalità del d.lgs. n. 231/01 e il disegno di legge per la sua parziale riforma*, cit., p. 1244. Cfr. A. Fiorella-N. Selvaggi, Compliance programs *e dominabilità "aggregata" del fatto. Verso una responsabilità da reato dell'ente compiutamente personale*, in *Riv. trim. Dir. pen. cont.*, 3-4/2014, in particolare p. 108 s., dove viene operata, altresì, una distinzione tra lo schema di responsabilità basato sulla teoria della identificazione (applicata, ad esempio, in Inghilterra) e lo schema basato sulla teoria dell'immedesimazione organica.

modello organizzativo (art. 6, comma 1, lett. c) e se non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lett. b) (art. 6, comma 1, lett. d). L'onere dimostrativo di quanto sopra sembra dover essere assolto dall'ente[162], al quale parrebbe richiesta la prova della contemporanea sussistenza dei suddetti requisiti. Va, però, evidenziato come, in base ad una illuminata ricostruzione[163], non si tratterebbe tanto di onere di prova, ma di onere di allegazione. In questa prospettiva, per l'ente sarebbe sufficiente sottoporre all'esame dell'autorità giudiziaria[164] il proprio modello organizzativo: in particolare, basterebbe che il modello prevedesse nel suo raggio di intervento il reato presupposto poi verificatosi, che fosse stata introdotta un'apposita procedura aziendale per evitarne la commissione e che l'impresa lo esibisse. Come è stato evidenziato dalla citata dottrina, in questo modo, «lo "sforzo probatorio" che grava sull'ente finisce per consistere nella dimostrazione che un modello è stato adottato, perché nella prassi è il giudice ad accertarne l'efficienza e l'idoneità». In effetti, nonostante il rigore dell'art. 6, i giudici spesso ricorrono, per verificare l'adeguatezza del modello organizzativo, ad una perizia, spesso collegiale che, in concreto, determina un ridimensionamento in materia di onere probatorio a

---

[162] V. Cass., Sez. VI, 17 settembre 2009, n. 36083, cit.; Cass., Sez. II, 20 dicembre 2005, n. 3615, in *Società* (Le), 2006, p. 756, con commento di S. Bartolomucci, *Reato dell'amministratore e parametro oggettivo di imputazione della persona giuridica*; Cass., Sez. III, 6 maggio 2019, n. 18842, in *www.rivista231.it*; Cass., Sez. VI, 6 dicembre 2018, n. 54640, in *www.rivista231.it*. Nel merito, G.i.p. Trib. Napoli (ord.), 26 giugno 2007, in *Resp. amm. soc. enti*, 4/2007, p. 163, con nota di M. Cardia, secondo cui l'enunciato normativo dell'art. 6 del d.lgs. 231/2001 è esplicito nel prevedere che tutte le concorrenti condizioni contemplate dallo stesso siano oggetto di un onere della prova a carico dell'ente; G.i.p. Trib. Milano (ord.), 27 aprile 2009, in *Foro ambr*., 2009, p. 359. Per F. D'Arcangelo, *Il criterio di imputazione sul piano soggettivo*, in *Il sistema della responsabilità da reato dell'ente. Disciplina e prassi applicative*, cit., p. 162 si è in presenza «di una vera e propria inversione dell'onere della prova, in quanto nell'ottica del legislatore delegato il reato commesso dagli apicali costituisce espressione della politica aziendale». Cfr. D. Pulitanò, *La Responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, cit., per il quale la fattispecie di esonero *ex* art. 6 è costruita in chiave di inversione dell'onere della prova; F. Vignoli, Societas puniri potest: *profili critici di un'autonoma responsabilità dell'ente collettivo*, in *Dir. pen. e proc*., 7/2004, p. 903 ss.; S. Chimici, *Il processo penale a carico degli enti: il* quantum *della prova della colpa di organizzazione*, in *Dir. pen. e proc*., 5/2004, p. 617 ss. Cfr. V. Loria, Sub *Art. 6*, in Aa.Vv., *Enti e responsabilità da reato. Commento al d.lgs. 2001, n. 231*, cit., p. 106. Per l'Autore, l'art. 6 «addossa inequivocabilmente alla società la gravosa prova liberatoria consistente nell'addurre la sussistenza di tutte le condizioni previste dalla stessa disposizione normativa».

[163] G. Fidelbo, *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale*, in Aa.Vv., *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, a cura di A. M. Stile-V. Mongillo-G. Stile, Jovene, 2013, p. 188. In proposito, v. R. A. Ruggiero, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, cit., p. 39 ss.

[164] Appare evidente che, nella fase delle indagini questo sarebbe un compito del pubblico ministero che potrà espletarlo anche con l'ausilio di propri consulenti.

carico dell'ente, ridotto alla sola dimostrazione[165] della tempestiva adozione del modello 231 e della sua astratta idoneità a ridurre il rischio di commissione del reato presupposto verificatosi.

Al riguardo, nella prassi giurisprudenziale si sta assistendo ad un progressiva ricalibratura dell'onere probatorio in senso favorevole agli enti[166], in base alla quale grava sull'accusa, una volta che il modello 231 sia stato prodotto, la dimostrazione della carenze organizzative e gestionali interne in funzione preventiva dei rischi di condotte illecite[167].

Nel caso, invece, di reato presupposto commesso da parte di un soggetto subordinato, la colpa di organizzazione dell'ente sussiste se l'accusa dimostri che il compimento del reato sia una conseguenza dell'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza (art. 7, comma 1)[168].

---

[165] Anche mediante l'eventuale consulenza di parte al fine di contrastare le conclusioni negative della valutazione peritale sull'efficacia del modello adottato.

[166] In proposito, v. M. M. Scoletta, *La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi nel d.lgs. n. 231/2001*, in Aa.Vv., *Diritto penale delle società*, Vol. I, a cura di C. Canzio-L. D. Cerqua-L. Luparia, Cedam, 2014, p. 920 s., il quale parla di "riequilibrio" dell'onere probatorio. Per l'Autore «si tratta di una "correzione" prasseologica del meccanismo imputativo della responsabilità che – benché condivisibile negli esiti (…) – non sembra tuttavia essere consentita dalla rigida univocità (nel prevedere l'inversione dell'onere probatorio) della disposizione normativa dell'art. 6 (…)»; V. Manes, *Realismo e concretezza nell'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo*, in *Giur. comm.*, 2021, p. 656 s.

[167] Per Cass., Sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343, in *Società* (Le), 2015, p. 215 ss. e, in particolare, 218, con nota di R. Bartoli, *Le Sezioni Unite prendono coscienza del nuovo paradigma punitivo del "sistema 231"*, «nessuna inversione dell'onere della prova […] è ravvisabile nella disciplina che regola la responsabilità da reato dell'ente, gravando comunque sull'accusa la dimostrazione della commissione del reato da parte della persona che rivesta una delle qualità di cui all'art. 5, e la carente regolamentazione interna dell'ente, che ha ampia facoltà di prova liberatoria». Negli stessi termini, Cass., Sez. VI, 16 luglio 2010, n. 27735, cit.; Cass., Sez. IV, 24 settembre 2019, n. 43656, in www.rivista231.it; per un commento della sentenza v. M. Paone, *Contestazione dell'illecito amministrativo: controlli giurisdizionali e oneri motivazionali*, in *Dir. pen. e proc.*, 8/2020, p. 1089 ss. V. G.u.p. Trib. Milano (ord), 6 ottobre 2011, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6 giugno 2012, con nota di P. De Martino, dove si afferma che allorché l'ente sia dotato di un modello organizzativo al momento della commissione del reato presupposto, è onere specifico del pubblico ministero precisare in che cosa si concretizzi l'inidoneità assunta a base dell'accusa.

[168] Secondo parte della dottrina, in questo caso, la *culpa in vigilando* che integra l'elemento di connessione tra reato commesso da un soggetto subordinato ed ente «non passa necessariamente attraverso una condotta tipica (colposa) di una persona fisica/controllore (…) ma è incardinato su una "generale e strutturale colpa di organizzazione nella prevenzione e protezione dell'azienda" da uno specifico rischio di reato». Così M. M. Scoletta, *La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi nel d.lgs. n. 231/2001*, in Aa.Vv., *Diritto penale delle società*, cit., p. 922. Si discute in dottrina se tra l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza e la commissione del reato debba sussistere o meno un vero e proprio nesso di casualità oppure un mero nesso agevolativo. Sul punto, v. R. Bartoli, *Le Sezioni Unite prendono coscienza del nuovo paradigma punitivo del "sistema 231"*, cit., p. 226.

L'art. 7, comma 2, specifica, poi, che deve in ogni caso ritenersi esclusa la sussistenza di tale elemento di connessione (*i.e.* inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza) nell'ipotesi in cui risulti che, prima della realizzazione della condotta illecita, sia stato adottato un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi e, in caso positivo, che lo stesso risponda ai requisiti di idoneità ed efficace attuazione previsti dal Decreto (art. 7, comma 2). A tal proposito, secondo un orientamento dottrinale, si deve ritenere che nell'ipotesi in cui la pubblica accusa ritenga il modello organizzativo inidoneo perché, ad esempio, carente nelle procedure e protocolli di controllo per la gestione dei processi e delle attività nel cui ambito si è realizzato il reato, ciò «non dovrebbe comportare, *ipso jure*, il riconoscimento della colpa di organizzazione in capo all'ente». Infatti, l'art. 7, comma 2, pur prevedendo chiaramente che l'adozione di un modello cautelare efficace ai sensi del Decreto escluda "in ogni caso" una *culpa in vigilando* dell'ente, non sembrerebbe impedire che la società possa comunque dimostrare – in ipotesi di modello ritenuto inidoneo – di aver concretamente adempiuto in altro modo agli obblighi di direzione e vigilanza sull'operato dei soggetti sottoposti[169].

Anche in questa prospettiva, l'adozione da parte dell'ente di provvedimenti disciplinari *ante delictum* potrebbe svolgere un ruolo decisivo nella valutazione da parte dell'autorità giudiziaria dell'osservanza da parte dell'ente dei suddetti obblighi, ponendosi, da un lato, quale indice di effettivo e costante controllo sul corretto svolgimento delle attività aziendali e, dall'altro, quale strumento in grado di assicurare la tempestiva correzione di situazioni di rischio anche attraverso una successiva implementazione del modello organizzativo.

In ipotesi di reati commessi da soggetti subordinati, la responsabilità dell'ente non è presunta ma andrà provata dal pubblico ministero, su cui ricade l'onere di dimostrare la mancata adozione da parte dell'ente del *compliance program* ovvero la sua mancata attuazione[170] nonché, più in generale, il mancato adempimento degli obblighi di vigilanza.

---

[169] Così M. M. Scoletta, *La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi nel d.lgs. n. 231/2001*, in Aa.Vv., *Diritto penale delle società*, cit., p. 924. *Contra*, R. Bartoli, *Le Sezioni Unite prendono coscienza del nuovo paradigma punitivo del "sistema 231"*, cit., p. 226.

[170] Parte della dottrina ritiene che l'art. 7 imponga all'organo inquirente di provare il nesso causale tra l'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza dell'apicale e la commissione del reato

Alla luce dei suddetti criteri di imputazione, l'ente potrebbe dimostrare, in virtù dell'attività svolta nell'ambito del sistema disciplinare e dell'adozione di adeguati provvedimenti sanzionatori, che il reato, comunque realizzatosi, possa considerarsi un evento eccezionale, che non derivi causalmente da una carente o negligente disfunzione organizzativa o da un difetto di vigilanza, né, *a fortiori*, che sia imputabile ad un atteggiamento collusivo o tollerante della *societas*[171]. Il tempestivo e congruo esercizio da parte dell'ente del suo potere disciplinare comporterebbe l'assenza di una colpevolezza per mancata "reazione", la quale renderebbe altresì evidente che si è in costanza di una vera e propria dissociazione fra la volontà della società e quella della persona fisica autrice del reato.

In particolare, in ipotesi di reato commesso da un soggetto in posizione apicale, l'ente – sulla base di circostanze fattuali concrete e valorizzando ogni elemento sintomatico necessario o utile a dimostrare, sul piano probatorio, l'assenza di un *deficit* organizzativo e di vigilanza rispetto al modello di diligenza esigibile dallo stesso[172] (anche alla luce dei comportamenti posti in essere nell'ambito del sistema disciplinare dai membri aziendali deputati al controllo) – potrebbe dimostrare che il modello organizzativo *ante delictum* è stato efficacemente attuato[173]; che non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'OdV al quale è stato assicurato un flusso costante di notizie e informazioni; che i comportamenti scorretti o illeciti sono stati rimossi e i colpevoli adeguatamente sanzionati.

---

presupposto ad opera del soggetto collocato in posizione subordinata. In argomento, cfr. C. E. Paliero, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi,* societas delinquere (et puniri) potest?, cit., p. 846, per il quale, invece, la colpa dell'ente per il fatto-reato del subordinato si fonda «non sulla prova della negligenza della *persona fisica*-sorvegliante (dirigente) nel controllo della *persona fisica*-sorvegliato (dipendente), bensì sulla prova della (di una) generale e strutturale colpa di organizzazione nella prevenzione e protezione dell'azienda (…) dalla commissione di un reato "della specie di quelli indicati", da parte di un qualsiasi dipendente, o *nuncius*, dell'impresa stessa».

[171] V. F. D'Arcangelo, *Il criterio di imputazione sul piano soggettivo,* in *Il sistema della responsabilità da reato dell'ente. Disciplina e prassi applicative*, cit., p. 154. Per l'Autore l'illecito amministrativo da reato non è «una responsabilità "di rimbalzo", che consegue indefettibilmente alla commissione del reato presupposto, e, al contempo, l'ente non è un garante delle condotte dei propri soggetti apicali e dei dipendenti».

[172] Cfr. C.E. Paliero – C. Piergallini, *La colpa di organizzazione,* cit., p. 169 s., dove si osserva che «la colpevolezza dell'ente integrerebbe una sorta di *pre-colpevolezza*, derivante dall'aver consentito o agevolato le condizioni per la successiva commissione del reato».

[173] Per G. Fidelbo, *Le misure cautelari*, in Aa.Vv., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, a cura di G. Lattanzi, Giuffrè, II ed., 2010, p. 532, «uno dei dati che assume rilievo nella valutazione di idoneità di un modello realizzato successivamente alla commissione dell'illecito è costituito dall'avvenuta estromissione degli amministratori coinvolti, in quanto l'azzeramento del «vecchio» gruppo dirigenziale rappresenta il sintomo più evidente che l'ente inizia a muoversi verso un diverso tipo di organizzazione, in cui è presente l'obiettivo di evitare il rischio reato».

Inoltre, a fronte di una tempestiva ed effettiva risposta sanzionatoria dell'ente, anche quando non sufficiente a scongiurare il verificarsi dell'illecito, potrebbe risultare meno diabolica la verifica della volontaria e fraudolenta elusione del modello 231 da parte della persona che ha commesso il reato, requisito di controversa interpretazione che notoriamente spezza la corresponsabilità dell'impresa per il fatto del suo apicale[174].

In proposito, come osservato in maniera condivisibile dalla dottrina, sarà molto più difficile motivare una condanna della persona giuridica ove quest'ultima abbia dimostrato nel procedimento a suo carico l'applicazione di sanzioni disciplinari proporzionate alla gravità delle violazioni rilevate: infatti, l'adozione nell'ambito del sistema disciplinare di provvedimenti sanzionatori «lungi dal costituire una «macchia» per l'ente, rappresentano piuttosto il miglior indice di efficacia di un Modello idoneo e un autentico «toccasana» per evitare il protrarsi della violazione o la commissione di illeciti prima, e un'affermazione di responsabilità poi, per mancato superamento della *probatio diabolica* di un'elusione fraudolenta»[175].

Nel caso, invece, di reato commesso da un soggetto subordinato, la presenza di un idoneo ed effettivo sistema disciplinare oltre ad essere rilevante ai fini della presunzione legale di cui all'art. 7, comma 2, che esclude la responsabilità dell'ente in ipotesi di adozione ed efficace attuazione di un modello organizzativo *ante delictum*, potrebbe assumere altresì importanza qualora la pubblica accusa ritenga che il sistema prevenzionistico concretamente adottato dall'ente sia comunque lacunoso. Al riguardo, l'assunzione di opportuni provvedimenti disciplinari prima della commissione del reato rappresenta, come abbiamo già rilevato, il principale strumento a disposizione dell'ente per dimostrare il corretto adempimento degli obblighi di controllo da parte del soggetti sovraordinati. Con la conseguenza che il reato, comunque realizzatosi nonostante l'adeguata sorveglianza del *management*, possa considerarsi un evento fortuito, eccezionale. In entrambi i casi di reato commesso da

[174] Secondo la giurisprudenza di legittimità, l'elusione fraudolenta del modello richiede necessariamente una condotta ingannevole e subdola, di aggiramento e non di semplice "frontale" violazione delle prescrizioni adottate dall'ente. V. Cass., Sez. V, 18 dicembre 2013, n. 4677, in *Ced Cass.*, Rv. 257987; in *Società* (Le), n. 2014, p. 473, con nota di C. E. Paliero, *Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo* de profundis?

[175] D. Piva, *Qualche riflessione a margine del documento Cndcec-Confindustria-Cnf-Abi: suggerimenti per le aziende su costruzione dei modelli e organismo di vigilanza nell'ottica della difesa in giudizio*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3/2019, p. 60.

un apicale oppure da un sottoposto, l'attivazione del sistema disciplinare dovrebbe comportare, accanto alla comminazione di adeguate sanzioni, il rafforzamento delle regole cautelari e operative previste nella procedura violata e riscontrate nell'ambito delle attività di indagine svolte dalla società.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte e per ciò che interessa ai fini del presente lavoro, occorre rilevare che con l'introduzione di uno specifico sistema disciplinare-sanzionatorio a presidio dell'efficace attuazione del modello organizzativo, l'apparato disciplinare cessa, come era in precedenza, di avere esclusivamente risvolti *inter partes* (tra datore di lavoro e dipendente) e quello che era una volta un giudizio di legittimità e proporzionalità del provvedimento sanzionatorio formulato nell'ambito di controversie in materia di lavoro è ora esposto, nella dialettica processuale, alla possibile valutazione dell'autorità giudiziaria penale, nella prospettiva del pubblico ministero e, ove l'ente non sia riuscito in sede di indagine ad ottenere l'archiviazione da parte dell'organo inquirente, nella prospettiva del giudice.

Si tratterebbe di una novità assoluta e ricca di conseguenze.

Come acutamente osservato da parte della dottrina «per la prima volta, infatti, il contenuto del sistema disciplinare, la legittimità di una sanzione, la correttezza del procedimento di contestazione e, da ultimo, la stessa idea di potere disciplinare, fuoriescono dagli stretti limiti di regolazione del rapporto di lavoro tra datore di lavoro e singolo lavoratore e si pongono quale canone o indice di una corretta organizzazione dell'attività e dell'attenzione datoriale e dell'ente alla materia prevenzionistica»[176].

In questo senso e nell'ottica del procedimento *de societate*, l'efficace attuazione da parte dell'ente di un idoneo sistema disciplinare (e, quindi, l'adozione di misure disciplinari e riorganizzative indispensabili) mirerebbe, altresì, ad uno scopo ulteriore rispetto a quelli già esaminati della deterrenza e prevenzione. Si tratterebbe di evitare, in caso di commissione di un reato presupposto da parte dei dipendenti dell'impresa, la risposta sanzionatoria che proviene dall'ordinamento.

Questa specifica funzione, che caratterizza ulteriormente il sistema disciplinare interno al modello organizzativo può rappresentare, per alcuni aspetti, una rivoluzione

[176] Così S. M. Corso, *Il codice disciplinare di fronte alla responsabilità delle persone giuridiche: riflessi lavoristici*, cit., 313.

copernicana nelle modalità di accertamento della responsabilità degli enti che reclamano la propria estraneità rispetto all'illecito del vertice. Invero, la responsabilità dell'organizzazione potrebbe essere esclusa, in presenza di un idoneo modello *ante delictum*, facendo leva sull'assenza di una colpevolezza per mancata reazione alla condotta illecita o anche a quei comportamenti prodromici alla consumazione del reato-presupposto. L'assenza di una colpa di reazione si esplicherebbe, altresì, nell'ulteriore e connessa attività di miglioramento dei presidi di controllo in funzione preventiva.

Questa conclusione impone due considerazioni di carattere generale.

Da una parte, si deve evidenziare che le società, specie se di medie o grandi dimensioni, sono sempre provviste di un modello organizzativo *ante delictum* conforme alle Linee Guida emanate dalle associazioni di categoria maggiormente rappresentative e redatto con l'ausilio di consulenti e di accademici di comprovata professionalità ed esperienza in materia 231. Pertanto, seppur a livello teorico e secondo una valutazione *ex ante*, il modello concretamente adottato dovrebbe ragionevolmente ritenersi idoneo.

Dall'altra, nonostante i tentativi della teoria dell'immedesimazione organica[177], occorrerebbe considerare che, nell'ambito di società che presentano una elevata complessità nel proprio operare, con una struttura organizzativa aziendale ampia e stratificata in articolazioni verticali e orizzontali, basata su una molteplicità di funzioni e direzioni con attività tra loro profondamente diverse, il comportamento illecito sovente nasce da processi decisionali complessi, non riconducibili esclusivamente ad un singolo soggetto o a un gruppo ristretto di persone appartenenti allo stesso apparato aziendale[178].

---

[177] Per una esaustiva e convincente critica della teoria dell'immedesimazione, v. A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, Il Mulino, 2010, p. 203 ss. In argomento, v. R. Bartoli, *Alla ricerca di una coerenza perduta… o forse mai esistita. Riflessioni preliminari (a posteriori) sul "sistema 231"*, in www.penalecontemporaneo.it, 10 marzo 2016.

[178] In argomento, v. M. Caputo, *Colpevolezza della persona fisica e colpevolezza dell'ente nelle manovre sulla pena delle parti*, cit., p. 148 ss. Per l'Autore, la categoria della "colpa di organizzazione" costruisce un modello di responsabilità che «tradisce l'incapacità di rapportarsi con un movimento dell'ente che incede in modo impersonale, mostrandosi più vicino alla gabbia di ferro della burocrazia weberiana, dominata dalla fungibilità dei dipendenti e da un agglomerato di funzioni che possono mutare repentinamente i modi del proprio agire, che non ha un'anima suscettibile di essere dannata per i propri peccati».

Si comprende, pertanto, come sia possibile che anche l'applicazione di una sanzione disciplinare da parte dell'ente che abbia vigilato e reagito ai comportamenti irregolari o illeciti rimuovendo, altresì, le eventuali criticità operative, gestionali o di controllo presenti nel modello organizzativo e nelle procedure di attuazione dello stesso, possa non essere stata sufficiente a "bloccare" la successiva consumazione del reato-presupposto. Nondimeno, la scelta compiuta dalla società di portare pienamente ad emersione e sanzionare qualsiasi violazione delle regole cautelari del modello 231, compiuta in una fase antecedente alla consumazione del reato poi verificatosi, può essere rilevante e idonea ai fini dell'assolvimento del dovere di prevenzione e vigilanza previsto dal Decreto. Anzi, potrebbe essere questa la prova dell'inevitabilità dell'evento offensivo, non prevenuto dal concreto sistema di misure e presidi autonormato dall'ente: detto in altri termini, occorrerebbe accertare se, in quelle condizioni, qualsiasi modello organizzativo sarebbe stato egualmente e fraudolentemente eluso.

Dietro l'efficace attuazione di un idoneo sistema disciplinare, l'ente può intravedere la fondata speranza che, in caso di commissione di un reato-presupposto, l'autorità giudiziaria tenga in debito conto di quanto fatto dalla società (sotto il duplice aspetto di adozione del provvedimento sanzionatorio e rafforzamento delle regole cautelari autonormate dall'ente per prevenire illeciti) per reagire alla scoperta di una qualsiasi infrazione disciplinare, anche quando la stessa potrebbe apparire del tutto casuale, e la premi non accollandole alcuna responsabilità.

Alla luce di quanto sopra, la colpevolezza dell'ente potrebbe essere esclusa, in presenza di determinate condizioni, quando la società, in base alle investigazioni condotte *in house*, abbia sanzionato una condotta prodromica alla successiva commissione del reato-presupposto e anche nell'ipotesi in cui il reato presupposto sia stato poi commesso da un soggetto diverso da quello sanzionato. Anzi, ragionando al contrario, quest'ultima situazione sarebbe la prova che un certo risultato lesivo non fosse prevedibile e prevenibile dall'ente.

Da questo angolo visuale e per quanto di interesse nella materia che qui ci occupa, dovrebbe essere rilevante, ai fini dell'accertamento di una eventuale assenza di colpa di organizzazione, la comminazione di proporzionate e tempestive contromisure disciplinari *ante factum* e il rafforzamento dell'apparato

prevenzionistico aziendale, come indice rivelatore di un sistema funzionante e di una trasparenza organizzativa che, seppur non in grado di eliminare completamente il rischio reato, dimostrerebbero, da un lato, l'estraneità dell'ente agli illeciti e, dall'altro, l'esercizio di una effettiva e continua vigilanza in una prospettiva di prevenzione[179].

Ciò non vuol dire, tuttavia, dare rilievo esclusivamente alla condotta c.d. "reattiva" dell'ente, trascurando la componente preventiva del sistema di *compliance* interno, ma significa riconoscere, da un punto di vista pragmatico, che la strategia reattiva della società, in presenza di un modello organizzativo *ante delictum*, presuppone che la società abbia adottato tutte le misure necessarie per cercare di impedire la commissione di reati del tipo di quello realizzato o, comunque, rende credibile il suo sforzo preventivo *ante factum* escludendo una *proactive corporate fault*.

Va, in questo senso, subito precisato, che non si tratta di mettere a fuoco una nuova figura di atteggiamento psicologico improntata alla colpa: se la colpa di reazione[180], come si deve ritenere, non rappresenta una sottospecie o una componente della più nota e tradizionale colpa di organizzazione, la sua assenza, in virtù delle

[179] Tanto più ove si osservi che secondo un orientamento giurisprudenziale l'omessa adozione del modello organizzativo non può costituire automaticamente una responsabilità dell'impresa, dovendosi individuare l'elemento soggettivo di responsabilità dell'ente nella colpa e ben potendo la società interessata dimostrare, al fine di non incorrere in sanzioni, di avere adottato le misure necessarie ad impedire la commissione di reati del tipo di quello realizzato. Pertanto, il modello organizzativo è solo una delle potenziali difese che la società può proporre non essendoci piena sovrapponibilità tra colpa di organizzazione e modelli organizzativi *ex* artt. 6 e 7 del d.lgs. 231/2001. V. Cass., Sez. III, 15 marzo 2019, n. 11518, in *www.rivista231.it*, nella quale la Suprema Corte, pur condannando l'ente per questioni strettamente attinenti alla vicenda processuale, afferma il suddetto principio di diritto.

[180] Per una ricostruzione generale sul piano teoretico della c.d. "colpevolezza reattiva" elaborata dai giuristi australiani sin dagli anni Ottanta del secolo passato, si rinvia a V. Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, cit., p. 377 ss. La tesi di fondo di questa ricostruzione della *reactive corporate fault* è che «la colpevolezza dell'ente – a differenza dell'archetipo individuale, che presuppone la coincidenza temporale tra elemento oggettivo (*actus reus*) ed elemento soggettivo del reato (*mens rea*) – andrebbe considerata un fenomeno *post hoc*: meramente reattivo». Pertanto, la c.d. colpevolezza di reazione potrebbe essere definita «come l'omessa adozione da parte dell'ente di soddisfacenti misure preventive e correttive in risposta alla commissione della fattispecie oggettiva (*actus reus*) di un reato da parte del personale che agisce per conto dell'organizzazione». Come evidenziato dall'Autore, in questa ricostruzione, la colpa dell'ente «è accertata non rispetto a un difetto organizzativo antecedente o contestuale al reato, ma nell'intervallo di tempo di reazione. Proprio in questa fase emergerebbe la *mens rea* dell'ente: il dolo, ravvisabile in una strategia reattiva di *non-compliance*».

misure sanzionatorie e correttive adottate dall'ente, non si aggiunge ad una ipotetica mancanza di colpa di organizzazione, rappresentando entrambe la stessa medaglia[181].

Volendo trarre qualche conclusione dalle precedenti osservazioni, si deve ritenere che il sistema disciplinare-sanzionatorio *ex* Decreto potrebbe diventare l'elemento, o meglio lo strumento, che maggiormente può incidere sulla capacità dimostrativa dell'ente – nel procedimento a suo carico – della ricorrenza di tutte le condizioni richieste dal Decreto per escludere una sua responsabilità.

Sono ormai maturi i tempi per rielaborare e riconcepire i concetti e le categorie giuridiche su cui si basa la responsabilità degli enti, alla luce della peculiare natura del destinatario e ciò anche al fine di ampliare la marginalità dell'applicazione dell'esimente per fatto degli apicali e ridurre lo spazio di discrezionalità dell'autorità giudiziaria nella valutazione delle condizioni richieste dal Decreto per escludere la responsabilità dell'ente[182].

8. SANZIONE DISCIPLINARE *POST FACTUM* E RIPARAZIONE/ RIORGANIZZAZIONE DELL'IMPRESA

Dopo aver esaminato nei precedenti paragrafi in che modo l'adozione ed efficace attuazione di un idoneo apparato disciplinare, potrebbe fungere, nella prospettiva dell'autorità giudiziaria (sia essa il p.m. o il giudice), da criterio per escludere la c.d. colpa di organizzazione[183], ci soffermeremo ora sulla possibilità di

[181] Cfr. con particolare riferimento al paradigma nordamericano di valutazione della responsabilità degli enti, A. Sereni, *Colpa e cooperazione investigativa nella responsabilità dell'ente da reato. Un confronto tra ordinamenti nella prospettiva della globalizzazione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ*., 2018, p. 620 ss. e in particolare p. 635 s.

[182] Per S. Perini, *La valutazione giudiziale del modello organizzativo* ex *D.Lgs. n. 231/2001*, in *Lav. nella giur*., 2016, p. 874 ss., le valutazioni giudiziali in materia di idoneità del modello organizzativo sono «endemicamente corrose da una cospicua componente di soggettività, fonte di incertezze e di disomogeneità applicative».

[183] Secondo C. De Maglie, *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa. Crisi e innovazioni nel diritto penale statunitense*, cit., p. 151, «a parte l'innegabile potenziamento della finalità preventiva della pena, la principale ragione che induce una persona giuridica ad adottare un sistema disciplinare interno è quella di proteggere se stessa dai comportamenti dei dipendenti che commettono reati. Con la codificazione di un apparato di sanzioni interne, la persona giuridica prende le distanze dagli autori dei reati, dimostra di non aver nulla a che spartire con loro, è in grado di provare la sua assoluta estraneità alla commissione di azioni criminose».

una sua valorizzazione come criterio di attenuazione delle conseguenze giuridiche ed economiche derivanti dalla responsabilità dell'ente ai sensi del Decreto.

In merito al ruolo che il sistema disciplinare potrebbe svolgere sul versante dell'attenuazione sanzionatoria, la prima norma da analizzare è l'art. 11, comma 1, il quale, nell'individuare i criteri di commisurazione della sanzione pecuniaria (in base a cui il giudice determina il numero delle quote) prevede, sullo stesso piano, la gravità del fatto[184], il grado di responsabilità dell'ente[185] e, infine, l'attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto[186] o per prevenire la commissione di ulteriori reati.

Al riguardo, si deve ritenere che l'adozione di sanzioni disciplinari dopo la commissione del reato da cui è scaturito il procedimento e il rafforzamento delle regole cautelari e operative previste nelle procedure di attuazione del modello 231 al fine di eliminare quelle carenze organizzative – riscontrate nell'ambito delle indagini disciplinari – che hanno favorito o determinato il reato presupposto, quali condotte riparatorie *post factum*[187] (in grado di esternare un apprezzabile "controvalore" rispetto all'offesa[188] e portare a un ritorno alla legalità), possono certamente rientrare – in

---

[184] Da intendersi in un'accezione ristretta e, quindi, circoscritta alle sole componenti oggettive del reato presupposto e, pertanto, sarà estraneo al giudizio del giudice qualsivoglia apprezzamento relativo al disvalore della condotta della persona fisica autore del reato presupposto. Sul punto, v. G. Lasco, Sub *Art. 11*, in G. Lasco-V. Loria-M. Morgante, *Enti e responsabilità da reato. Commento al d.lgs. 2001, n. 231*, Giappichelli, 2017, p. 153. Per l'Autore saranno oggetto di considerazione da parte del giudice «esclusivamente il *quantum* di lesione o di messa in pericolo del bene tutelato nonché ogni altra conseguenza derivante dall'illecito, come il danno patrimoniale arrecato o il vantaggio che l'ente ha ricavato dalla commissione del reato».

[185] Per C. Piergallini, *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 11/2001, p. 1357, questo criterio di commisurazione evoca la distinzione tra illeciti commessi dagli apici e quelli realizzati dai subordinati, laddove i primi esternano una maggiore gravità già sul piano oggettivo, poiché il coinvolgimento del vertice comporterebbe che il reato realizzato sia inquadrabile nella politica d'impresa della *societas*.

[186] In argomento, V. Mongillo-M. Bellacosa, *Il sistema sanzionatorio*, in Aa.Vv., *Responsabilità da reato degli enti - Volume I Diritto sostanziale*, a cura di G. Lattanzi-P. Severino, Giappichelli, 2020, in particolare p. 300; A. Rossi, *Le sanzioni dell'ente*, in Aa.Vv., *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (D.lgs. n. 231/2001)*, a cura di S. Vinciguerra-M. Ceresa Gastaldo-A. Rossi, Cedam, 2004, p. 71 s. L'Autore ipotizza che «fatto» stia a significare «illecito dell'ente». Questo approdo esegetico condurrebbe ad espungere dal parametro della responsabilità dell'ente il momento soggettivo, per reinserirlo nel parametro della «gravità del fatto».

[187] V. G. Lasco, Sub *Art. 11*, in G. Lasco-V. Loria-M. Morgante, *Enti e responsabilità da reato. Commento al d.lgs. 2001, n. 231*, cit., p. 155 s. Per l'Autore l'attività riparatoria *ex* art. 11, «diversamente da quella prevista all'art. 12, che prescrive una vera e propria circostanza attenuante, assume valore operativo all'interno dei limiti edittali, dando vita ad una speciale forma di ravvedimento *post delictum*, volta ad incidere esclusivamente sulla determinazione della sanzione». Deve avere, quindi, un contenuto inferiore rispetto a quanto richiesto dall'art. 12, comma 2, e non è subordinata al compimento entro una determinata fase processuale.

[188] Par. 5.1 della Relazione.

quanto idonee rispetto allo scopo - nell'attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto o per prevenire la commissione di ulteriori reati[189]. Al riguardo, si deve precisare che le condotte riparatorie contemplate dall'art. 11, affinché possano essere valutate dal giudice al fine di determinare il numero delle quote per l'irrogazione della sanzione, devono essere semplicemente proiettate al risultato contemplato.

Inoltre, se nel concetto graduabile di responsabilità (o corresponsabilità) dell'ente, quale ulteriore criterio che orienta il giudice nella fase commisurativa, può essere utilmente allocato l'elemento della *corporate culture*, allora, l'applicazione di sanzioni disciplinari, a fronte del comportamento deviante dal modello organizzativo posto in essere dai *manager* e dipendenti, è specchio, seppur parziale, della cultura d'impresa e, più in generale, dell'identità dell'ente e dei suoi valori. Sarebbe difficile negare che l'adozione ed effettiva applicazione di un idoneo sistema disciplinare rappresenti un elemento sintomatico della mancanza o minore "adesione" dell'ente all'illecito o di una sua collusione anomica e inerziale.

Sotto tale prospettiva, la valutazione del grado di responsabilità citato dall'art. 11, comma 1, impone al giudice un'analisi complessiva della struttura societaria, del sistema organizzativo, delle condotte poste in essere dal vertice aziendale e delle decisioni adottate dall'ente per controllare e presidiare le attività pericolose e minimizzare il rischio reato, al fine di comprendere l'intensità del coinvolgimento dell'ente nell'attività criminosa e, quindi, se la condotta illecita possa essere considerata un episodio isolato e circoscritto oppure espressione di una politica aziendale patologica[190].

---

[189] Con riferimento alla commissione di ulteriori reati, la sostituzione e l'allontanamento da parte dell'ente dei dipendenti coinvolti è un comportamento fattivo che potrebbe portare a prevenire tale *periculum*. Ovviamente deve trattarsi di una effettiva e non apparente estromissione: ad esempio, l'abbandono delle cariche sociali da parte del legale rappresentante dell'ente o di alcuni soggetti apicali che si ritiene possano essere stati autori del reato presupposto sarebbe solo formale se questi avessero comunque la possibilità di continuare per interposta persona ad occuparsi di fatto (non occasionalmente) della gestione della società con i medesimi e collaudati sistemi illeciti. In questa ipotesi permarrebbe il pericolo di reiterazione degli illeciti anche sotto il nuovo *management* che continuerebbe ad essere soggetto all'influenza degli apicali "defenestrati". Sul punto, v. in giurisprudenza, Cass., Sez. VI, 2 ottobre 2006, n. 32626, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4228, con nota di S. Renzetti, *Misure cautelari applicabili agli enti: primi interventi della Cassazione*. V. Trib. Bari, ord. 18 aprile 2005, cit., p. 367 ss.

[190] In tal senso, v. E. M. Giarda-F. M. Giarda, Sub *Art. 11*, in Aa.Vv., *La responsabilità "penale" delle persone giuridiche (D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231)*, a cura di A. Giarda-E. M. Mancuso-G. Spangher-G. Varraso, Ipsoa, 2007, p. 117. V. S. Sartarelli, Sub *Art. 11*, in Aa.Vv., *La responsabilità degli enti.*

Senza dubbio, la valutazione di questo secondo parametro di riferimento per la determinazione del numero delle quote non potrà tralasciare un'attenta disamina della reazione dell'ente ai comportamenti pericolosi o devianti dai precetti normativi e aziendali, sia sotto il profilo sanzionatorio, sia sotto l'aspetto di un rafforzamento della mappatura delle attività sensibili e dei processi strumentali dell'impianto prevenzionistico adottato nel modello. In questo senso, il sistema disciplinare diventa quindi un indice significativo che può aiutare l'autorità giudiziaria nella sua valutazione circa il grado di responsabilità della persona giuridica[191].

Di più, il successivo art. 12, comma 2, statuisce che la sanzione pecuniaria è ridotta da un terzo alla metà se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, si sia verificata una delle seguenti condizioni: a) «l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso»; b) «è stato adottato e reso operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi»[192].

Per ottenere la riduzione in esame è sufficiente il verificarsi di una delle due condizioni sopra descritte; qualora, invece, concorrano entrambe le condizioni previste dalle lettere a) e b), l'art. 12, comma 3, prevede la riduzione della sanzione pecuniaria dalla metà ai due terzi.

A differenza di quanto previsto dal precedente art. 11, il criterio indicato nella norma in esame è rapportato ad un parametro temporale massimo (*i.e.* prima

---

Commento articolo per articolo al d.lgs. n. 231/2001, di A. Presutti-A. Bernasconi-C. Fiorio, Cedam, 2008, in particolare p. 184.

[191] Per C. Piergallini, *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, cit., p. 1357, il grado della responsabilità dell'ente richiede anche apprezzamenti che riguardano il piano della colpevolezza, «vale a dire l'intensità del coinvolgimento dell'ente nell'illecito, desumibile o dal disvalore della volontà sociale (id est il dolo del soggetto apicale come espressione della volontà sociale), ovvero dal grado di diligenza ed efficienza dimostrato nell'adozione e nella implementazione dei modelli di prevenzione del rischio-reato (in definitiva, il grado di colpevolezza organizzativa)».

[192] V. Torre, Sub *Art. 12 – Profili penalistici*, in Aa.Vv., *Compliance - Responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di D. Castronuovo-G. De Simone-E. Ginevra-A. Lionzo-D. Negri-G. Varraso, Wolters Kluwer, I edizione, p. 384; V. S. Sartarelli, Sub *Art. 12*, in Aa.Vv., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. n. 231/2001*, di A. Presutti-A. Bernasconi-C. Fiorio, Cedam, 2008, p. 188 ss.; G. Lasco, Sub *Art. 12*, in G. Lasco-V. Loria-M. Morgante, *Enti e responsabilità da reato. Commento al d.lgs. 2001, n. 231*, cit., p. 162 ss.; Mongillo-M. Bellacosa, *Il sistema sanzionatorio*, in Aa.Vv., *Responsabilità da reato degli enti - Volume I Diritto sostanziale*, cit., in particolare p. 302 ss. Per un'analisi della rilevanza delle attività ripristinatorie nel processo *de societate*, v. D. Quarto, *Gli strumenti di premialità previsti dal d.lgs. 231/2001 come pungolo alla rieducazione dell'ente*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4/2021, in particolare p. 147 ss.

dell'apertura del dibattimento[193]) entro il quale dovranno essere adempiute le condotte indicate.

Le condizioni attenuanti testé descritte prevedono dunque, alternativamente, un'attività riparatoria rivolta al passato (art. 12, comma 2, lett. a)[194], oppure un tardivo ravvedimento dell'ente attraverso l'adozione di un modello organizzativo (art. 12, comma 2, lett. b) che se avesse preceduto la commissione dell'illecito, avrebbe potuto evitare – in presenza di una serie di condizioni – la responsabilità dell'impresa.

Con riguardo alla condotta riparatoria delle conseguenze dannose o pericolose del reato, il legislatore non ha fornito criteri indicatori del comportamento minimo richiesto all'ente.

Tuttavia, pur trattandosi di formule aperte e lasciate, pertanto, alla valutazione del giudice, si deve ritenere che anche in questa ipotesi la concreta applicazione di sanzioni disciplinari *post delictum* e l'eventuale successiva implementazione dei protocolli attuativi del *compliance program* per eliminare quel *deficit* organizzativo che ha favorito o determinato l'illecito e che è stato riscontrato nell'ambito del procedimento disciplinare, rientrino tra le condotte riparatorie richiamate dalla norma in esame.

Invero, un'interpretazione confacente alla *littera legis* che sia altresì coerente con la finalità specialpreventiva della disciplina 231[195], dovrebbe portare a ritenere che, nell'ambito di operatività della disposizione *de qua*, rientrino tutte quelle attività di ravvedimento operoso della *societas* volte ad eliminare o ridurre le conseguenze dannose o pericolose del reato, queste ultime da intendersi secondo un orientamento dottrinale come il risultato dannoso o pericoloso del reato[196]. Al riguardo, secondo un altro orientamento dottrinale, la locuzione in esame imporrebbe invece l'eliminazione delle «fonti di pericolo o di danno», e cioè della «causa dell'illecito» e la prevenzione della futura commissione di reati della specie di quello realizzato[197].

---

[193] Il superamento di tale fase è ritenuto non sufficientemente indicativo di una effettiva resipiscenza meritevole di un trattamento sanzionatorio attenuato.

[194] La previsione in esame ricalca a grandi linee la circostanza di cui all'art. 62, n. 6, c.p.

[195] V. G. Amato, *Un regime diversificato per reprimere gli illeciti*, in *Guida dir.*, 2001, 26, p. 71.

[196] Così M. Vizzardi, Sub *Art. 17*, in Aa.Vv., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. n. 231/2001*, di A. Presutti-A. Bernasconi-C. Fiorio, Cedam, 2008, p. 221.

[197] Così, S. Giavazzi, Sub *Art. 17*, in Aa.Vv., *La responsabilità "penale" delle persone giuridiche,)*, a cura di A. Giarda-E. M. Mancuso-G. Spangher-G. Varraso, Ipsoa, 2007, p. 159 ss. Per l'Autore l'allontanamento degli autori del reato e la sostituzione dei vertici aziendali rientrano tra le misure in

Immaginiamo, ad esempio, che la società abbia, da un lato, attivato immediatamente indagini interne per scoprire ed eliminare le situazioni di rischio rilevate, sanzionando adeguatamente i dipendenti ritenuti responsabili di infrazioni disciplinari (anche attraverso un loro allontanamento e una loro sostituzione, se apicali, nella direzione e rappresentanza dell'impresa) e, dall'altro, abbia proceduto ad una revisione del contenuto programmatico del modello *ante delictum* in relazione all'area di interesse del reato contestato: tali condotte, quali manifestazione di un'ampia e tempestiva attività di resipiscenza *post factum* dell'ente, esprimono in maniera riconoscibile un "controvalore" rispetto all'offesa causata e rappresentano una conferma di un modello virtuoso di impresa, eticamente e legalmente orientato nel perseguimento del proprio *business*. Si tratterebbe chiaramente di *condotte antagoniste rispetto all'offesa*[198].

Va sottolineato, inoltre, che l'art. 12, comma 2, lett. b), riconosce il trattamento di favore (consistente nella riduzione della sanzione pecuniaria) anche nell'ipotesi in cui l'ente si sia «efficacemente adoperato in tal senso» e, quindi, si sia attivato per adempiere le condotte riparatorie *post factum* ivi previste senza riuscirci, per ragioni che, evidentemente, sono indipendenti dalla sua volontà. Ciò che rileva, pertanto, è che la società «abbia fatto tutto quanto era concretamente *esigibile* in tale direzione (…)»[199].

Se con riferimento al risarcimento del danno ciò può essere dipeso dalle non floride condizioni economiche e patrimoniali dell'ente, il contenuto della previsione

grado di eliminare le fonti di pericolo o di danno costituendo, allo stesso tempo, un elemento di riduzione del pericolo di reiterazione dell'illecito. Tuttavia, le stesse «dovranno essere accompagnate alla rimozione delle carenze organizzative, ed in particolare all'introduzione di un sistema di controllo adeguato, soprattutto finalizzato alla gestione delle risorse finanziarie di impresa».

[198] Espressione contenuta nella Relazione.

[199] Così C. Piergallini, *I reati presupposto della responsabilità dell'ente e l'apparato sanzionatorio*, in Aa.Vv., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, cit., p. 226. Nello stesso senso, V. S. Sartarelli, Sub *Art. 12*, in Aa.Vv., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. n. 231/2001*, cit., in particolare p. 193. L'Autore sottolinea che la disciplina delle condotte riparatorie nell'ambito del sistema 231 è ispirata «oltre che da un indiscusso *favor reparandi* anche da un particolare *favor rei*, posto che l'attività svolta per riparare ai danni derivanti dal reato può raggiungere un «doppio grado di idoneità»» ove si consideri che anche la condotta solo potenzialmente riparatoria può essere idonea ai fini dell'operatività dell'attenuante di cui all'art. 12, comma 2, lett. a).

in esame potrebbe sollevare dubbi interpretativi in relazione all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato[200].

Focalizzando l'attenzione sul sistema disciplinare, quando può affermarsi in concreto che l'ente si è efficacemente adoperato per eliminare tali conseguenze del reato pur senza conseguire lo scopo? L'adozione, ad esempio, di una sanzione diversa dal licenziamento e, quindi, di tipo conservativo, come può essere la sospensione dal lavoro e dalla retribuzione o il trasferimento della risorsa aziendale in un'altra area di attività, potrebbe ritenersi rilevante ai fini in esame? La questione si pone perché, secondo parte della giurisprudenza, l'adempimento di quanto prescritto dalla norma in questione dovrebbe, *inter alia*, tradursi sul piano fattuale nel licenziamento delle persone fisiche imputate[201]. Si deve, però, ritenere che una simile ricostruzione non possa essere accolta *sine exceptione* per le seguenti motivazioni.

Premesso che ciò che il giudice dovrebbe apprezzare è che la società, da un lato, abbia tempestivamente e con attenzione valutato il comportamento dei soggetti apicali o subordinati in ordine al rispetto delle misure indicate nel modello, adottando adeguate sanzioni disciplinari e, dall'altro, abbia proceduto ad un aggiornamento delle suddette misure in relazione all'area operativa dell'azienda nella quale è stato commesso il reato per cui si procede, la mancata applicazione di una sanzione di carattere espulsivo come il licenziamento non dovrebbe rilevare ad escludere la rilevanza della circostanza attenuante *de qua*.

Invero, l'adozione di una sanzione come il licenziamento potrebbe costituire una condizione essenziale ma comunque non sufficiente ai fini dell'attenuante di cui al comma 2 dell'art. 12, qualora non fosse accompagnata da un ripensamento delle

[200] Si pensi ai casi di addebito colposo: le conseguenze del reato risultano non eliminabili in concreto nell'ipotesi di responsabilità dell'ente per omicidio colposo commesso con violazione delle norme sulla sicurezza sul lavoro.

[201] G.u.p. Trib. Pordenone, 4 novembre 2002, in *Foro it.*, 2004, II, p. 318, dove si legge che «appare conforme a giustizia la concessione all'imputata società delle circostanze attenuanti di cui all'art. 12, 2° comma, lett. a) e b), d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231, con conseguente determinazione a mente dell'art. 12, 3° comma, d.lgs. 231/01: invero, l'ente non solo ha integralmente risarcito il pregiudizio arrecato alla pubblica amministrazione (…) ma anche ha comprovato l'adozione di modelli organizzativi idonei a prevenire la commissione di ulteriori reati, all'uopo dimettendo il 21 ottobre 2002 ampia documentazione donde risulta che l'impresa Coletto s.p.a. ha allontanato Coletto Galliano dall'amministrazione e dalla rappresentanza dell'ente, abbandonando definitivamente le condotte criminose che il suo legale rappresentante *pro tempore* aveva assunto per avvantaggiare la società». V. Trib. Firenze, 15 maggio 2012, in *Giur. mer.*, 2013, p. 1601, con nota di R. Ferone, *Revoca della sanzione interdittiva emessa in via cautelare: condizioni.*

procedure interne in grado di inibire la realizzazione di future condotte illecite[202]. Inoltre, l'adozione di tale tipologia di provvedimento disciplinare di carattere espulsivo presuppone che durante l'attività di indagine interna compiuta dalla società si giunga ad un accertamento di fondatezza degli elementi acquisiti e di imputabilità di una violazione di maggiore gravità.

È importante segnalare, infatti, la corrività dell'approdo secondo cui la società dovrebbe sempre procedere al licenziamento del dipendente imputato e ciò alla luce dell'autonomia dell'accertamento disciplinare e del (conseguente) esercizio del potere sanzionatorio per potenziali violazione del modello organizzativo rispetto al procedimento penale a carico del lavoratore.

Se il soggetto per cui è stata attivata la procedura di contestazione ricopre un ruolo apicale con attribuzione di deleghe organizzative o procure e nel caso in cui durante l'indagine interna si giunga ad un accertamento di fondatezza degli elementi acquisiti e di imputabilità di una violazione di maggiore gravità, l'ente sicuramente dovrà procedere – tramite le funzioni aziendali che risultano competenti in virtù dei poteri e delle attribuzioni loro conferiti – all'immediata revoca delle deleghe organizzative o procure attribuite in base alla natura dell'incarico nonché ad implementare il relativo procedimento sanzionatorio che porterà all'eventuale licenziamento. Qualora, invece, le infrazioni del modello 231 da parte di un apicale siano astrattamente riconducibili a una fattispecie penalmente rilevante ma la società non sia in grado, in pendenza delle eventuali indagini della magistratura e per mancanza di elementi sufficienti, di operare una chiara ed esaustiva ricostruzione dei fatti, con molta probabilità la stessa, nell'attesa dell'esito degli accertamenti giudiziali, si limiterà a formulare nei confronti dei soggetti imputati una comunicazione con la quale si riserva ogni diritto ed azione ai sensi di legge applicando sanzioni di tipo conservativo. Solo qualora all'esito dei suddetti accertamenti e/o del giudizio penale, anche di primo grado, fossero riscontrate evidenze di infrazioni molto gravi a carico dei soggetti individuati come responsabili, l'ente, acquisito ogni elemento necessario per una specifica ricostruzione dei fatti, darà corso al procedimento disciplinare e al licenziamento.

---

[202] In tal senso, C. Piergallini, *I reati presupposto della responsabilità dell'ente e l'apparato sanzionatorio,* in Aa.Vv., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231,* cit., p. 226.

Tirando le fila di queste brevi considerazioni, anche l'applicazione di una sanzione disciplinare di tipo conservativo ma comunque efficace, come può essere, ad esempio, la sanzione di *claw back* della retribuzione variabile, accompagnata da una effettiva implementazione, in un orizzonte temporale limitato, dei presidi di controllo del modello organizzativo calibrata sulle carenze interne che si siano dimostrate causa della condotta illecita, dovrebbe assumere rilevanza ai fini dell'applicabilità della condizione attenuante in esame: in tale ipotesi, infatti, l'ente si sarebbe "efficacemente adoperato" per eliminare le conseguenze dannose o pericolose del reato e il suo comportamento – l'unico concretamente possibile ed esigibile – sarebbe altresì espressione di un'organizzazione "non carente".

Ai sensi poi dell'art. 13, le sanzioni interdittive (elencate nell'art. 9, comma 2) si applicano, in relazione ai reati per i quali sono espressamente previste, al ricorrere di almeno una delle ipotesi contemplate dalle lett. a) e b), ossia, *inter alia*, «in caso di reiterazione degli illeciti» oppure – in caso di reato commesso da soggetti sottoposti all'altrui direzione – quando «la commissione del reato è stata determinata o agevolata da gravi carenze organizzative» (è sufficiente che ricorra anche una delle due condizioni previste dalla norma)[203].

Con riferimento all'ascrivibilità del reato-presupposto ai subordinati, appare ragionevole ritenere che, nella valutazione dell'autorità giudiziaria, il fatto che l'ente abbia adottato sanzioni disciplinari ed implementato i protocolli e le procedure attuative del modello 231 al fine di rimuovere le carenze organizzative che hanno in concreto favorito la commissione dell'illecito[204] possa portare ad escludere che la commissione del reato sia stata determinata da una "grave" lacuna dell'organizzazione.

Al riguardo, si deve ritenere che la "grave carenza organizzativa" da parte dell'ente non presuppone necessariamente la totale mancanza di un modello *ante*

---

[203] V. F. Viganò, Sub *Art. 13*, in Aa.Vv., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. n. 231/2001*, di A. Presutti-A. Bernasconi-C. Fiorio, Cedam, 2008, p. 197; G. Cernuto, Sub *Art. 13*, in Aa.Vv., *La responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, a cura di A. Giarda-E. M. Mancuso-G. Spangher-G. Varraso, Ipsoa, 2007, p. 123; E. Amati, Sub *Art. 13*, in Aa.Vv., *Compliance - Responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di a cura di D. Castronuovo-G. De Simone-E. Ginevra-A. Lionzo-D. Negri-G. Varraso, Wolters Kluwer, I edizione, 2019, p. 387; G. Lasco, Sub *Art. 13*, in G. Lasco-V. Loria-M. Morgante, *Enti e responsabilità da reato. Commento al d.lgs. 2001, n. 231*, cit., p. 171 ss.

[204] Qualora siano rilevate, durante le indagini interne volte all'accertamento dei fatti, carenze di prevenzione e controllo nell'ambito dell'apparato organizzativo aziendale.

factum ma è ravvisabile, altresì, quando la società abbia adottato un modello 231 che sia ritenuto inidoneo a soddisfare le esigenze di prevenzione palesate dal rischio-reato.

In particolare, come chiarito da autorevole dottrina, lo specifico riferimento alla gravità delle lacune organizzative che hanno in concreto determinato o agevolato la commissione del reato da parte del sottoposto presuppone che, se la condanna dell'ente richiede da parte del giudice un giudizio di «colpa» della società, la condanna di quest'ultima (anche) ad una sanzione interdittiva «presupporrà un giudizio di «colpa grave» dell'ente medesimo, in termini di grossolana inadeguatezza strutturale a prevenire illeciti del tipo di quello in concreto verificatosi»[205].

Alla luce di quanto sopra, è di intuitiva evidenza che un modello organizzativo manifestamente inidoneo, da un lato, difficilmente potrebbe contemplare un efficace e adeguato sistema disciplinare e, dall'altro, sarebbe incompatibile – atteso il richiamo alla "gravità" – con un comportamento attivo della società finalizzato all'emersione e all'accertamento dei fatti illeciti (segnalati o comunque rilevati), all'individuazione dei colpevoli e all'implementazione del sistema di *compliance*.

Quanto sopra esposto dovrebbe applicarsi sia nei casi in cui sussista una causazione diretta tra la commissione del reato e la grave carenza organizzativa, sia nei casi in cui la condotta illecita sia stata solo agevolata o favorita dal grave *deficit* di organizzazione. In entrambi i casi, il sistema disciplinare potrebbe giocare un ruolo decisivo nello sbarramento ad ipotesi di applicazione di misure interdittive: le attività realizzate dall'ente nell'ambito del sistema sanzionatorio interno al modello 231 sono, da un lato, palesemente contrarie ad una possibile determinazione o agevolazione della condotta illecita avendo una finalità contrapposta e, dall'altro, chiari indici di assenza del particolare grado di colpevolezza richiesto dalla norma in commento.

Infine, la concreta adozione di sanzioni disciplinari (sia conservative che risolutive) nei confronti del dipendente apicale o sottoposto autore del reato-presupposto e la conseguente e connessa attività di miglioramento dei protocolli e standard di controllo[206] sono rilevanti anche con riferimento al disposto dell'art. 17

[205] Così F. Viganò, Sub *Art. 13*, in Aa.Vv., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. n. 231/2001*, cit., in particolare p. 201.

[206] In assenza di un efficace sistema di controllo, è stata giudicata condotta riparatoria assolutamente inidonea ad eliminare le carenze organizzative il mero prepensionamento dei dirigenti coinvolti nell'illecito. V. Trib. Milano, Sez. IX, 28 ottobre 2004.

che, come osservato dalla dottrina, «è una delle espressioni più evidenti di quell'articolato sistema di «ravvedimento *post factum*» congegnato dal Decreto[207].

Ai sensi della norma *de qua*, ferma l'applicazione delle sanzioni pecuniarie, le sanzioni interdittive non si applicano se l'ente, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, (i) realizza le condotte riparatorie delle conseguenze del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso (lett. a) (*i.e.* risarcimento integrale del danno ed eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato); (ii) elimina le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi (lett. b)[208], (iii) mette a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca (lett. c)[209].

Le prime due condizioni elencate dall'art. 17, lett. a), sono uguali a quelle previste dall'art. 12, comma 2, lett. a)[210], mentre la condotta prevista dalla lett. b) dell'art. 17 è sostanzialmente equivalente a quella contemplata nell'art. 12, comma 2, lett. b)[211].

---

[207] Così M. Vizzardi, Sub *Art. 17*, in Aa.Vv., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. n. 231/2001*, cit., p. 218. V. M. Donini, Compliance, *negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici. Il delitto riparatorio oltre la* restorative justice, in Aa.Vv., *La pena, ancora fra attualità e tradizione – Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C. E. Paliero-F. Viganò-F. Basile-G. L. Gatta, Giuffrè, 2018, in particolare p. 590 ss.

[208] Sul punto, la Relazione è chiara: al paragrafo 6.1 prevede espressamente che «il modello di esonero dalla sanzione interdittiva diventa pienamente cofunzionale agli scopi di tali sanzioni solo se la condotta compensativa post-factum ricomprende anche l'eliminazione del fattore di rischio che ha provocato o agevolato la commissione del reato da cui dipende l'esistenza dell'illecito amministrativo. Di qui la necessità di ri-organizzare l'ente eliminando la causa dell'illecito e curando l'adozione e l'attuazione di efficaci modelli di prevenzione del reato».

[209] È necessario che concorrano cumulativamente tutte le condizioni ivi stabilite e, pertanto, gli adempimenti devono essere tutti congiuntamente realizzati, mentre l'art. 12 ritiene sufficiente la presenza di una delle condizioni previste dall'art. 17, lett. a) e b).

[210] Per T.E. Epidendio, *Le sanzioni*, in *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, di A. Bassi – T. E. Epidendio, Giuffrè, 2006, p. 369, la realizzazione delle fattispecie riparatorie di cui all'art. 17, oltre ad escludere l'applicazione di sanzioni interdittive comporterà anche l'effetto attenuante della sanzione pecuniaria. Per una ricostruzione delle condotte riparatorie previste dall'art. 17, v. S. Bruno-G. Bottiglioni, Sub *Art. 17*, in Aa.Vv., *Compliance - Responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di D. Castronuovo-G. De Simone-E. Ginevra-A. Lionzo-D. Negri-G. Varraso, Wolters Kluwer, I edizione, 2019, p. 430.

[211] Sul punto, al paragrafo 6.1 della Relazione si specifica che «le contro-azioni di natura reintegrativa, riparatoria e ri-organizzativa sono orientate alla tutela degli interessi offesi dall'illecito e, pertanto, la rielaborazione del conflitto sociale sotteso all'illecito e al reato avviene non solo attraverso una logica di stampo repressivo ma anche, e soprattutto, con la valorizzazione di modelli compensativi dell'offesa».

Per la riconducibilità a pieno titolo delle sanzioni disciplinari nell'ambito delle condotte di natura riparatoria delle conseguenze dannose o pericolose del reato si rimanda al commento svolto *supra* per i casi di riduzione della sanzione pecuniaria.

Ci limiteremo soltanto a qualche ulteriore riflessione in merito al ruolo del sistema disciplinare ai fini di quanto previsto dall'art. 17, lett. b).

Al riguardo, come già anticipato per l'art. 12, anche per quanto attiene alla lett. b) dell'art. 17, la disposizione – pur essendo piuttosto generica - non sembra riferirsi solo al caso in cui la società non abbia adottato alcun modello, ma anche all'ipotesi in cui sia stato adottato un modello *ante delictum* che, tuttavia, non si sia dimostrato idoneo ad impedire la commissione del reato presupposto in concreto verificatosi.

A ben vedere, il sistema disciplinare, da un lato, è un chiaro misuratore del coefficiente di diligenza che l'ente ha messo in campo per fronteggiare l'evento dannoso e, dall'altro, rappresenta lo strumento *principale* con il quale *concretamente* sarà possibile per la *societas* individuare e, conseguentemente, eliminare le carenze dell'apparato organizzativo. Le indagini interne svolte nell'ambito del sistema disciplinare rappresentano, infatti, una delle principali modalità operative attraverso le quali l'ente può ricostruire l'*iter* che ha portato alla commissione dell'illecito e, quindi, la presenza di eventuali lacune o l'insufficienza dei presidi aziendali di controllo e prevenzione che hanno provocato o agevolato la commissione del reato da cui dipende l'esistenza dell'illecito amministrativo.

Tale ricostruzione si mostra sintonica con la logica specialpreventiva che caratterizza l'intero tessuto del Decreto e che nell'art. 17 trova limpida espressione. Il premio offerto dal legislatore agli enti che abbiano posto in essere condotte di effettivo ravvedimento è rilevante in virtù della componente afflittiva delle sanzioni interdittive.

Alla luce di tale logica premiale, se il giudice dovrà valutare complessivamente la condotta dell'ente e, quindi, verificare la sua politica d'impresa prima, durante e successivamente alla commissione dell'illecito, saranno sicuramente degne di apprezzamento le concrete ed effettive modifiche apportate alla struttura dirigente coinvolta nei reati presupposto, quale segnale sintomatico di discontinuità tra il *management* che ha portato al (o non ha di fatto impedito pur avendone la possibilità)

l'illecito e la nuova virtuosa gestione aziendale[212]. Infatti, come osservato icasticamente dalla dottrina, «la individuazione e la tempestiva punizione disciplinare dei responsabili denoterebbe infatti la capacità dell'organizzazione di auto-correggersi in modo virtuoso»[213].

9. *SEGUE*: RILEVANZA DEL SISTEMA DISCIPLINARE IN AMBITO CAUTELARE

Per concludere questa nostra disamina sul ruolo del sistema disciplinare nell'ambito dei criteri di attenuazione delle conseguenze giuridiche ed economiche derivanti dalla responsabilità dell'ente ai sensi del Decreto, viene poi in rilievo, nella medesima prospettiva special-preventiva che caratterizza l'intero sistema 231, l'ambito cautelare e, in particolare, il disposto degli artt. 45 (Applicazione delle misure cautelari) e 49 (Sospensione delle misure cautelari).

Come noto, ai sensi dell'art. 45, comma 1, quando sussistono gravi indizi per ritenere la sussistenza della responsabilità dell'ente per un illecito amministrativo dipendente da un reato che consenta l'applicazione dell'interdizione quale sanzione[214] (c.d. *fumus commissi delicti*) e vi sono elementi fondati e specifici dai quali desumere il pericolo che vengano commessi illeciti della stessa indole di quello per cui si procede[215] (cd. *periculum libertatis*[216]) [217], il pubblico ministero ha la possibilità di

[212] Tanto più se il ricambio dei soggetti apicali avvenga selezionando persone di comprovato rigore professionale e morale.
[213] Così A. Sereni, *L'ente guardiano. L'autorganizzazione del controllo penale*, cit., p. 107.
[214] A titolo di esempio, nelle ipotesi degli art. 25-*ter* e 25-*sexies*, alla riconosciuta responsabilità degli enti per i reati societari e finanziari commessi nel suo interesse consegue la sola sanzione pecuniaria e, dunque, in tali casi non sarà possibile applicare alcuna misura cautelare interdittiva.
[215] Ai fini della misura cautelare interdittiva, sarebbe inimmaginabile per gli enti un pericolo di fuga, trattandosi di una possibilità che implica una capacità locomotoria tipica di un soggetto con sostrato biologico.
[216] Per G. Fidelbo, *Le misure cautelari*, in Aa.Vv., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*,cit., p. 529, potrebbe parlarsi di *periculum in negotio* poiché riferito all'ente.
[217] Pur in assenza di un richiamo espresso da parte dell'art. 45, si deve ritenere che i criteri cui il giudice deve ricorrere per valutare la sussistenza di un *periculum libertatis* tale da giustificare l'adozione di una misura cautelare siano quelli di cui all'art. 274, comma 1, lett. c), c.p.p. Sul punto, v. A. Presutti, Sub. *Art.* 45, in Aa.Vv., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. n. 231/2001*, di A. Presutti-A. Bernasconi-C. Fiorio, Cedam, 2008, p. 412. Per l'Autrice è sicuramente da apprezzare il fatto che per dettato normativo il pericolo cautelare riguardi il rischio di reiterazione di reati della

chiedere che all'ente venga applicata, a titolo di misura cautelare, una delle sanzioni interdittive previste dall'art. 9, comma 2[218].

Ai fini dell'applicabilità in sede cautelare delle misure interdittive, in aggiunta alle sopra indicate condizioni, è inoltre indispensabile che ricorrano, come ulteriori requisiti, i presupposti di cui all'art. 13[219] e l'assenza delle condizioni ostative contemplate dall'art. 12, comma 1[220], e dall'art. 17[221].

«medesima indole» di quello per cui si procede a differenza della corrispondente previsione codicistica (art. 274, comma 1, lett. c) c.p.p.) dove il riferimento è ai reati della «stessa specie», formula più incerta che si presta a molteplici interpretazioni. Cfr. F. Sbisà-E. Malnati-V. Sassi, *Il procedimento a carico dell'ente,* in Aa.Vv., *Responsabilità amministrativa degli enti (D. lgs. 231/01)*, a cura di F. Sbisà, E. Spinelli, Studio Legale Bonelli Erede *with* Lombardi, Wolters Kluwer, 2020, p. 329.

[218] Per maggiori approfondimenti in merito al sistema cautelare a carico degli enti e, in particolare, in ordine alla procedura prevista per l'applicazione in via cautelare delle sanzioni interdittive e alle loro vicende modificative e ipotesi di estinzione si vedano, tra gli altri, T.E. Epidendio, *Le sanzioni*, in *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, cit. p. 275 ss. e in particolare p. 439 ss.; G. Fidelbo, *Le misure cautelari*, in Aa.Vv., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, cit., p. 503 e, in particolare, p. 565 ss.; A. Bitonti, *Sulla emissione di misure interdittive in via cautelare contro gli enti*, in *Giur. it*., 2008, II, p. 467; F. Cerqua, *Cautele interdittive e rito penale. Uno studio sulle alternative ai modelli coercitivi personali*, Maggioli, 2015, p. 129 ss.; C. Franzoni, *Il sistema sanzionatorio e cautelare. Riflessioni sull'effettività*, in Aa.Vv., *Il processo penale* de societate, a cura di A. Bernasconi, Giuffrè, 2006, p. 105 ss.; A. Presutti, *Le misure cautelari interdittive*, in A. Presutti – A. Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti*, p. 283 ss.; G. Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Giuffrè, 2012, p. 187 ss.

[219] Come noto, l'art. 13 impone che le sanzioni interdittive siano applicate solo «in relazione ai reati per i quali sono espressamente previste» e quando ricorra una delle seguenti condizioni: l'ente ha tratto dal reato un profitto di rilevante entità e il reato e stato commesso da soggetti apicali ovvero da soggetti loro subordinati in presenza di gravi carenze organizzative, oppure in caso di reiterazione degli illeciti. Ai sensi dell'art. 20, «si ha reiterazione quando l'ente, già condannato in via definitiva almeno una volta per un illecito dipendente da reato, ne commette un altro nei cinque anni successivi alla condanna definitiva». La necessità che nel giudizio cautelare debba trovare attuazione anche l'art. 13 risulta indispensabile, da un lato, per assicurare quel collegamento tra sanzione definitiva e misura cautelare che caratterizza l'intera disciplina 231 e, dall'altro, quale conseguenza del principio di proporzionalità, insito nel sistema delle cautele ed enunciato per gli enti dall'art. 46. V. M. Morgante, Sub. *Art. 45*, in G. Lasco-V. Loria-M. Morgante, *Enti e responsabilità da reato. Commento al d.lgs. 2001, n. 231*, Giappichelli, 2017, p. 512. L'Autrice osserva che l'art. 45 non rinvia espressamente all'art. 13; tuttavia, tale rinvio deve ritenersi «implicito nella previsione non già di autonome misure cautelari dal contenuto omologo a quello delle sanzioni interdittive, bensì della vera e propria applicazione a titolo cautelare di queste ultime». Cfr. V. Mongillo, *Profili critici della responsabilità da reato degli enti alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale (seconda parte: misure cautelari interdittive e sequestro preventivo ai fini della confisca)*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2010, p. 156.

[220] L'ultimo comma dell'art. 13 preclude, inoltre, il ricorso alle sanzioni interdittive, ancorché astrattamente previste per il tipo di illecito, quando ricorrono le ipotesi previste dall'art. 12, comma 1, che disciplina i casi di riduzione della sanzione pecuniaria. Risulterà quindi preclusa l'applicazione di sanzioni interdittive quando: (a) l'autore del reato «ha commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non ne ha ricavato vantaggio o ne ha ricavato un vantaggio minimo»; (b) «il danno patrimoniale cagionato è di particolare tenuità».

[221] Inoltre, anche nei confronti degli enti troverà applicazione il disposto dell'art. 273, comma 2, c.p.p. che vieta l'adozione di misure cautelari quante volte, pur sussistendo elementi sintomatici della commissione materiale del fatto, si sia in presenza di scriminanti, cause di non punibilità, o risulti sopravvenuta una causa di estinzione del reato.

Per una corretta analisi delle circostanze in presenza delle quali le attività poste in essere dall'ente nell'ambito del sistema disciplinare possano assumere rilevanza nel procedimento di applicazione di una misura interdittiva, appare necessaria una preliminare, seppur breve, analisi esegetica del disposto dell'art. 45.

Innanzitutto, la norma in commento, parafrasando la disposizione contenuta nell'art. 273, comma 1, c.p.p., condiziona l'applicazione delle misure cautelari alla sussistenza di *gravi indizi* di responsabilità dell'ente.

Il Decreto non precisa i termini della nozione di gravità indiziaria: tuttavia, la stessa può essere mutuata dal sistema processuale, facendo ricorso alla ormai consolidata giurisprudenza formatasi in relazione all'art. 273 c.p.p.[222].

In particolare, per gravi indizi di colpevolezza si intendono tutti quegli elementi a carico, di natura logica o rappresentativa, anche indiretti, costituenti una sorta di nucleo probatorio contenente tutti o alcuni degli elementi strutturali della corrispondente prova, che, sebbene non valgono, di per sé, a dimostrare, con la certezza propria del giudizio di cognizione, e, quindi, oltre ogni dubbio, la sussistenza dell'illecito e la sua attribuibilità all'ente, consentono tuttavia – globalmente apprezzati nella loro consistenza – di compiere, allo stato degli atti, una qualificata e ragionevole probabilità di colpevolezza[223].

---

[222] Ciò anche in forza della clausola generale di cui all'art. 34 secondo cui, nel procedimento relativo agli illeciti amministrativi dipendenti da reato, si osservano "in quanto compatibili" le norme del codice di procedura penale e delle disposizioni di attuazione dello stesso codice.

[223] Imprescindibile il riferimento a Cass., Sez. un., 21 aprile 1995, n. 11, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2838 ss., con nota di S. Buzzelli, *Chiamata in correità ed indizi di colpevolezza ai fini delle misure cautelari nell'insegnamento delle Sezioni unite della Corte di Cassazione*. V., *ex multis*, Cass., Sez. III, 11 gennaio 2019, n. 17527, in *Ced Cass.*, Rv. 275699; Cass., Sez. II, 14 giugno 2013, n. 28865, in *Ced Cass.*, Rv. 256657; Cass., 20 settembre 2006, Sez. I, n. 35710, in *Ced Cass.*, Rv. 234897; Cass. Sez. II, 12 marzo 2007, n. 10500, in *Foro it.*, 2007, II, p. 473. Per G.i.p. Trib. Roma (ord.), 22 novembre 2002, in *Foro it.*, 2004, II, p. 317, la sussistenza dei gravi indizi deve intendersi come complesso di risultanze di indagine che, valutate complessivamente, secondo le regole di cui all'art. 273, comma 1 *bis* c.p.p., consentono di pervenire, attraverso la loro coordinazione logica, a quel giudizio che, senza raggiungere il grado di certezza necessario alla condanna, sia di alta probabilità dell'esistenza dell'illecito e dell'attribuibilità di esso all'ente. Per un quadro esaustivo sul punto dei gravi indizi, e sulle questioni poste in ordine alla loro valutazione, v. T.E. Epidendio, *Le misure cautelari,* in *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari,* di A. Bassi – T. E. Epidendio, Giuffrè, 2006, p. 396, per il quale deve «ritenersi qualificata la probabilità quando gli atti di indagine possono tradursi in elementi utilizzabili dal giudice nel futuro giudizio di responsabilità e fondare il medesimo»; A. Bassi, *Le misure cautelari*, in A. Bassi-F. D'Arcangelo, *Il sistema della responsabilità da reato dell'ente. Disciplina e prassi applicative*, cit., in particolare p. 363; G. Fidelbo-P. Silvestri, *Le cautele interdittive: fisionomia e procedimento applicativo*, in Aa.Vv., *Responsabilità da reato degli enti – Volume II Diritto processuale*, a cura di G. Lattanzi-P. Severino, Giappichelli, 2020, in particolare p. 141 ss.

Al riguardo, l'ambito di valutazione del giudice in ordine alla gravità del quadro indiziario deve comprendere non soltanto il fatto reato, cioè il presupposto dell'illecito amministrativo, ma anche tutti gli altri elementi costitutivi della responsabilità dell'ente ai sensi degli artt. 5, 6 o 7[224].

Assieme all'accertamento del *fumus commissi delicti*, il giudice deve altresì verificare la sussistenza dei *fondati e specifici elementi* che fanno ritenere concreto il c.d. *periculum*[225], da intendersi come il rischio che soggetti apicali o subordinati possano commettere, nell'interesse o a vantaggio dell'ente, nuovi reati - in relazione ai quali sussiste la responsabilità dell'ente medesimo - della stessa indole di quello per cui si procede.

Un *periculum* di tal fatta, secondo un orientamento giurisprudenziale[226], dipende sostanzialmente da due tipologie di elementi: il primo, di natura oggettiva, è afferente alle specifiche modalità e circostanze del fatto (a tal fine, rilevano la gravità dell'illecito, l'entità del profitto e lo stato dell'organizzazione dell'ente); l'altro elemento, di natura soggettiva, è attinente alla "personalità" dell'ente e, pertanto,

---

[224] Come rilevato da V. Mongillo, *Profili critici della responsabilità da reato degli enti alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale (seconda parte: misure cautelari interdittive e sequestro preventivo ai fini di confisca)*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2010, p. 156. Cfr. tra gli altri P. Balducci, *Misure cautelari interdittive e strumenti riparatorio-premiali nel nuovo sistema di responsabilità "amministrativa" a carico degli enti collettivi*, in *Ind. Pen.*, 2002, pp. 579 ss. V. Cass., Sez. VI, 2 ottobre 2006, n. 32627, in *Cass. pen*., 2007, p. 80, con nota di S. Renzetti (*ivi*, p. 4277); in *Giur. it*., 2008, p. 467 con nota di A. Bitonti; Trib. Riesame Milano (ord), 7 maggio 2008, in https://www.aodv231.it/images/pdf/trib%20Milano%207-05-08.pdf; in *Corr. merito*, 7/2008, p. 840, con nota di G.L. Gatta-S. Turchetti-G. Varraso. Secondo la Suprema Corte «si tratta di requisiti che concorrono su un piano di assoluta parità a configurare l'illecito amministrativo dell'ente, per cui l'accertamento della gravità indiziaria deve riguardare ciascun elemento della fattispecie complessa. La gravità degli indizi va perciò riferita non (solo) al reato, ma all'illecito amministrativo che lo comprende, per cui il giudizio sugli elementi da prendere in considerazione si presenta più complesso rispetto alla valutazione che il giudice compie quando applica una misura cautelare nei confronti di una persona fisica». Secondo T.E. Epidendio, *Le misure cautelari*, in *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, cit., p. 398, il «*rapporto di gravità indiziaria* ex *art. 45 e quello* ex *art. 273 è un rapporto di inclusione*, nel quale la qualificata probabilità di attribuzione di un delitto a una persona è un elemento necessario ma non sufficiente per fondare la qualificata probabilità di attribuzione dell'illecito amministrativo dipendente da reato».

[225] Il *periculum in mora* richiesto dall'art. 45 deve essere circoscritto alla sola esigenza specialpreventiva, sulla falsariga della lett. c) dell'art. 274 c.p.p., essendo parso incongruo, con riferimento alla responsabilità degli enti, il richiamo al pericolo di inquinamento probatorio e di fuga di cui alle lett. a) e b) del citato art. 274. V.

[226] Così Cass., Sez. VI, 2 ottobre 2006, n. 32626, cit.

presuppone una valutazione che abbia come oggetto la società stessa (ad esempio, la politica d'impresa attuata negli anni e gli eventuali illeciti commessi in precedenza)[227].

Al riguardo, l'art. 45, a differenza dell'art. 274 c.p.p., non illustra gli specifici elementi rimessi alla valutazione del giudice al fine del giudizio di pericolosità. Con particolare riferimento ai "fondati e specifici elementi", alla stregua dei quali deve essere valutato dal giudice il requisito del *periculum*, si deve trattare di situazioni effettivamente sussistenti e non di fatti in ordine ai quali esistono dubbi sul loro verificarsi, non potendosi sviluppare alcuna fondata conclusione sull'esigenza cautelare in base ad elementi meramente congetturali[228].

Come asserito nella Relazione, si richiede infatti «un pericolo concreto, inteso non come realizzazione delittuosa *in itinere*, ma come dato da desumere da fatti e condotte già accaduti o posti in essere». Pertanto, la fondatezza deve essere valutata in

---

[227] Per la Suprema Corte, «è soprattutto lo stato dell'organizzazione dell'ente a dover essere valutato per una prognosi sulla pericolosità, in quanto l'ente che non è attrezzato da questo punto di vista, che cioè non ha attuato modelli organizzativi idonei a prevenire i reati, è un soggetto "pericoloso" nell'ottica cautelare». Cfr. Trib. Milano (ord.), 14 dicembre 2004, n. 2333, in *Foro it*., 2005, II, p. 527. Secondo i giudici, il pericolo di reiterazione dell'illecito coinvolgerebbe due differenti parametri nel suo accertamento: le persone fisiche che agiscono nell'ente in una posizione qualificata *ex* art. 5 (parametro soggettivo); la struttura amministrativa e organizzativa dell'ente medesimo che, per come è concretamente realizzata, consenta operazioni utili o necessarie (si pensi all'accantonamento di fondi extracontabili) alla commissione dei reati (parametro oggettivo). Secondo i giudici i due parametri possono rilevare anche disgiuntamente. *Contra*, V. Mongillo, *Profili critici della responsabilità da reato degli enti alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale (seconda parte: misure cautelari interdittive e sequestro preventivo ai fini di confisca)*, cit., p. 159. Per l'Autore «sembra, piuttosto, che una prognosi limitata alla posizione rivestita nell'ente dal soggetto agente possa fondare solo un provvedimento cautelare individuale, giacché rispetto alle realtà collettive è imprescindibile la verifica giudiziale della situazione organizzativa interna». V. G.i.p. Trib. Roma (ord.), 4 aprile 2003, cit., che ha tenuto conto anche della «recente epoca di commissione degli illeciti». Trib. Riesame Parma (ord.), 27 maggio 2015, in *www.rivista231.it*, che con riferimento alla valutazione della politica d'impresa attuata negli anni dall'ente evidenzia che il giudice ben può ritenere insufficienti le modifiche apportate all'apparato organizzativo quando i precedenti amministratori coinvolti nella realizzazione dell'illecito mantengano comunque di fatto un potere di influenza sull'impresa – ad esempio perché titolari delle quote di maggioranza della società – oppure perché l'organismo di vigilanza non appare idoneo, in considerazione della sua composizione monocratica, a svolgere adeguatamente i suoi compiti. Cfr. Cass., Sez. II, 15 settembre 2014, n. 37712, in *www.rivista231.it*. V. T.E. Epidendio, *Le misure cautelari*, in *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, cit., p. 418 s., il quale sottolinea che ciascuno di tali parametri può risultare autonomamente significativo del *periculum*. Per l'Autore i contenuti del parametro oggettivo «dovranno desumersi dai criteri elaborati dalla scienza economica in materia di organizzazione aziendale». Ciò non significa che le valutazioni in proposito siano rimesse al mero arbitrio del giudice, posto che esistono altri ambiti per i quali non sussiste una precisa e specifica predeterminazione dei criteri e degli elementi da utilizzare nella valutazione (si pensi alla colpa medica negli omicidi colposi) senza che ciò abbia mai sollevato preoccupazioni per mere valutazioni discrezionali del giudice.

[228] Così Trib. Milano (ord.), 14 dicembre 2004, n. 2333, cit. Sul punto, v. M. Morgante, Sub. *Art. 45*, in G. Lasco-V. Loria-M. Morgante, *Enti e responsabilità da reato. Commento al d.lgs. 2001, n. 231*, cit., in particolare p. 513.

relazione a dati e fatti precisi e specifici; si deve ritenere cioè una probabilità effettiva ed attuale, riscontrata attraverso elementi oggettivi, concreti e definiti nella loro consistenza storica e fattuale, e non semplicemente generici o astratti[229]. A tal proposito, esiste uno specifico onere motivazionale in capo al giudice, il quale non potrà limitarsi a fare un generico riferimento ad un "disordine organizzativo" o a "situazione di opacità di operazioni finanziarie" poiché, alla luce del testo normativo, lo stesso «sarà tenuto ad illustrare i singoli dati stimati sintomatici, nella loro consistenza storica e fattuale, nella loro collocazione spazio-temporale e nella loro diretta riconducibilità all'ente ed al rischio di reiterazione di illeciti analoghi a quello per cui si procede»[230].

Sul piano procedurale, il giudice decide dopo aver assicurato il contraddittorio nell'ambito di un'udienza a ciò destinata[231]: il senso del contraddittorio anticipato è di dare la possibilità all'impresa di difendersi rispetto all'impostazione accusatoria (dimostrando l'insussistenza dei presupposti della cautela) e di domandare di essere autorizzata ad adottare iniziative di recupero della legalità, in modo da inibire l'applicazione della cautela o da ottenerne, successivamente all'eventuale applicazione, la sospensione[232]. È pacificamente riconosciuto che il contraddittorio anticipato svolga *in primis* una funzione difensiva[233]: se da un lato la partecipazione

---

[229] Così Trib. Milano (ord.), 14 dicembre 2004, n. 2333, cit.

[230] A. Bassi, *Le misure cautelari*, in A. Bassi-F. D'Arcangelo, *Il sistema della responsabilità da reato dell'ente. Disciplina e prassi applicative*, cit., in particolare p. 381. In giurisprudenza, v. Trib. Milano (ord.), 14 dicembre 2004, n. 2333, cit., che ha ritenuto viziato il provvedimento cautelare emesso dal G.i.p. in quanto contenente l'indicazione generica al "disordine organizzativo" e ad una astratta situazione di "opacità delle operazioni finanziarie", senza specificare in che cosa consistesse tale "disordine" e in cosa si concretizzassero le "operazioni opache".

[231] Come evidenziato dalla dottrina: «un meccanismo applicativo che – sulla falsariga dell'art. 291 c.p.p. – facesse scaturire la decisione del giudice dalla sola richiesta del pubblico ministero, precluderebbe la possibilità di fornire la prova liberatoria». Così P. Balducci, *L'ente imputato – Profili di efficienza e di garanzia nel processo* De societate, Giappichelli, 2013, p. 80.

[232] La presenza di un contraddittorio preventivo rappresenta senza dubbio una delle più significative deroghe alla normativa codicistica relativa al sistema delle cautele previsto per l'imputato.

[233] Il contraddittorio, tuttavia, non garantisce che vi sia un confronto dialettico tra l'ente e il pubblico ministero. Poiché la cornice normativa dell'udienza camerale è quella definita – attraverso un richiamo pressoché integrale – alle norme dei procedimenti incidentali in camera di consiglio, la partecipazione delle parti nel procedimento di adozione della misura cautelare (come del resto, anche in sede di impugnazione) non è obbligatoria ma solo eventuale. V. M. Ceresa-Gastaldo, *Procedura penale delle società*, cit., p. 129. Secondo l'Autore, «il non aver previsto qui una deroga alle regole del procedimento camerale, prescrivendo la necessaria partecipazione del pubblico ministero e del difensore, finisce indubbiamente per indebolire la funzionalità dell'udienza cautelare, che pure, nelle dichiarate intenzioni del legislatore, dovrebbe avere «l'effetto di ampliare l'orbita cognitiva del giudice e di evitare i rischi di una decisione adottata sulla scorta del materiale unilaterale».

dell'ente alla dialettica dell'udienza garantisce la sua completa cognizione degli elementi a suo carico (nonché di quelli eventuali a favore) presentati al giudice, dall'altro mira ad ampliare il quadro cognitivo di quest'ultimo fornendogli un apporto informativo che può essere fornito anche dall'ente.

La difesa potrà non solo depositare memorie, comprese quelle già presentate al pubblico ministero, ma illustrare la propria posizione, contrastando – pure attraverso la prospettazione di ipotesi alternative e/o la presentazione di nuovi elementi di prova a favore, magari frutto delle indagini difensive – la tesi del pubblico ministero[234].

Posto dunque che il contraddittorio anticipato è funzionale a realizzare un confronto prima dell'applicazione delle cautele all'ente, il diritto della società a partecipare in maniera attiva all'udienza (nella persona, s'intende, del suo rappresentante legale o di quello nominato *ad litem* e, ove non compaia, mediante il difensore che lo rappresenta *ex* art. 39, comma 4) e a essere ascoltata dal giudice rispetto all'emanazione di un provvedimento cautelare a suo carico, rappresenterebbero per la stessa un'opportunità essenziale per incidere sulla determinazione che il giudice deve assumere, potendo l'impresa dimostrare, anche alla luce delle condotte poste in essere nell'ambito del sistema disciplinare, l'insussistenza sia dei gravi indizi di responsabilità, sia dei fondati e specifici elementi che fanno ritenere concreto il c.d. *periculum libertatis*.

In tale prospettiva, la concreta adozione di sanzioni disciplinari (oltre al rafforzamento dei presidi di controllo contemplati nelle procedure di attuazione del modello 231 e rivelatisi insufficienti ad assolvere un'adeguata funzione preventiva) è senza dubbio misura di contrasto contro comportamenti recidivanti nonché un chiaro indice della volontà dell'ente di rimuovere le carenze organizzative che hanno in concreto favorito la commissione dell'illecito.

In particolare, la sostituzione e l'estromissione da parte dell'ente dei dipendenti coinvolti (c.d. *disqualification*) è un comportamento fattivo che potrebbe portare ad

[234] Inoltre, la difesa dell'ente potrà sollecitare l'attività istruttoria del giudice (che potrà per esempio disporre una perizia) in ordine a profili rilevanti, tra cui l'analisi dell'assetto organizzativo, la valutazione dell'adeguatezza del programma delle attività riparatorie, se proposte e, non ultima, la verifica della sussistenza dei presupposti per il commissariamento giudiziale ai sensi dell'art. 45, comma 3, in sostituzione della misura cautelare interdittiva. È d'uopo sottolineare che il contraddittorio, pur assicurato all'ente il diritto a partecipare in maniera attiva all'udienza e ad essere ascoltato dal giudice rispetto all'emanazione di un provvedimento cautelare a suo carico, non garantisce che vi sia un confronto dialettico con il pubblico ministero, suo antagonista.

escludere la sussistenza del *periculum* di reiterazione dell'illecito, quando ciò rappresenti un sintomo credibile di un ritorno alla legalità e della pervicace volontà dell'ente di muoversi verso un diverso tipo di organizzazione, in cui il principale obiettivo sia la prevenzione del rischio di condotte illecite[235]. Ovviamente deve trattarsi di una effettiva e non apparente estromissione: ad esempio, l'abbandono delle cariche sociali da parte del legale rappresentante della società o di alcuni soggetti apicali che si ritiene possano essere stati autori del reato presupposto sarebbe solo formale se questi avessero comunque la possibilità di continuare, per interposta persona, ad occuparsi di fatto (non occasionalmente) della gestione dell'impresa con i medesimi e collaudati sistemi illeciti[236]. In questa ipotesi permarrebbe il pericolo di reiterazione dei reati anche sotto il nuovo *management* che continuerebbe ad essere soggetto all'influenza degli apicali "defenestrati".

Inoltre, come illustrato nel primo paragrafo del presente capitolo, il sistema sanzionatorio interno al modello organizzativo svolge altresì un'importante funzione di vigilanza e monitoraggio del corretto ed effettivo funzionamento del *compliance program* poiché in grado di segnalare, alla luce delle risultanze delle indagini disciplinari interne, le aree di rischio nell'attività della società, le situazioni di criticità, le lacune organizzative non adeguatamente presidiate dalle procedure e dai protocolli aziendali e di individuare, altresì, con quali modalità una regola cautelare sia rimasta disattesa senza che vi sia stato da parte dei soggetti a ciò preposti un puntuale controllo sulla sua osservanza.

Sul piano fattuale, questa attività di vigilanza e monitoraggio si traduce - quando siano scoperte significative violazioni delle prescrizioni contenute nel modello organizzativo - in un aggiornamento dello stesso anche attraverso un rafforzamento della mappatura delle attività sensibili e dei processi strumentali[237].

---

[235] V. Cass., Sez. VI, 2 ottobre 2006, n. 32626, cit. La Suprema Corte, censurando l'ordinanza cautelare impugnata, ha evidenziato, tra l'altro, che, soprattutto nelle ipotesi di responsabilità derivante da condotte poste in essere da soggetti apicali, il giudice debba prendere in considerazione che la sostituzione o l'estromissione degli amministratori coinvolti possa portare ad escludere la sussistenza del *periculum* richiesto dall'art. 45 cit., quando ciò rappresenti il sintomo che l'ente inizi a muoversi verso un diverso tipo di organizzazione, in cui sia presente l'obiettivo di evitare il rischio reato.

[236] V. Trib. Bari (ord.), 18 aprile 2005, cit., p. 367 ss.

[237] V. G. Giordanengo-S. Valentini, *Le attività, i poteri e gli obblighi*, in Aa.Vv., *L'Organismo di Vigilanza nel sistema 231*, cit., in particolare p. 142 s., dove si osserva che quando la violazione delle prescrizioni del modello è significativa, «ovvero è di tale natura o frequenza da evidenziare uno

Posto che, quindi, l'implementazione delle misure concrete adottate nell'ambito dell'organizzazione aziendale per il contenimento del rischio di commissione dei reati presupposto può e deve passare anche e soprattutto attraverso le "risultanze" delle indagini disciplinari interne, l'insieme delle attività svolte dall'ente nell'ambito di un sistema disciplinare efficacemente applicato, rappresentano un significativo sintomo di una politica d'impresa orientata nel senso della prevenzione del *periculum* di recidiva.

La totale sostituzione dei soggetti coinvolti (vertice o sottoposti) e l'eventuale modifica o aggiornamento del modello 231 assumono un ruolo di grande rilievo nella considerazione dell'"*ethos*" dell'ente e dovrebbero rilevare ai fini della insussistenza delle esigenze cautelari, in quanto indicative della reale volontà dell'ente di riorganizzarsi in maniera virtuosa escludendo il pericolo concreto di reiterabilità della commissione di illeciti analoghi a quelli per cui si procede.

Per di più, l'ente potrebbe utilizzare il contraddittorio anticipato per dimostrare l'insussistenza del *fumus commissi delicti*, ovverossia una probabilità di colpevolezza elevata e qualificata[238]. Al riguardo, come precedentemente rilevato, il livello di effettività del sistema disciplinare interno al modello 231 rappresenta un fondamentale misuratore dell'adempimento da parte dell'ente del suo dovere organizzativo e di vigilanza.

L'ente, quindi, potrebbe dimostrare - anche alla luce delle investigazioni interne svolte da un suo organo dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo, dei provvedimenti sanzionatori irrogati e delle attività di rafforzamento dell'organizzazione prevenzionistica aziendale poste in essere in base alle risultanze delle suddette indagini - di aver adottato ed efficacemente attuato *ante delictum* un modello organizzativo e di aver adempiuto alle altre condizioni aggiuntive richieste dal Decreto.

---

scollamento tra la realtà aziendale e l'apparato preventivo del Modello» sarà compito dell'Organismo di Vigilanza inoltrare all'organo gestorio le proposte di aggiornamento e modifica «ritenute necessarie a sanare una situazione che, se non corretta, consoliderebbe la perdita di effettività del Modello stesso e, con essa, la sua efficacia esimente»..

[238] Per V. Mongillo, *Profili critici della responsabilità da reato degli enti alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale (seconda parte: misure cautelari interdittive e sequestro preventivo ai fini di confisca)*, cit., p. 164, sembra congruo ravvisare il *fumus delicti* «nella sussistenza di seri indizi in grado di far ritenere ragionevole la probabilità che si pervenga ad una sentenza di condanna nei riguardi dell'ente e alla conseguente apprensione del prezzo o profitto del reato».

Se il giudice valutasse positivamente il modello *ante delictum* e ritenesse sussistenti le altre condizioni previste dagli artt. 6 o 7, dovrebbe escludere verosimilmente la necessità di sottoporre la società a misura cautelare, sussistendo gli elementi impeditivi della responsabilità dell'ente. In questa prospettiva, un efficace ed effettivo apparato disciplinare-sanzionatorio dovrebbe rilevare ai fini della valutazione che l'autorità giudiziaria deve compiere in merito alla ricorrenza di tutte le condizioni (che si differenziano a seconda del tipo di legame funzionale che ha con l'ente il soggetto che ha commesso l'illecito) richieste dal Decreto per escludere la responsabilità dell'ente. Al riguardo si rinvia al paragrafo 7 del presente Capitolo I.

Per altro verso, come evidenziato dalla dottrina[239], non può escludersi che la pericolosità «possa essere in concreto esclusa anche qualora l'attuazione del modello sia parziale ovvero non rispetti tutti i presupposti richiesti dal legislatore ai fini dell'effetto impeditivo o attenuante della responsabilità, qualora la delibazione congiunta di tutti i parametri soggettivo e oggettivo (richiesti dal Decreto) possa comunque condurre ad escludere il rischio di reiterazione».

Sulla richiesta del pubblico ministero, il giudice, sia che accolga, sia che respinga la domanda, provvede con ordinanza.

Occorre ora verificare cosa potrebbe succedere nel caso di accoglimento e, quindi, di applicazione nei confronti dell'ente di una misura cautelare interdittiva.

Qualora il giudice accolga la richiesta del pubblico ministero, la misura cautelare applicata all'ente può essere interessata da peculiari vicende evolutive che ne possono determinare la modifica. Tra esse, vi sono le scelte adottate volontariamente dalla società e indirizzate, da un lato, a sanare le proprie lacune organizzative e, dall'altro, a risarcire il danno e a privarsi dell'eventuale profitto ricavato dalla consumazione del reato.

Val la pena approfondire questa possibilità concessa dal legislatore all'impresa, al fine di inquadrare poi meglio il ruolo che potrebbe avere il sistema disciplinare interno al modello organizzativo al fine di ottenere la pronuncia di un eventuale provvedimento di revoca della misura cautelare interdittiva applicata all'ente.

---

[239] A. Bassi, *Le misure cautelari*, in A. Bassi-F. D'Arcangelo, *Il sistema della responsabilità da reato dell'ente. Disciplina e prassi applicative*, cit., p. 384.

Ai sensi dell'art. 49, comma 1[240], le misure cautelari interdittive possono essere sospese dal giudice se l'ente chiede di poter realizzare[241], prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado[242], quelle condotte *post factum* previste dall'art. 17[243], ossia l'integrale risarcimento del danno, la messa a disposizione del profitto conseguito ai fini della confisca, l'adozione e l'efficace attuazione del *compliance program*[244].

In presenza di tale istanza, se il giudice della cautela, sentito il pubblico ministero, ritiene di accoglierla, fissa a carico dell'ente il versamento di una somma di denaro a titolo di cauzione o ammette la prestazione di idonea garanzia[245], dispone la sospensione della misura e indica un periodo di tempo predeterminato per la realizzazione delle condotte riparatorie. Come noto, il giudice potrebbe concedere questa possibilità all'ente nella stessa udienza deputata alla decisione sull'applicazione della misura.

Qualora, entro il termine fissato, si realizzino le condizioni di cui al citato art. 17, il giudice dispone la revoca della misura cautelare e ordina la restituzione della cauzione (o la cancellazione dell'ipoteca ovvero, in caso di prestazione di una garanzia personale, quest'ultima si estingue); in caso contrario («mancata, incompleta o

---

[240] V. M. Morgante, Sub *Art. 49*, in G. Lasco-V. Loria-M. Morgante, *Enti e responsabilità da reato. Commento al d.lgs. 2001, n. 231*, Giappichelli, 2017, p. 541 ss.

[241] La richiesta di sospensione avanzata dall'ente ai sensi dell'art. 49 d.lgs. n. 231/2001, deve essere necessariamente assistita da requisiti di specificità e concretezza. Per escludere finalità meramente dilatorie da parte della difesa, in detta richiesta – anche in assenza di una specifica previsione normativa in merito al suo contenuto – dovranno essere indicate in maniera il più possibile dettagliata le finalità perseguite, precisando le azioni che si intendono intraprendere per realizzare tutti gli adempimenti prescritti dall'art. 17 stesso decreto e le modalità e tempistiche per la loro attuazione, nonché le risorse finanziarie e aziendali a supporto. Così, Trib. Riesame Milano, 28 ottobre 2004, in *Corr. merito*, p. 326 e s., con nota di G. Varraso. Sul punto, v. M. Pelissero-G. Fidelbo, *La "nuova" responsabilità amministrativa delle persone giuridiche (D.Lgs. n. 231/2001)*, in *Leg. Pen.*, 2002, p. 575 ss.

[242] L'adempimento successivo sarebbe rilevante, ai sensi dell'art. 78, comma 1, d.lgs. 231/2001, soltanto ai fini dell'eventuale conversione della sanzione interdittiva in sanzione pecuniaria.

[243] Se l'ente attua le condotte riparatorie *ex* art. 17 nella fase predibattimentale la misura cautelare non potrà trovare applicazione mentre se le attua dopo potrà avvalersi dell'istituto della sospensione previsto dall'art. 49.

[244] È necessario che concorrano cumulativamente tutte le condizioni ivi stabilite. Pertanto, la sola adozione e attuazione di un modello organizzativo idoneo alla prevenzione dei reati senza provvedere agli altri adempimenti non sarebbe sufficiente. V. Sez. II, 1° ottobre 2009, n. 40749, in *C.E.D. Cass.*, n. 244850. Per un commento della sentenza, S. Beltrani, *La revoca delle misure cautelari interdittive in danno degli enti (Commento a Cass. n. 40749/09)*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3/2010, p. 173 ss.

[245] Ai sensi dell'art. 49, comma 2, d. lg. 231/2001, la cauzione «consiste nel deposito presso la Cassa delle ammende di una somma di denaro che non può comunque essere inferiore alla metà della sanzione pecuniaria prevista per l'illecito per cui si procede. In luogo del deposito, è ammessa la prestazione di una garanzia mediante ipoteca o fideiussione solidale».

inefficace esecuzione delle attività nel termine fissato»)[246], la misura cautelare è ripristinata e la somma depositata a titolo di cauzione o per la quale è stata data garanzia definitivamente incamerata e devoluta alla Cassa delle ammende.

Ai sensi dell'art. 50, comma 1, il giudice può peraltro procedere alla revoca anche d'ufficio, quando risultano mancanti, anche per fatti sopravvenuti (non tipizzati dalla norma), le condizioni di applicabilità previste dall'art. 45 e risultino non più attuali le correlative esigenze cautelari[247].

La revoca del provvedimento cautelare, dunque, atteso che l'art. 50 pone in alternativa la ricorrenza delle condotte riparatorie *ex* art. 17[248] alla mancanza originaria o per fatti sopravvenuti delle condizioni di applicabilità previste dall'art. 45[249], può derivare da due condizioni legittimanti.

In altre parole, mentre la prima condizione trova la sua *ratio* nell'adempimento da parte dell'ente delle condotte riparatorie di cui all'art. 17[250], la seconda può costituire il risultato di una valutazione da parte del giudice che, procedendo ad una nuova disamina degli stessi elementi accertati in sede di applicazione della misura interdittiva, ritenga insussistenti *ab origine* le condizioni previste per l'applicazione della stessa oppure *ex post*, nel caso in cui i presupposti di cui all'art. 45, sebbene integrati al momento della disposizione della cautela, siano successivamente venuti

[246] Con particolare riguardo alle questioni dell'adempimento parziale delle condotte riparatorie e alla possibilità di proroga del termine di sospensione delle misure cautelari, v. R. A. Ruggiero, *Sospensione delle misure cautelari nei confronti dell'ente e adempimento parziale delle condotte riparatorie: quali soluzioni*?, in *Resp. amm. soc. enti*, 4/2017, p. 10 s.

[247] V. Sez. VI, 18 novembre 2014, n. 18635, in C.E.D. Cass., n. 269496.

[248] Anche per quanto riguarda la revoca delle misure cautelari interdittive ex art. 50, occorre che le condotte descritte dall'art. 17 siano adempiute cumulativamente e non alternativamente. Così Cass., Sez. VI, 2 febbraio 2012, n. 6248, in *Foro It.*, 2012, 10, 2, 569; in *Giur. it.*, 2012, p. 2637 ss., con nota di S. Grindatto, *Sulla revoca delle sanzioni interdittive applicate all'ente per il reato commesso nel suo interesse*. In senso conforme, Cass., Sez. II, 1° ottobre 2009, n. 40749, *cit.* V. S. Beltrani, *Condotte riparatorie e revoca delle misure interdittive (commento a Cass. pen., n. 326, 8 gennaio 2014)*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4/2014, p. 195 s.

[249] Vale a dire l'esistenza "di gravi indizi per ritenere la sussistenza della responsabilità dell'ente per un illecito amministrativo dipendente da reato" e la sussistenza "di fondati e specifici elementi che fanno ritenere concreto il pericolo che vengano commessi illeciti della stessa indole di quello per cui si procede".

[250] Come evidenziato dalla giurisprudenza, la revoca disciplinata dall'art. 50 rappresenta un istituto a sé, operante anche in conseguenza dell'adempimento delle condotte riparatorie prescritte dall'art. 17, avuto riguardo al fatto che le stesse possono maturare durante tutto il periodo di applicazione della misura, anche a prescindere dalla richiesta di sospensione formulata dall'art. 49, comma 1, d.lgs. 231/2001.

meno per fatti sopravvenuti[251] (tra cui l'acquisizione – connessa allo sviluppo del procedimento – di nuovi dati probatori in senso favorevole all'ente)[252] .

Sul ruolo del sistema disciplinare ai fini di quanto previsto dall'art. 17 e, in particolare, per la riconducibilità a pieno titolo delle sanzioni disciplinari e del rafforzamento dei presidi di controllo nell'ambito delle condotte di natura riparatoria delle conseguenze dannose o pericolose del reato si rimanda alle riflessioni ampiamente svolte nel precedente paragrafo.

Per quanto attiene, invece, all'art. 50, si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui il processo investigativo interno che ha portato all'adozione di provvedimenti sanzionatori espulsivi per le persone fisiche ritenute responsabili di un reato presupposto e ad una ristrutturazione organizzativa si sia concluso successivamente all'applicazione della misura cautelare interdittiva. In questa ipotesi, le condizioni di applicabilità previste dall'art. 45 potrebbero essere ritenute dal giudice mancanti per fatti sopravvenuti, in quanto, ad esempio, la completa sostituzione dei vertici societari e l'implementazione dei presidi di controllo si sarebbe conclusa successivamente all'emissione dell'ordinanza cautelare. Per l'ipotesi, invece, in cui il giudice proceda ad una nuova disamina degli stessi elementi accertati in sede di applicazione della misura interdittiva, ritenendo insussistenti *ab origine* le condizioni previste per l'applicazione della stessa, il giudice potrebbe ritenere - alla luce delle attività poste in essere dall'ente nell'ambito del sistema disciplinare efficacemente adottato che non siano state però in precedenza allegate o compiutamente dimostrate - che la politica d'impresa attuata negli anni e lo stato dell'organizzazione aziendale valutabile per una prognosi di pericolosità siano sufficienti e consentano di escludere un concreto pericolo di reiterazione di illeciti e, quindi, di quell'esigenza cautelare che giustifica l'applicazione di una misura cautelare.

---

[251] Cfr. S. Beltrani, *La revoca delle misure cautelari interdittive in danno degli enti (commento a Cass. n. 40749/09)*, cit., p. 174, secondo il quale l'espressione "fatti sopravvenuti" ricomprende anche «fatti preesistenti, ma non conosciuti, non allegati o non ancora compiutamente dimostrati, poiché, in caso contrario, ove si trattasse di fatti processualmente noti e documentati, essi sarebbero necessariamente già stati valutati (anche implicitamente) dal g.i.p., oltre che dal giudice dell'impugnazione, e non potrebbero quindi assumere rilevanza *ex post* ove si sia formato il c.d. giudicato cautelare, a meno che l'ente interessato abbia preferito non attivare alcun rimedio impugnatorio, riservandosi di sottoporre il fatto preesistente (e già desumibile *ex actis*) ad una nuova valutazione *ad hoc* dello stesso g.i.p. che abbia emesso la misura».

[252] Si pensi ad una riqualificazione del reato-presupposto che escluda la sussistenza dell'interesse o vantaggio dell'ente.

D’altra parte, il fatto che il disposto dell’art. 50 contempli la possibilità di revoca o attenuazione del regime cautelare per qualsiasi causa (anche diversa, pertanto, da quella di cui al precedente art. 49), dimostra che il legislatore abbia ritenuto che l’adozione di un idoneo modello organizzativo costituisca soltanto uno dei modi per ottenere la revoca delle misure cautelari.

Ciò comporterebbe che anche in presenza di un modello organizzativo valutato inidoneo perché, ad esempio, carente nelle procedure e protocolli di controllo per la gestione dei processi e delle attività nel cui ambito si è realizzato il reato, potrebbe essere successivamente esclusa l’esigenza cautelare grazie alle decisioni assunte dalla società nell’ambito del sistema disciplinare (allontanamento delle persone fisiche coinvolte nel reato e rafforzamento del programma di prevenzione adottato *ante delictum*), che pertanto appare essere uno strumento fondamentale per arginare e superare una sorta di presunzione di pericolosità dell’ente in ottica cautelare.

CAPITOLO II

LE INVESTIGAZIONI INTERNE: FINALITÀ, DIFFICOLTÀ OPERATIVE E POSSIBILI CORRETTIVI

SOMMARIO: **1.** INVESTIGAZIONI INTERNE E SISTEMA DISCIPLINARE – **2.** LA CENTRALITÀ DEL RUOLO DELL'ORGANISMO DI VIGILANZA NELLA CONDUZIONE E SUPERVISIONE DELLE *INTERNAL CORPORATE INVESTIGATIONS* E NELL'ATTIVAZIONE DEL SISTEMA DISCIPLINARE – **3.** MODALITÀ DI INVESTIGAZIONE MERAMENTE INTERNA TRA ASSENZA DI NORME E DIFFICOLTÀ OPERATIVE – **3.1.** L'ANALISI DOCUMENTALE E L'ESAME DEGLI ARCHIVI AZIENDALI. UN *FOCUS* SULLA POSTA ELETTRONICA – **3.1.1.** *SEGUE*: BREVI CENNI SUL LEGITTIMO INTERESSE DELL'ENTE AL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI DEI DIPENDENTI IN ASSENZA DI CONSENSO. UN'INEDITA PROSPETTIVA DI GIUSTIFICAZIONE – **3.2.** ALCUNE CONSIDERAZIONI OPERATIVE SULLO SVOLGIMENTO DELL'INTERVISTA DEL DIPENDENTE TRA ESIGENZE DI GARANZIE E DI EFFICACIA – **3.2.1.** REGOLE DELLE INDAGINI DIFENSIVE E INTERVISTA INFORMALE: QUALE RAPPORTO? – **3.2.2.** *SEGUE*: METODOLOGIE DEL CODICE DI RITO PER LA VERBALIZZAZIONE DELLE INTERVISTE – **4.** RELAZIONI TRA INVESTIGAZIONI INTERNE E PROCEDIMENTO A CARICO DEGLI ENTI NELL'ATTUALE SISTEMA – **4.1.** *SEGUE*: BREVI CENNI IN MATERIA DI INDAGINI INTERNE E CONDOTTE RIPARATORIE – **4.2.** *SEGUE*: PROSPETTIVE *DE IURE CONDENDO* TRA DIRITTI DELL'IMPUTATO PERSONA FISICA E COLLABORAZIONE PROCESSUALE DEL SOGGETTO COLLETTIVO – **5.** POSSIBILI PERCORSI DI REGOLAMENTAZIONE DELLE INVESTIGAZIONI INTERNE IN UNA PROSPETTIVA DI RIPENSAMENTO DELLA RESPONSABILITÀ DA REATO DEGLI ENTI.

1. INVESTIGAZIONI INTERNE E SISTEMA DISCIPLINARE

Nel precedente capitolo abbiamo esaminato la funzione dell'apparato disciplinare interno al modello organizzativo nella prospettiva della *self regulation* in chiave preventiva e nella logica del sistema di responsabilità degli enti delineato nel Decreto.

Ci soffermeremo ora sull'analisi di uno degli elementi principali e, forse, il più delicato, dal quale dipende il "successo" del sistema disciplinare 231: le investigazioni interne.

Come più volte evidenziato nel corso del presente lavoro, anche nelle società dotate di efficaci e strutturati *compliance programs*, vi può essere sempre il rischio che alcuni dipendenti, eludendo e violando i precetti contenuti nel modello organizzativo, possano porre in essere condotte illecite.

Ciò che dovrebbe rilevare in tali casi è la *capacità* della società sia di *controllare*, da sé, se stessa, attraverso un approccio proattivo nel fare emergere e neutralizzare o minimizzare il rischio di condotte delittuose o prodromiche al compimento di reati-presupposto, e sia di *reagire* all'illecito mediante l'adozione e attuazione di tutte le azioni e misure (di carattere sanzionatorio e di rafforzamento e miglioramento del proprio sistema di controllo) aventi carattere "rimediale", ritenute necessarie per ristabilire un'adeguata organizzazione interna oltreché per evitare di esporre eventualmente la società a una responsabilità ai sensi del Decreto.

Nell'adempimento di quanto sopra esposto, un ruolo fondamentale riveste, come ampiamente esaminato in precedenza, il sistema disciplinare, la cui effettività discende – come avremo modo di vedere in seguito – dallo svolgimento di adeguate investigazioni interne[253], ossia condotte nel contesto dell'organizzazione aziendale.

---

[253] Per un'attenta panoramica sull'istituto dell'*internal investigation*, con particolare attenzione all'esperienza statunitense, v. V. D'Acquarone-R. Roscini-Vitali, *Internal corporate investigation: la lezione americana*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2019, p. 93; A. Jennifer-S. W. Buell, *L'importanza della regolamentazione delle indagini interne nella giustizia negoziata degli enti*, in Aa.Vv., Internal Investigations. Best practices *e istanze di regolamentazione*, a cura di F. Centonze-S. Giavazzi, Giappichelli, 2021, p. 4 ss.; N. Bourtin-A. Houle, *Investigazioni interne: uno sguardo all'esperienza americana*, in Aa.Vv., *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di F. Centonze e M. Mantovani, Il Mulino, 2018, p. 199; A. Sereni, *Colpa e cooperazione investigativa nella responsabilità dell'ente da reato. Un confronto tra ordinamenti nella prospettiva della globalizzazione*, cit., p. 620. In generale, per una lucida e approfondita disamina della *corporate criminal liability* statunitense e delle *corporate internal investigations*, v. R. A. Ruggiero, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, Giappichelli, 2018, p. 87 ss.; Id., Non prosecution agreements *e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, in *Dir. pen. cont.*, 12 ottobre 2015. In materia di giustizia partecipativa e negoziata v. D. Stendardi, *Disposizioni del d. lgs. 231/2001 a matrice riparativa e possibili intrecci con gli strumenti tipici della* restorative justice, in *Giurisprudenza penale web*, 2020, 4; D. Quarto, *Gli strumenti di premialità previsti dal d.lgs. 231/2001 come pungolo alla rieducazione dell'ente*, cit., p. 140 ss.

Tali indagini, secondo autorevole dottrina[254] sono «volte a verificare le possibili violazioni di legge o delle *policy* aziendali e, più in generale, ogni fatto coinvolgente l'ente o i suoi dipendenti dal quale potrebbero scaturire rischi di tipo civile, amministrativo o penale, o anche solo danni per l'immagine».

Appare chiara l'intrinseca relazione che intercorre tra l'istituto delle *internal investigations* e il sistema disciplinare interno al modello organizzativo. Invero, la mancanza di appropriate e tempestive investigazioni interne al primo campanello di allarme di condotte potenzialmente delittuose, realizzate nel contesto societario, svilirebbe inevitabilmente la stessa azione di prevenzione (nonché di reazione) al crimine d'impresa svolta dal sistema disciplinare, il quale, come in precedenza osservato, dovrebbe prefiggersi, *in primis*, l'obiettivo di neutralizzare i meccanismi genetici dell'illecito, prima che venga commesso il reato presupposto.

Al riguardo, pur essendo il contesto operativo delle investigazioni interne molto più ampio rispetto all'ambito di applicazione dell'apparato disciplinare, trattandosi di uno strumento finalizzato a "rilevare" qualsivoglia violazione di legge e/o del sistema di controllo interno (anche non riguardante, quindi, la normativa 231), è indubbio che l'attivazione e lo svolgimento del procedimento disciplinare, soprattutto in presenza di eventuali gravi violazioni del modello organizzativo, necessitino di una seria e tempestiva attività di indagine interna.

Difatti, tale attività risulta essere un presupposto imprescindibile, *inter alia*, sia per riscontrare la sussistenza delle necessarie condizioni per l'avvio – tramite formale contestazione dell'infrazione a carico dell'apicale o del sottoposto – di un procedimento disciplinare, sia per capire e ricostruire compiutamente cosa è successo nel contesto aziendale, quali eventuali lacune o fragilità delle procedure interne hanno permesso il comportamento non *compliant* alle regole cautelari del modello 231.

Soltanto la consapevolezza di ciò che accade può, infatti, guidare la *societas* nella scelta delle azioni correttive da intraprendere in termini di sanzioni disciplinari e di rafforzamento delle regole cautelari e operative previste nella procedura violata.

Pertanto, una compiuta ricostruzione ermeneutica dell'istituto del sistema disciplinare 231 e delle funzioni svolte dallo stesso non può prescindere da un

[254] E. M. Mancuso, *Le investigazioni interne nel procedimento a carico dell'ente*, in Aa.Vv., *Compliance - Responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di D. Castronuovo-G. De Simone-E. Ginevra-A. Lionzo-D. Negri-G. Varraso, Wolters Kluwer, I edizione, 2019, p. 1933.

approfondimento delle investigazioni interne, con particolare riguardo alla specifica ipotesi di accertamento di potenziali violazioni del *compliance program*.

In via preliminare, è opportuno svolgere, sebbene in modo molto sintetico nell'economia del presente lavoro, qualche breve riflessione n merito alle diverse tipologie di *internal investigations* che l'impresa può decidere di svolgere al fine della migliore comprensione dello specifico tema di analisi.

In linea generale, le *internal investigations* possono perseguire una duplice finalità: possono mirare a un obiettivo di natura meramente interna o riparativa[255] oppure prefiggersi una finalità esterna o processuale. Al riguardo, la società, a seconda della finalità perseguita, potrà optare per investigazioni puramente interne o informali/atipiche (altresì definite investigazioni indipendenti su base spontanea), oppure per indagini interne secondo le modalità dell'investigazione difensiva (preventiva o successiva).

Nulla vieta, tuttavia, che investigazioni indipendenti su base spontanea condotte inizialmente con finalità soltanto interne possano, a seguito di successiva instaurazione di un procedimento a carico dell'ente, svolgere altresì una funzione processuale, attraverso la raccolta di elementi probatori difensivi o al fine dell'assolvimento delle condotte riparatorie rilevanti ai sensi degli articoli 12 e 17 del Decreto.

Inoltre, le indagini interne potrebbero essere condotte dalla società anche qualora, ad esempio, la stessa riceva segnalazioni riguardanti violazioni del modello organizzativo inerenti a reati presupposto già commessi, che rendano altamente probabile che si possa instaurare un procedimento penale a carico dell'ente oppure nell'ipotesi di segnali di allarme di particolare rilievo (si pensi alla notizia afferente allo svolgimento di indagini da parte degli organi di polizia giudiziaria) o, infine, in presenza dell'avvio di un procedimento *de societate* o di procedimenti giudiziari in cui

[255] La dottrina, richiama – a titolo esemplificativo - come finalità interne delle investigazioni, l'esigenza (i) di assicurare agli organi competenti un'adeguata conoscenza dei fatti rilevanti; (ii) di impedire che eventuali violazioni del modello organizzativo o condotte illecite siano ripetute o producano effetti ulteriori; (iii) di gestire segnalazioni di un *whistleblower*, (iv) di verificare l'efficacia del modello organizzativo al fine di individuare eventuali azioni di miglioramento qualora siano rilevate carenze organizzative o lacune; (v) di verificare i presupposti per l'avvio di eventuali procedimenti disciplinari. V. A. Musella-O. Formenti, *I modelli di organizzazione e l'OdV*, in Aa.Vv., *Responsabilità amministrativa degli enti (D. lgs. 231/01)*, cit., p.108.

risultano coinvolti i vertici o i dipendenti dell'impresa per la commissione di un reato rilevante ai sensi del Decreto.

In questi casi, appare cruciale per la società predisporre una buona difesa tecnica e, poiché lo svolgimento di un'indagine difensiva nel rispetto di quanto previsto al libro V, titolo VI *bis* c.p.p., garantisce, nell'ambito del procedimento penale, la piena utilizzabilità processuale degli elementi di prova a suo favore (art. 391-*octies* e *decies* c.p.p.), nonché una maggior tutela grazie all'applicabilità delle "garanzie di libertà del difensore" (art. 103 c.p.p.), può essere vantaggioso per l'ente predisporre un'attività investigativa difensiva *ex* art. 327-*bis* c.p.p. o un'attività investigativa preventiva *ex* art. 391-*bis* e ss. c.p.p.[256].

Ove la società decidesse di procedere in tal senso, l'art. 391-*nonies* c.p.p. prevede che venga incaricato un difensore, con un apposito mandato scritto, che contempli espressamente i fatti cui l'attività di ricerca delle prove si riferisca. Il difensore, che potrà avvalersi di ausiliari e consulenti tecnici, rappresenta – alla luce dell'attuale legislazione domestica - «l'unico soggetto capace di imprimere la massima copertura in termini di *legal privilege* alle comunicazioni e ai materiali condivisi in funzione difensiva»[257]. In questa ipotesi, l'ente avrà sicuramente la possibilità di guardare al suo interno beneficiando di una serie di garanzie legate all'esercizio del diritto di difesa[258]. Garanzie che, diversamente, non sono previste per le indagini meramente interne o informali.

---

[256] V. R. Duzioni, *Attività "investigativa-ispettiva" e attività "preventiva-difensiva ex art. 391-nonies c.p.p." Quale attività dell'OdV: due ipotesi a confronto di documentazione dell'effettiva attuazione del modello 231 nei casi di presunto o sospetto accertamento di fatti reato commessi o* in itinere, in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2012, p. 51 ss.; L. Bassi-M. M. Morelli, Internal Investigation: *uno strumento di monitoraggio e governo del rischio nell'ottica dell'efficace attuazione del modello organizzativo*, cit., p. 295; C. Coratella, *Il d.lgs. 231/2001 e la nuova frontiera delle indagini difensive*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2015, p. 145. Per M. Calleri, *Spunti penalistici per l'indagine e l'accertamento avanti l'Organismo di Vigilanza*, cit., p. 75, nella prassi si individuano due situazioni peculiari che potrebbero indurre l'ente al conferimento di apposito mandato al difensore per lo svolgimento di investigazioni difensive ex art. 327-*bis* e 391-*bis* c.p.p.: l'ente riceve atti in qualità di soggetto indagato oppure l'ente non è indagato ma riceve la richiesta di fornire informazioni sulle quali dovrà mantenere il segreto (tanto sulla richiesta che sulla risposta fornita). V. A. Jannone, *231 e difesa post delictum: tecniche, metodi e* framework *legale di* case management, in *Resp. amm. soc. enti*, 3/2010, p. 46 ss.

[257] M. Mancuso, *Le investigazioni interne nel procedimento a carico dell'ente*, in Aa.Vv., *Compliance - Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 1936. Cfr. M. S. Negro, Legal privilege *e tutela difensiva dell'ente*, *ibidem*, p. 1959.

[258] Si pensi ad esempio al fatto che il difensore dotato di apposito mandato fiduciario rilasciato dalla società rappresenta l'unico soggetto in grado di assicurare la massima copertura in termini di *legal privilege* alle comunicazioni e alla documentazione selezionata in funzione difensiva e, al contempo, di

Tuttavia, è d'uopo sottolineare che, al di fuori delle specifiche e limitate ipotesi concernenti l'instaurazione effettiva (o temuta alla luce di un'analisi di elevata probabilità) di un procedimento penale ai sensi del Decreto, appare verosimile ritenere che la società propenderà per le investigazioni puramente interne, soprattutto in ipotesi di segnalazioni ricevute tramite i canali di *whistleblowing* (che potrebbero, ad esempio, a seguito di adeguate indagini, rilevarsi infondate oppure non supportate da precisi e comprovati riscontri esterni o, comunque, non tali da far sorgere una responsabilità *ex crimine*) e, in generale, in caso di rilevazione di potenziali violazioni del modello organizzativo che non dimostrino sin dall'inizio la loro attitudine concreta ad assumere rilevanza penale pur, in teoria, potendo esporre la società a situazioni di pericolo anche sul versante reputazionale.

In questo capitolo ci occuperemo di alcune importanti questioni di ordine generale afferenti esclusivamente alle investigazioni puramente interne o informali[259]

---

garantire la genuinità e l'utilizzabilità degli elementi di prova ricavati. Invero, l'ordinamento italiano non riconosce all'attività del legale interno o giurista d'impresa un carattere professionale e, pertanto, si deve ritenere che lo stesso è sprovvisto di qualsivoglia tutela in termini di *legal privilege*. V. E. Cappa, *La figura del giurista d'impresa*, in *Analisi giur. econ.*, 2005, p. 170.

[259] V. D'Acquarone-R. Roscini-Vitali, *L'investigazione interna nel procedimento a carico dell'ente: alcuni spunti per l'integrazione del modello di organizzazione e gestione*, cit., in particolare p. 320 s., dove si osserva che l'investigazione meramente interna «rappresenta un fenomeno piuttosto recente, che inizia a prendere piede all'interno delle multinazionali di grandi dimensioni, i cui Modelli di organizzazione e di gestione necessariamente risentono dei processi di verifica della *compliance* ereditati dall'ente controllante, il quale è, di frequente, un soggetto di diritto anglosassone dotato di *compliance programs* già regolati sull'esigenza di azionare controlli proattivi sull'attività di business anche nell'eventuale prospettiva di garantirsi la possibilità di accedere agli incentivi riconosciuti in caso di efficace cooperazione con l'autorità». In materia, v. E. M. Mancuso, *Le investigazioni interne nel procedimento penale: sussidiarietà regolatoria e nuovi scenari cooperativi*, in Aa.Vv., Internal Investigations. Best practices *e istanze di regolamentazione*, a cura di F. Centonze-S. Giavazzi, Giappichelli, 2021, p. 241; Id., *Le investigazioni interne nel sistema processuale italiano: tra vuoto normativo e prassi applicative incerte*, in Aa.Vv., *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di F. Centonze e M. Mantovani, Il Mulino, 2018, p. 217; L. Bassi-M. M. Morelli, Internal Investigation: *uno strumento di monitoraggio e governo del rischio nell'ottica dell'efficace attuazione del modello organizzativo*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4/2019, pag. 291; S. Fortunato-C. Di Nocco, Corporate Governance – *Le fasi e i processi operativi di un'indagine interna o* «internal investigation», in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, 2/2018, p. 233; M. Calleri, *Spunti penalistici per l'indagine e l'accertamento avanti l'Organismo di Vigilanza*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2009, pag. 73; A. Musella-O. Formenti, *I modelli di organizzazione e l'OdV*, in Aa.Vv., *Responsabilità amministrativa degli enti (D. lgs. 231/01)*, cit., p. 107; C. Fatta, *L'OdV nel procedimento penale*, in Aa.Vv., *L'organismo di vigilanza nel sistema 231*, a cura di E. Di Fiorino-C. Santoriello, Pacini Giuridica, 2021, p. 232; A. Sereni, *Collaborazione investigativa e riflessi sulla responsabilità dell'ente da reato*, in Aa.Vv., *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni anche in una comparazione con i sistemi sudamericani* (In memoria di Giuliano Vassalli), a cura di A. Fiorella-A. Gaito-A. Salvina Valenzano, Sapienza Università Editrice, 2018, p. 157. V. U. Tombari, *Governo societario,* compliance *e "indagini interne" nella s.p.a. quotata*, in Aa.Vv., *La* corporate compliance: *una nuova frontiera per il diritto?*, a cura di G. Rossi, Giuffré, 2017, p. 261, dove si approfondisce, in

(svolte, quindi, dalla società senza il cappello delle investigazioni difensive), le quali, in assenza di una specifica disciplina normativa e di espresse pronunce giurisprudenziali in materia, presentano – come si avrà modo di approfondire - numerosi profili di criticità, attesa altresì l'applicabilità alle stesse, in via indiretta, di alcune disposizioni che possono vincolarne lo svolgimento (si pensi, a titolo esemplificativo, alla normativa in materia di *privacy* e a tutela del lavoratore).

In generale, l'affidamento delle attività di indagine a soggetti appartenenti a strutture e funzioni interne all'organizzazione aziendale, oltre a garantire un risparmio in termini di costi, permetterebbe l'adozione di tempestive azioni di controllo e di "reazione" ove si consideri che gli esecutori materiali dell'*investigation* hanno una profonda e puntuale conoscenza del contesto in cui operano, delle procedure e dei processi interni e dell'operatività aziendale e delle sue dinamiche (comprese le abitudini comportamentali dei dipendenti).

Per di più, in ottica di prevenzione di condotte illecite rilevanti ai sensi del Decreto, le investigazioni meramente interne rappresentano lo strumento più idoneo per affrontare e gestire qualsivoglia *alert*, consistente nella ricezione, rilevazione e comunicazione di comportamenti devianti rispetto alle prescrizioni del modello 231 (anche qualora, come più volte sottolineato, non abbiano rilevanza penale), cui è necessario dare seguito al fine di ricostruire lo svolgimento degli eventi potenzialmente pregiudizievoli per l'ente ed evitare di esporre quest'ultimo a ulteriori rischi.

Preme evidenziare, a tal proposito, che, soprattutto in società di grandi dimensioni, con strutture organizzative ampie e complesse, in aggiunta al modello 231, sono adottati, nell'ambito del sistema di controllo interno, concorrenti strumenti di *risk management* per la gestione dei numerosi obblighi di conformità ai quali le imprese sono tenute in forza delle normative, anche di settore, ad esse applicabili o dei *framework* di riferimento, anche internazionali, per la gestione dei rischi aziendali.

Numerose e periodiche sono, quindi, le attività di vigilanza e monitoraggio delle aree esposte a rischio reato e dei connessi processi sensibili, poste in essere a livello societario e di gruppo.

---

particolare, il ruolo del consiglio di amministrazione, del collegio sindacale e del comitato controllo e rischi di una società per azioni quotate.

Per tale motivo, si deve ritenere altamente probabile che l'OdV, ma anche l'*internal audit*, la funzione *compliance* e gli altri attori diversamente coinvolti nel controllo interno, possano imbattersi in possibili eventi lesivi o fenomeni sospetti, concernenti fatti che, rilevando la sussistenza di un'anomalia (anche generata dai *software* di *data analysis*), di un'inosservanza e, nei casi più gravi, di una violazione delle regole cautelari adottate nel sistema di controllo interno, possono rappresentare – anche in via meramente potenziale - una minaccia per l'ente.

Anche in queste ipotesi, si deve presumere che la società avvierà delle indagini meramente interne al fine di valutare se tali fatti endogeni siano idonei a far sorgere una responsabilità dell'ente ai sensi del Decreto o, comunque e in che entità, a cagionare danni e pregiudizi anche all'immagine e alla credibilità dell'impresa.

Ancora, in ipotesi di notizie di stampa o inchieste televisive, reclami di fornitori o partner commerciali ovvero ricezione di una segnalazione, tramite i canali di *whistleblowing*, di una sospetta condotta illecita o di una violazione di *policy* e protocolli di attuazione del *compliance program* anche di particolare gravità, la società sicuramente deciderà (come, d'altronde, previsto nelle apposite procedure aziendali adottate in materia), di svolgere indagini interne informali, al fine, da un lato, di verificare la credibilità della fonte e la fondatezza dei fatti denunciati e, dall'altro, di svolgere un'adeguata e completa valutazione di tutti i rischi pertinenti alla denuncia, nonché delle loro conseguenze e delle eventuali azioni correttive da intraprendere.

A tal fine, come vedremo più nel dettaglio nel prosieguo della presente trattazione, la società potrà ricorrere, a titolo esemplificativo, ad attività ispettive aventi ad oggetto l'analisi di dati/procedure e *policy* aziendali utili ai fini dell'istruttoria, di banche dati esterne e di fonti aperte, di evidenze documentali di varia natura acquisite presso le strutture aziendali e delle dichiarazioni rese dai soggetti interessati nel corso di interviste.

Le indagini meramente interne rappresentano, quindi, il principale strumento a disposizione delle società per fare emergere, gestire e minimizzare il rischio di non conformità alle norme aziendali e legislative ad essa applicabili, interrompere la commissione di condotte illecite *in itinere* e prevenire future violazioni. Sono anche un presupposto imprescindibile per mettere la società nelle condizioni di poter capire

ed individuare le opportune e necessarie azioni correttive da apportare all'impianto organizzativo prevenzionale del modello 231[260].

Da questo rapido quadro d'insieme e alla luce delle considerazioni svolte nel precedente Capitolo I, appare evidente che l'effettiva attuazione del sistema disciplinare interno al modello organizzativo, è strettamente connessa a tale attività di indagine che non è solo una tematica di *audit* e controllo interno, ma rappresenta per le imprese un elemento cruciale in grado di determinare il successo dell'apparato disciplinare "231", soprattutto in ottica di prevenzione del compimento di reati-presupposto.

Pertanto, in una prospettiva di *self regulation* in chiave preventiva, si deve ritenere che le *corporate internal investigations* dovrebbero essere prioritariamente focalizzate ad una specifica e approfondita verifica e controllo di tutte quelle ipotesi rappresentanti un *warning* di un rischio di irregolarità, che potrebbero scaturire dall'analisi dei flussi informativi da parte dell'OdV[261], dalle risultanze di *audit* specifici, a seguito di segnalazioni *ad hoc* (anche inoltrate in forma anonima tramite i canali di *whistleblowing*) o in altro modo rilevate dai vari *in-house counsel* (si pensi, ad esempio, al responsabile della funzione legale, di *compliance* o *internal audit*).

Tale tipologia di indagine interna informale dovrebbe, quindi, essere attivata anche in assenza di un parallelo procedimento penale o della notizia di un'indagine penale o amministrativa che coinvolga l'impresa o suoi dipendenti e anche qualora non appaia immediatamente evidente che sia stata posta in essere, nel tessuto organizzativo aziendale, una condotta di tale gravità da coinvolgere il vertice o soggetti ad esso sottoposti nella commissione di un reato presupposto. In altri termini, ciò che dovrebbe rilevare è la violazione o l'aggiramento delle regole cautelari contemplate nelle procedure, *policy* e processi interni di attuazione del modello organizzativo, anche se non poste in essere in maniera sistematica e con intento fraudolento, e anche qualora i fatti oggetto di indagine non sembrerebbero, *prima facie*, fornire l'abbrivio per l'instaurazione di un procedimento a carico dell'ente.

[260] Cfr. V. D'Acquarone e R. Roscini-Vitali, *Internal corporate investigation: la lezione americana*, cit., p. 97.

Guardare alle *internal investigations* e al sistema disciplinare soltanto in termini di repressione e come a uno scudo di difesa da utilizzare in un procedimento in corso sarebbe limitante e fallace.

L'esercizio conoscitivo, punitivo e di rafforzamento del sistema precauzionale adottato dall'ente, e volto a ripristinare e garantire *sempre* la legalità d'azione, non può che passare attraverso il complesso di attività poste in essere dalla società prima, durante e dopo l'attivazione di un idoneo sistema disciplinare. In questo senso, le indagini meramente interne su base spontanea condividono con il sistema disciplinare, di cui rappresentano, come già detto, un elemento centrale, questa cifra finalistica e le potenzialità preventive e propulsive dello strumento, al fine di favorire una cultura aziendale che non sia più concentrata soltanto sui costi della sanzione e sulle azioni da intraprendere *dopo* la reazione dell'ordinamento all'illecito, ma che abbia quale precipuo obiettivo il costante e fattivo miglioramento ed efficientamento della propria struttura organizzativa orientata alla legalità e all'etica dell'*àgere* imprenditoriale.

Nonostante le considerazioni sopra esposte, la dottrina raramente collega le indagini interne al sistema disciplinare e quando lo fa è *incidenter tantum*, richiamando una delle finalità interne perseguite dall'ente con l'investigazione informale, ossia l'avvio di un procedimento disciplinare.

Questo dato sembrerebbe rafforzare l'idea che è alla base del presente lavoro, ossia l'assenza di una profonda conoscenza, da parte degli operatori del diritto, delle funzioni e dei meccanismi di operatività dell'apparato disciplinare "231".

Innanzitutto, qualsiasi tipologia di attività di investigazione interna dovrà concretamente risolversi – qualora dalle risultanze delle stesse emergano elementi di fondatezza delle violazioni o dei comportamenti devianti dal modello organizzativo – nel necessario e tempestivo impulso per l'instaurazione del procedimento disciplinare[262] da parte degli organi sociali e/o delle funzioni aziendali che risultino

[262] L'intervallo temporale tra l'avvenuta conoscenza dei comportamenti ritenuti disciplinarmente sanzionabili e la loro contestazione nei confronti del lavoratore interessato va valutato alla luce del principio di correttezza e buona fede. Così Corte d'Appello Torino, 24 novembre 2004, in *Lav. nella giur.*, 2005, p. 391. V. Trib. Bari, Sez. lav., 10 giugno 2019, n. 2635, *inedita*, dove si legge che «il lasso temporale tra i fatti e la contestazione, ai fini della valutazione dell'immediatezza del provvedimento disciplinare, deve decorrere dall'avvenuta conoscenza da parte del datore di lavoro della situazione contestata e non dall'astratta percettibilità o conoscibilità dei fatti stessi». In particolare, «l'accertamento di un danno subito dal datore di lavoro non implica necessariamente l'accertamento sul contenuto della responsabilità in tutti i suoi elementi e sul grado della responsabilità, e può richiedere accertamenti

competenti in virtù dei poteri e delle attribuzioni loro conferiti dalla normativa applicabile, dallo Statuto e dai regolamenti interni delle società. E non potrebbe essere altrimenti, ove si osservi che la procedura di accertamento della condotta illecita o violazione/inosservanza da parte dei dipendenti e degli apicali delle prescrizioni contenute nel *compliance program* deve essere espletata, in base a quanto previsto nel sistema disciplinare "231", nel rispetto delle disposizioni normative vigenti, dell'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori nonché dei contratti collettivi ove applicabili.

Inoltre, anche se l'*internal investigation* si colloca in una fase propedeutica all'attivazione del sistema disciplinare, si deve ritenere che tale attività di indagine continuerà anche successivamente durante il procedimento disciplinare, atteso che - a seguito della trasmissione al soggetto apicale o sottoposto di apposita comunicazione scritta di contestazione *ex* art. 7 dello Statuto dei Lavoratori - sarà comunque possibile raccogliere ulteriori elementi atti a circostanziare i fatti oggetto della violazione o infrazione rilevata o segnalata e già oggetto di verifiche e approfondimenti durante la conduzione delle iniziali investigazioni. Al riguardo, occorre evidenziare che la citata contestazione scritta deve contenere una descrizione di fatti ben individuati, circoscritti nel tempo, nel luogo e nella dinamica di accadimento.

Inoltre, e si tratta di un elemento rilevante ai fini della nostra indagine, deve sussistere una *stretta correlazione temporale* tra il momento in cui la società è giunta a conoscenza della condotta illecita o della violazione o inosservanza del modello organizzativo e quello in cui la stessa viene contestata al personale coinvolto, il quale potrà, nell'ambito del procedimento disciplinare che lo riguarda, produrre per iscritto dichiarazione di carattere giustificativo e richiedere di essere ascoltato personalmente, anche con l'assistenza di un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato.

Anche in questa sede, quindi, in conformità a quanto previsto dalle norme giuslavoristiche vigenti, l'ente avrà la possibilità di acquisire documentazione, dati, informazioni ed eventuali nuovi elementi utili e significativi ai fini delle proprie analisi e valutazioni circa (i) la fondatezza delle circostanze fattuali afferenti alla condotta

ulteriori: pertanto, solo dopo l'accertamento di tutti i suddetti profili sorge l'obbligo della contestazione disciplinare». Così Cass. civ., Sez. lav., 20 giugno 2014, n. 14103, in *Lav. nella giur*., 2015, p. 69, con commento di F. M. Gallo, *Tempestività ed immutabilità della contestazione disciplinare in presenza di procedimento penale*.

illecita o alla violazione del modello 231, e (ii) l'eventuale adozione delle necessarie azioni correttive sulle aree e sui processi aziendali che abbiano evidenziato eventuali criticità e lacune organizzative non adeguatamente presidiate.

La costante ricerca da parte delle società di livelli ottimali di prevenzione ha portato le stesse a investire, con sempre maggiore convinzione, risorse economiche e aziendali nelle attività di indagine interna, dal momento che le stesse consentono di ricostruire la catena decisionale che ha portato ad uno specifico accadimento (e quindi, le cause e le modalità concrete con le quali è stato possibile violare la regola cautelare autonormata dall'ente), acquisire rilevanti fonti dichiarative per l'accertamento dei fatti, evitare che utili evidenze documentali vengano trascurate, sottratte o, persino, distrutte, identificare e sanzionare, senza ritardo e al termine del procedimento disciplinare, i responsabili e, infine, comprendere su quale area della parte programmatica del modello 231, che ha evidenziato punti di debolezza, occorre prevedere misure correttive affinché non vengano più commesse violazioni o irregolarità analoghe a quelle realizzate.

In tale ambito, appare evidente che le risultanze delle indagini interne, seppure informali, potrebbero, quindi, rivestire una fondamentale importanza come elementi di prova su cui la società potrà basare la propria strategia difensiva nell'ottica dell'eventuale instaurazione di un procedimento a suo carico. Invero, si tratterebbe di elementi probanti a favore dell'ente che, se proiettati nel contesto procedimentale, potrebbero rilevarsi idonei a dimostrare l'esclusione della responsabilità ai sensi degli artt. 5, 6, 7 o 26, comma 2, o comportare la non applicazione delle misure interdittive e un più mite trattamento sanzionatorio.

Proprio per tali ragioni, le problematiche che, come vedremo, interessano lo strumento delle *internal investigations* informali o atipiche dovrebbero portare il legislatore a riflettere – anche in virtù della connotazione special preventiva che caratterizza l'intero sistema di responsabilità amministrativa degli enti – su di un cambio di paradigma riguardo agli incentivi contemplati nel Decreto.

Al fine di rafforzare la stessa credibilità della disciplina 231, si deve ritenere auspicabile l'introduzione di specifiche forme di premialità processuale per l'ente che, dopo aver svolto con serietà e diligenza ampi accertamenti investigativi prima e durante il procedimento disciplinare, implementi e rafforzi il proprio apparato

prevenzionistico adottato *ante delictum*, dimostrando la propria capacità di autoriorganizzarsi e rieducarsi in maniera virtuosa.

Il punto di partenza del presente lavoro è quello di offrire al lettore una disamina delle principali questioni teoriche, interpretative e applicative che il tema trattato comporta seguendo due principali direttrici.

La prima direttrice cercherà di affrontare il problema delle possibili iniziative (e dei poteri e strumenti a disposizione) che l'OdV, il quale svolge un ruolo centrale nell'ambito del sistema disciplinare e nella conduzione e supervisione delle *internal investigations*, deve e può assumere (coadiuvato nell'attività operativa da altre funzioni aziendali e presidi di vigilanza e controllo societario), allorché venga a conoscenza o rilevi fatti ed eventi che possono rappresentare delle potenziali minacce per l'ente (anche in termini di rischio reato-presupposto e, quindi, di eventuale responsabilità amministrativa del medesimo). Questo primo campo di indagine riguarderà, in particolare, le modalità di conduzione delle attività di investigazione meramente interna e l'individuazione di possibili spazi normativi (si pensi, ad esempio, alle regole del codice di rito in materia di investigazioni preventive) che possano aiutare la società in questa attività.

La seconda direttrice si propone, invece, di esaminare l'utilizzabilità delle risultanze emerse a seguito dell'attività investigativa endo-societaria nel procedimento penale e, in una prospettiva *de iure condendo*, le possibili ipotesi di riforma del Decreto volte ad introdurre, pur nel rispetto del principio di obbligatorietà dell'azione penale, forme alternative di definizione della vicenda giudiziaria attraverso la valorizzazione del complesso di attività poste in essere dall'impresa *ex ante* per prevenire e, quando ciò non sia stato sufficiente ad evitare la realizzazione del reato, *ex post* per rimediare alle conseguenze dell'illecito e impedire il futuro ripetersi di comportamenti non conformi.

2. LA CENTRALITÀ DEL RUOLO DELL'ORGANISMO DI VIGILANZA NELLA CONDUZIONE E SUPERVISIONE DELLE *INTERNAL CORPORATE INVESTIGATIONS* E NELL'ATTIVAZIONE DEL SISTEMA DISCIPLINARE

Nel precedente paragrafo si è messo in luce il ruolo fondamentale delle indagini interne ai fini dell'efficace attuazione del sistema disciplinare e la stretta connessione che intercorre tra i due strumenti. In questo paragrafo esamineremo, invece, la centralità del ruolo di iniziativa e supervisione che l'Organismo di Vigilanza dovrebbe svolgere nell'ambito delle investigazioni puramente interne[263] e la sua funzione da giunto di collegamento tra lo strumento *de quo* e il sistema disciplinare.

Al fine di inquadrare al meglio la materia, è opportuno, in via preliminare e brevemente, soffermare l'attenzione sull'attività di vigilanza svolta dal citato organismo.

Come noto, il ruolo dell'OdV emerge, nell'ambito della disciplina 231, dalla costruzione normativa dell'esimente da responsabilità amministrativa delle persone giuridiche nel caso di commissione di un reato da parte di un soggetto interno apicale.

Ai sensi dell'art. 6 del Decreto, l'ente può essere esonerato qualora ricorrano contestualmente una serie di condizioni, tra le quali: (i) l'ente ha adottato ed efficacemente attuato *ante delictum* un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi; (ii) ha provveduto a nominare un organismo (di vigilanza), dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo, che vigili sul funzionamento e l'osservanza del modello 231 e provveda a curarne l'aggiornamento e (iii) non vi sia stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dello stesso.

Ai sensi dell'art. 6, comma 2, lett. d), è altresì previsto che il modello organizzativo contempli l'obbligo di un flusso informativo "strutturato" nei confronti dell'OdV, quale strumento necessario per garantire da parte dello stesso il corretto ed efficace adempimento della sua attività di vigilanza e per l'eventuale accertamento, a

[263] V. D'Acquarone-R. Roscini-Vitali, *L'investigazione interna nel procedimento a carico dell'ente: alcuni spunti per l'integrazione del modello di organizzazione e gestione*, cit., in particolare p. 322, dove si sottolinea che l'OdV è «il tipico driver dell'investigazione che assuma un assetto meramente interno. Del resto, è l'Organismo di Vigilanza il soggetto deputato a intercettare e gestire, anche con risorse indipendenti, i flussi informativi relativi alle possibili violazioni del Modello di organizzazione e di gestione da parte di amministratori o dipendenti dell'ente».

posteriori, delle cause che hanno reso possibile il verificarsi dell'eventuale condotta illecita[264].

Inoltre, in assenza di un'espressa indicazione normativa, si deve ritenere – alla luce dell'unitarietà del modello organizzativo – che anche nella diversa ipotesi di reato commesso da un soggetto sottoposto, la presenza dell'OdV sia necessaria per consentire all'ente di andare esente da responsabilità.

Da queste brevi ma fondanti indicazioni, è di plastica evidenza la centralità di tale figura nel sistema preventivo della corresponsabilizzazione degli enti ai sensi del Decreto.

Tuttavia, l'Organismo di Vigilanza non è oggetto di una compiuta disciplina legislativa essendo piuttosto scarne e generiche le indicazioni afferenti ai suoi compiti e al perimetro dei poteri[265].

Al riguardo, nonostante in questi venti anni di vigenza del Decreto, la dottrina, la giurisprudenza, le associazioni di categoria (tramite le loro linee guida) e la prassi hanno tentato di colmare il vuoto normativo in *subiecta materia*, numerose sono, ancora oggi, le questioni dogmatiche e i dubbi applicativi rispetto a molti snodi essenziali della figura: si pensi, a titolo esemplificativo, alla natura giuridica e alla collocazione gerarchica, alla nomina, composizione, ai requisiti, all'ampiezza dei poteri e ai doveri, al rapporto con gli organi gestori e con gli altri organi di controllo societario, alle modalità di accesso alle informazioni, allo statuto della responsabilità dei suoi membri. Di questo nugolo di questioni affronteremo, per ragioni di economia, soltanto quelle inerenti al tema oggetto della presente ricerca o che possono intersecarsi con lo stesso[266].

---

[264] V. A. Bernasconi, *L'Organismo di Vigilanza*, in A. Presutti-A. Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., p. 175, il quale sottolinea come l'effettività dell'azione di vigilanza dell'organismo dipende sostanzialmente dalla piattaforma conoscitiva messa a disposizione del medesimo e, quindi, a una corretta disciplina dei flussi informativi.

[265] V. Mongillo, *L'Organismo di Vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell'ente: paradigmi di controllo, tendenze evolutive e implicazioni penalistiche*, cit., p. 83; Id., *La vigilanza sull'attuazione del sistema aziendale di prevenzione dei reati in Italia e nei principali ordinamenti ispanoparlanti: circolazione dei modelli e specificità nazionali*, in *Riv. trim. Dir. pen. cont.*, 3/2018, p. 149 ss. C. Pacciolla, *Il rapporto tra la Compliance ed il ruolo dell'In-House Legal*, in Aa.Vv., *L'organismo di vigilanza nel sistema 231*, a cura di E. Di Fiorino-C. Santoriello, Pacini Giuridica, 2021, p. 255.

[266] In materia v. A. R. Carnà, *L'Organismo di Vigilanza* ex *D.Lgs. 231/2001. L'attività di vigilanza e le investigazioni interne*, in Aa.Vv., Internal Investigations. Best practices *e istanze di regolamentazione*, a cura di F. Centonze-S. Giavazzi, Giappichelli, 2021, p.115 ss.

Innanzitutto, l'attività di vigilanza svolta dall'OdV *ex* art. 6 del Decreto è tesa a verificare e testare, rispetto alla specifica realtà aziendale e in chiave dinamica, l'effettività del modello organizzativo concretamente adottato (cioè la sua corrispondenza e coerenza tra comportamenti posti in essere all'interno della società e quelli indicati nel medesimo) e a vagliarne l'adeguatezza (ossia la sua reale, effettiva - e non meramente formale - capacità di prevenire, in linea di massima, il rischio di commissione di reati presupposto).

Spetterà all'OdV, sin dal suo insediamento, sottoporre ad analisi le scelte compiute da chi materialmente si è occupato della redazione *ante delictum* del *compliance program* (*i.e.* l'organo dirigente che, ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. a) del Decreto, ha il compito primario di adottare il modello organizzativo), al fine di verificarne l'idoneità rispetto al perseguimento degli obiettivi prevenzionistici richiesti dalla disciplina 231.

L'OdV dovrà, altresì, controllare l'osservanza da parte degli apici e dei sottoposti delle regole e dei principi contenuti nel modello organizzativo e, quindi, se quest'ultimo sia stato effettivamente riconosciuto e osservato nell'ambito del tessuto connettivo aziendale.

Nello svolgimento della propria attività di vigilanza, che si sostanzia quindi in un'azione ispettiva, di controllo[267] e di assistenza all'organo dirigente, è molto

[267] Come noto, il sistema di controllo interno e gestione dei rischi di una società è piuttosto articolato e normalmente opera secondo un'organizzazione basata su tre livelli di controllo o difesa: il primo livello è gestito dal *management* operativo che ha la responsabilità e la titolarità nel predisporre, verificare, mitigare i rischi; il secondo livello di controllo ha il compito di facilitare e monitorare l'implementazione di una effettiva «gestione del rischio» da parte del *management* e presidia il processo di valutazione e controllo dei rischi (esistenza dei presidi) garantendone la coerenza rispetto agli obiettivi aziendali (sono, ad esempio, i controlli propri della funzione *compliance* e dell'*enterprise risk management*); infine, il terzo livello di controllo è della funzione *internal audit* che garantisce una adeguata *assurance* alle autorità di controllo e al *senior management* sull'efficacia e l'operatività dei presidi con cui l'azienda valuta e controlla i relativi rischi. Come evidenziato dalla dottrina, in questo contesto, il controllo dell'OdV si avvicina a quello della funzione *internal audit.* V. G. Giordanengo-S. Valentini, *Le attività, i poteri e gli obblighi*, in Aa.Vv., *L'Organismo di Vigilanza nel sistema 231*, cit., p. 135, per i quali l'OdV svolge «una analoga attività indipendente e obiettiva di *assurance* e consulenza, finalizzata al miglioramento dell'efficacia e dell'efficienza dell'organizzazione». Cfr. V. Gennaro, *La documentazione delle attività di pianificazione e di esecuzione delle verifiche da parte dell'Organismo di Vigilanza*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3/2008, p. 178, il quale evidenzia che la «stessa Associazione Italiana *Internal Auditors*, nel suo *Position Paper* edito nell'ottobre del 2001, riconosce, con riferimento al contenuto sostanziale delle attività di vigilanza, che "sotto un profilo sistematico risulta evidente come le [...] attività, sopra descritte, rientrino tra quelle tipicamente riconducibili alla sfera d'azione ed alle competenze metodologiche dell'organo di internal auditing». Per A. Gullo, *I modelli organizzativi*, in Aa.Vv., *Responsabilità da reato degli enti - Volume I Diritto sostanziale*, cit.,

probabile che l'OdV, il quale - come si è in precedenza sottolineato - costituisce il destinatario naturale di una serie di segnalazioni in ordine a eventuali violazioni o inosservanze del modello 231 e ricopre, in ragione della sua funzione, una posizione privilegiata per quel che concerne la conoscenza e conoscibilità (anche grazie al canale dei flussi informativi[268]) di potenziali situazioni di non conformità rispetto ai regolamenti, alle procedure e ai protocolli aziendali - venga a conoscenza di un fatto che possa potenzialmente rappresentare un segnale di allarme per l'ente in grado di riflettersi sull'idoneità del modello organizzativo o sulla sua efficace attuazione.

In queste ipotesi, appare evidente che l'Organismo di Vigilanza, dotato di autonomia funzionale e indipendenza, professionalmente attrezzato e libero da qualsiasi condizionamento, sia il soggetto deputato e competente ad intervenire in qualità di «perno soggettivo del sistema di contenimento del rischio reato»[269].

276, la differenza risiede nel fatto che l'attività dell'OdV si concentra «sui soli *standard* di *compliance* 231, con competenze più marcatamente normative e con compiti anche di proposte sul piano delle procedure». V. F. M. Federici, *L'Organismo di Vigilanza, non solo ai tempi del Covid-19*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2020, in particolare p. 109 s. V. N. Pisani, *Controlli societari e responsabilità da reato degli enti*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, p. 100, il quale sottolinea che la vigilanza dell'OdV è mirata ai modelli preventivi e non all'attività degli organi di direzione, amministrazione e controllo; «il che consente di porre un primo argine al rischio di potenziali sconfinamenti nel campo delle competenze degli organi di gestione e di controllo che determinerebbe la paralisi operativa dell'ente».

[268] I flussi informativi hanno ad oggetto tutte le informazioni e tutti i documenti che devono essere portati a conoscenza dell'OdV, secondo quanto previsto dai protocolli e dagli altri elementi regolamentari che concorrono a costituire il modello organizzativo. Al riguardo, la società deve prevedere l'istituzione di idonei canali informativi privilegiati per consentire all'OdV di essere costantemente informato di quanto avviene in azienda (sia in ordine agli aspetti gestionali, che a quelli operativi) al fine di poter svolgere adeguatamente il proprio compito di controllo. I flussi informativi devono avere natura bidirezionale e l'OdV deve periodicamente relazionarsi con la dirigenza e gli altri organi di controllo, i quali sono tenuti a collaborare e cooperare. In materia, v. P. Montalenti, *Organismo di vigilanza e sistema dei controlli*, in *Giur. comm*., 2009, p. 656 ss., ove si sottolinea la necessità di un costante «scambio informativo» tra l'OdV e gli altri «soggetti incaricati del controllo», che «è doveroso» e da cui «consegue un obbligo di riunioni periodiche, senza vincoli di numero, ma almeno una volta per esercizio, anche al fine di evitare che il legittimo affidamento sui controlli altrui non si traduca in un generalizzato "conflitto di competenza negativa"»; I. A. Savini, *I flussi informativi quale strumento dell'attività*, in Aa.Vv., *L'Organismo di Vigilanza nel sistema 231*, a cura di E. Di Fiorino-C. Santoriello, Pacini Giuridica, 2021, p. 109 ss. e la dottrina ivi richiamata; A. Bernasconi, Sub *Art.* 6, in Aa.Vv., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. n. 231/2001*, cit., p. 142 s.; C. Frigeni-C. Presciani, Sub *Art. 5-6-7 – L'Organismo di Vigilanza (§ F)*, in Aa.Vv., *Compliance - Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 272. Sulle caratteristiche che deve possedere il sistema di informazione e comunicazione nei confronti dell'OdV per ritenersi idoneo, v. C. Piergallini, *I modelli organizzativi*, in Aa.Vv., a cura di G. Lattanzi, *Reati e responsabilità degli enti*, cit., nello specifico p. 174 s.

[269] Così V. Mongillo, *L'Organismo di Vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell'ente: paradigmi di controllo, tendenze evolutive e implicazioni penalistiche*, cit., p. 84. Nel diverso caso di investigazione esterna processuale, la dottrina evidenzia che il ruolo di coordinamento delle diverse attività dovrebbe essere di spettanza del difensore nominato, anche in via preventiva, dalla società. Così V. D'Acquarone -R. Roscini-Vitali, *L'investigazione interna nel procedimento a carico dell'ente: alcuni spunti per l'integrazione del modello di organizzazione e gestione*, cit., p. 322.

Come diffusamente illustrato nel precedente Capitolo, si deve ritenere, inoltre, che spetti all'OdV il compito di promuovere – ricorrendone i presupposti - l'attivazione del sistema disciplinare nel caso in cui venga a conoscenza di una potenziale violazione del modello organizzativo o di una condotta rilevante ai sensi del Decreto, realizzata o in corso di realizzazione, all'interno dell'ente vigilato.

A questo proposito, in capo all'organismo dovrebbe riconoscersi un vero e proprio diritto-dovere in tal senso, essendo lo stesso tenuto– alla luce delle funzioni assegnategli dal Decreto – a contribuire a quella determinante attività di prevenzione di commissione di condotte delittuose realizzate nel contesto societario, da cui può dipendere il riconoscimento dell'esenzione di responsabilità dell'ente.

Prima di esaminare quali siano le iniziative che l'OdV deve adottare qualora sia edotto o apprenda di una condotta, realizzata all'interno dell'ente vigilato da parte di esponenti aziendali in posizione verticistica o da loro sottoposti, in violazione del programma prevenzionistico prescritto dal Decreto, occorre chiarire che non esiste una norma che imponga a tale organismo – nell'ipotesi in cui la violazione possa potenzialmente rilevare in termini di responsabilità penale dell'autore – un obbligo di denunciare i fatti all'autorità giudiziaria[270].

In questa prospettiva, si deve altresì evidenziare che, finora, la dottrina penalistica ha negato l'ipotesi di una rilevanza "esterna" dei doveri di vigilanza dell'OdV[271] e, quindi, di una responsabilizzazione penale dei suoi membri per il

[270] Per C. Fatta, *L'OdV nel procedimento penale*, in Aa.Vv., *L'organismo di vigilanza nel sistema 231*, cit., p. 230, i membri dell'Organismo di Vigilanza – alla luce della disciplina che regola la loro responsabilità penale, anche a titolo di concorso o di favoreggiamento - dovrebbero comunque valutare la possibilità di adoperarsi immediatamente per denunciare l'illecito all'autorità giudiziaria. La denuncia che, secondo l'Autrice, avrebbe altresì il vantaggio di dimostrare – in chiave difensiva – la capacità dell'organo di rilevare potenziali minacce e di anticiparne gli effetti dannosi, dovrebbe comunque essere attentamente ponderata non mettendo al riparo l'ente dalla conseguente responsabilità, laddove si tratti di ipotesi di reati presupposto. Cfr. L. Bassi-M. M. Morelli, Internal Investigation: *uno strumento di monitoraggio e governo del rischio nell'ottica dell'efficace attuazione del modello organizzativo*, cit., p. 298. Gli Autori evidenziano che la decisione di presentare denuncia-querela nei confronti dell'autore del reato non può essere presa con leggerezza dalla società atteso che, in mancanza di sistemi di *self reporting* normati, non vi sarà certezza alcuna per la stessa di non subire un procedimento ai sensi del Decreto, con tutti i conseguenti rischi, tra cui quello reputazionale. V. M. Mancuso, *Le investigazioni interne nel procedimento a carico dell'ente*, in Aa.Vv., *Compliance - Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 1944. L'Autore sottolinea che, in assenza di una procedura collaborativa su base volontaria, la denuncia da parte della società alle pubbliche autorità di una condotta illecita deve ritenersi disincentivata.

[271] Al riguardo, occorre evidenziare che una deroga rispetto all'impianto normativo 231 che considera l'OdV quale assegnatario di doveri a rilevanza meramente "interna", era stata introdotta dall'art. 52,

mancato impedimento ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p.[272] dei reati rilevanti ai sensi del Decreto, commessi violando le regole del modello organizzativo[273].

comma 2, del d.lgs. 231/2007 (legge antiriciclaggio), che - prima della novella del 2017 - imponeva all'organismo di vigilanza (degli enti destinatari del decreto *de quo*, quali istituti di credito e intermediari finanziari) la comunicazione, senza ritardo, delle violazioni riscontrate a favore delle autorità pubbliche specificate, la cui trasgressione era punita con la reclusione fino a un anno e con la multa da 100 a 1000 euro. La dottrina, tuttavia, già prima della riforma del 2017, escludeva che da tale previsione, il cui ambito di operatività è limitato alle attività degli enti destinatari del decreto del 2007, potesse desumersi nei confronti dei membri dell'OdV una posizione di garanzia ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p. per il mancato impedimento dei reati contemplati nell'art. 25 *octies*. *Contra*, F. D'Arcangelo, *Il ruolo e la responsabilità dell'Organismo di Vigilanza nella disciplina antiriciclaggio*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2009, in particolare p. 71. Il d.lgs. 90/2017, in attuazione della Direttiva (UE) 849/2015, ha modificato sostanzialmente la disciplina antiriciclaggio preesistente ed ha, tra l'altro, escluso l'OdV dai soggetti obbligati sia in relazione all'obbligo generale di vigilanza sull'osservanza delle norme antiriciclaggio, sia in relazione agli obblighi specifici di comunicazione (artt. 46 e 51 d.lgs. 231/2007). L'OdV svolgerà, quindi, la sua attività di monitoraggio del rispetto dei protocolli concepiti per la prevenzione dei reati di riciclaggio, nelle stesse forme e con le medesime modalità e responsabilità del monitoraggio dei protocolli adottati per la prevenzione degli altri reati presupposto. V. in materia ampiamente, N. Mainieri-P. Grella, *Antiriciclaggio*, in Aa.Vv., *L'Organismo di Vigilanza nel sistema 231*, a cura di E. Di Fiorino-C. Santoriello, Pacini Giuridica, 2021, p. 287 e, in particolare, p. 305 ss.

[272] In una letteratura già cospicua, negano la titolarità di una posizione di garanzia in capo all'OdV, L. Troyer-Alex Ingrassia, *Vi è una posizione di garanzia in capo ai membri dell'Organismo di Vigilanza? Spunti di riflessione*, in *Riv. dott. comm.*, 6/2008, p. 1266; G. Lasco, Sub *Art. 6*, in G. Lasco-V. Loria-M. Morgante, *Enti e responsabilità da reato. Commento al d.lgs. 2001, n. 231*, cit., p. 99; C. Piergallini, Societas delinquere et puniri non potest: *la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim., dir. pen. econ.*, 2002, p. 571 ss.; F. Giunta, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. trim., dir. pen. econ.*, 2006, p. 610; A. Bernasconi, «*Razionalità*» *e* «*irrazionalità*» *della Cassazione in tema di idoneità dei Modelli organizzativi*, in *Dir. pen. e proc.*, 12/2014, in particolare p. 1437 (nota a Cass. pen., Sez. V, 30 gennaio 2014, n. 4677). L'Autore sottolinea che «[…] Ritenere - come invece argomenta la Corte - che il modello organizzativo avrebbe dovuto prevedere un intervento dell'organismo di vigilanza volto a impedire la commissione del reato significa attribuire a quest'ultimo, in maniera surrettizia, compiti di gestione dai quali deve essere tenuto accuratamente a parte, pena l'invalidazione del sistema della responsabilità degli enti»; A. Rossi, *La responsabilità penale dei componenti dell'Organismo di vigilanza*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Antonio Fiorella – Volume II*, a cura di M. Catenacci-V. N. D'Ascola-R. Rampioni, RomaTrE-Press, 2021, p. 1809; M. La Rosa, *Teoria e prassi del controllo "interno" ed "esterno" sull'illecito dell'ente collettivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2006, p. 1310. L'Autore sottolinea che le eventuali inadempienze dei componenti dell'OdV si ripercuotono solo in termini di inadempimento contrattuale. Dell'operato dell'organismo dovrebbe rispondere, invece, direttamente l'organo dirigente che lo ha nominato e a cui egli deve riferire; A. Martuscelli, *Idoneità dei MOG e ruolo dell'OdV: prevenzione del rischio-reato e impedimento dell'evento-reato*, in *Bilancio e Revisione*, 2021, in particolare p. 60 s.; F. Foglia Manzillo, *Nessun obbligo per l'Organo di vigilanza di impedire illeciti penali*, in *Dir. prat. soc.*, 2003, p. 36, A. Mereu, *La responsabilità ''da reato'' degli enti collettivi e i criteri di attribuzione della responsabilità tra teoria e prassi*, in *Ind. Pen.*, 2006, p. 96.

[273] Fonte di imputazione penale per i membri dell'Organismo di Vigilanza potrebbero essere solo condotte positive, realizzate in concorso (materiale o morale), con soggetti interni o esterni alla società. L'eventuale omessa o carente vigilanza sul modello organizzativo comporterà per i suoi membri una responsabilità civile, oltre ad escludere il beneficio di esenzione da responsabilità per l'ente. Cfr. G. Vaciago, *Il ruolo dell'Organismo di Vigilanza tra prassi operativa e profili di responsabilità*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4/2017, p. 88, il quale evidenzia che se è pur vero che l'OdV non ha alcun obbligo giuridico di impedire un reato, è altrettanto vero che non è possibile escludere l'assenza di una sua responsabilità qualora la società abbia consapevolmente deciso, rendendo edotto l'organismo, di non intervenire in materia di sicurezza sul luogo di lavoro per una mera finalità di controllo die costi. Qualora fosse possibile sostenere che il sinistro non si sarebbe verificato o si sarebbe verificato in maniera meno

Tanto chiarito, un'ulteriore questione di ordine generale che occorre porsi è se sussista sempre un obbligo indefettibile per l'OdV di effettuare un'indagine meramente interna; e in caso negativo, quali siano gli elementi da ponderare al fine di assumere la decisione correlativa[274].

Premesso che non esiste una norma specifica che imponga all'OdV di effettuare *in ogni caso* un'investigazione interna per ogni segnale di allarme circa l'esistenza di irregolarità o condotte illecite, si deve ritenere configurabile, invece, al fine di escludere un'eventuale omessa o carente vigilanza sul modello 231, un obbligo (*rectius* onere[275]) di prendere in considerazione la possibilità di compiere l'indagine interna, nel senso che – alla luce dei presidi che l'organismo *de quo* è chiamato ad assicurare nello svolgimento diligente delle sue funzioni di vigilanza *ex* Decreto – lo stesso dovrà necessariamente svolgere un'analisi preliminare dell'eventuale infrazione o violazione delle regole cautelative autonormate dall'ente, di cui sia venuto a conoscenza, al fine di assumere una decisione in merito.

Al di là della dibattuta questione del confine (a parere di chi scrive, nella pratica, abbastanza labile) tra veri e propri poteri-doveri di impedimento e meri poteri-doveri di sorveglianza, si deve ritenere che le funzioni di vigilanza e controllo legalmente immanenti all'incarico dell'OdV[276], pur non riguardando *direttamente*

---

grave qualora l'organismo di controllo avesse censurato l'operato dei vertici, «si potrebbe ipotizzare una responsabilità dell'OdV ai sensi dell'art. 113 c.p.». V. M. Montesano, *Una prima pronuncia di legittimità che interviene sul tema più volte sollevato in dottrina del possibile coinvolgimento dei componenti dell'Organismo di vigilanza nel caso di illeciti commessi all'interno dell'ente: "un caso particolare" di esclusione (commento a Cass. pen., n. 18168, 20 gennaio 2016)*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3/2016, p. 163.

[274] V. con riferimento alle condotte che devono adottare gli organi societari rispetto alla prospettiva di compiere, o meno, un'indagine interna qualora alla società pervenga la notizia di un'indagine penale o anche amministrativa che investa soggetti apicali o sottoposti (ma con gravi conseguenze per i primi o per la società), N. Rondinone, *Le indagini interne nel sistema del governo societario*, in Aa.Vv., Internal Investigations. Best practices *e istanze di regolamentazione*, a cura di F. Centonze-S. Giavazzi, Giappichelli, 2021, p. 105 ss.

[275] V. Mongillo, *L'Organismo di Vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell'ente: paradigmi di controllo, tendenze evolutive e implicazioni penalistiche*, cit., p. 102. L'Autore sottolinea che l'Organismo di Vigilanza «opera per conto dell'ente non in forza di poteri-doveri legalmente stabiliti, ma per effetto di un incarico negoziale che, dal lato della *liability* dell'ente, gravita nella dimensione giuridica dell'onere».

[276] V. A. Bernasconi, Sub *Art.* 6, in Aa.Vv., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. n. 231/2001*, cit., p. 133 s. e 147. Per l'Autore, le funzioni dell'OdV restano circoscritte in una cornice di mera sorveglianza, essendogli «*estraneo un potere operativo-impeditivo sul piano gestionale*: l'organismo di controllo, una volta venuto a conoscenza di operazioni a rischio-reato, non vanta il potere di sostituirsi ai soggetti apicali, ma deve riferire al vertice perché paralizzi le potenziali illegalità».

l'attività di gestione dell'ente e il *diretto* impedimento dell'evento-reato[277] da parte degli esponenti aziendali[278], richiedono un costante ed efficace presidio dell'effettività del modello 231, che non può non poggiare sull'attenta e costante verifica dell'osservanza del sistema prevenzionistico adottato dall'ente.

Ciò vuol dire che l'analisi sottesa alla decisione se attivare o meno un'indagine interna, in presenza di una potenziale violazione del modello 231, non solo appare doverosa alla luce dei compiti di sorveglianza e di controllo dell'organismo, ma è un vero e proprio onere, altresì funzionale e necessario alla salvaguardia della stessa *ratio* per la quale il legislatore italiano ha pensato di introdurre questo istituto di controllo[279].

Se in linea di massima, l'OdV dovrebbe sempre decidere di svolgere indagini interne seppure informali, in quanto, alla luce di una valutazione *ex ante*, qualora appaia minimamente probabile che la violazione vi sia stata, è bene mettersi nella condizione di avviare, al più presto, l'attività ispettiva finalizzata alla verifica e ricostruzione delle circostanze fattuali segnalate o rilevate anche al fine di ricostruire, sulla base della documentazione e delle informazioni ottenute, nonché di quelle rese disponibili, i processi gestionali e decisionali che hanno condotto al comportamento scorretto, non può escludersi che possano, in teoria, presentarsi ipotesi in cui

[277] Logicamente nulla vieta, su un piano contrattuale tra società e componenti dell'OdV, di prevedere a carico di questi ultimi l'obbligo di evitare, nell'ambito dell'organizzazione aziendale, la commissione di reati-presupposto. Una simile previsione, che dovrebbe altresì assicurare all'organismo ampi poteri di intervento, non potrebbe, tuttavia, avere efficacia ai fini della costruzione di una posizione di garanzia penalmente rilevante.

[278] In dottrina, è favorevole alla configurabilità di una responsabilità dei membri dell'organo di controllo, A. Gargani, *Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irrelati?*, in *Dir. pen. e proc.*, 9/2002, in particolare p. 1066, dove si afferma che, potenzialmente, tutti i soggetti coinvolti nella progettazione, predisposizione, esecuzione, attuazione e applicazione dei protocolli aziendali «potrebbero risultare destinatari di un obbligo giuridico di prevenzione/impedimento dei reati, discendente direttamente dal singolo modello organizzativo-gestionale adottato in concreto, quale attuazione della disciplina prevista dal d.lgs. n. 231 del 2001, la quale assurgerebbe a vera e propria fonte generatrice primaria dell'obbligo giuridico di impedimento dei reati all'interno dell'impresa».

[279] Nel caso di un'indagine penale in corso, secondo N. Rondinone, *Le indagini interne nel sistema del governo societario*, in Aa.Vv., Internal Investigations. Best practices *e istanze di regolamentazione*, cit., p. 107, la competenza ad assumere la decisione se effettuare o meno un'indagine interna va ascritta al consiglio di amministrazione della società in quanto «rientra fra i doveri degli amministratori evitare alla medesima le conseguenze dannose che potrebbero discendere da ulteriori comportamenti *contra legem*» e perché l'internal investigation «è suscettibile di indurre a rivedere, ovvero "valutare" l'adeguatezza degli assetti organizzativi della società». Per C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d. lg. n.231/2001)* (parte I), cit., p. 389, «nella prassi, si sta affermando l'idea di 'sfruttare' la funzione di sorveglianza esercitata dall'OdV anche nei confronti degli illeciti dei dipendenti».

l'organismo *de quo* potrebbe decidere, in base ad una preliminare verifica, di non attivare un'indagine interna informale.

Si pensi, a mero titolo esemplificativo, a segnalazioni generiche e prive di elementi informativi e/o non circostanziate o che, dagli esiti di una preliminare verifica, appaiono palesemente infondate o effettuate nella piena consapevolezza dell'insussistenza di una violazione o di una non conformità o dell'estraneità del segnalato alla stessa. Oppure a segnalazioni contenenti fatti già oggetto in passato di specifiche attività di istruttoria e già chiuse, ove dalle verifiche preliminari svolte non emergano nuove informazioni tali da rendere necessarie ulteriori attività di verifica. O, ancora, a segnalazioni che, pur essendo circostanziate (e, quindi, caratterizzate da un grado di dettaglio sufficiente, almeno astrattamente, a far emergere fatti precisi e concordanti) appaiono non verificabili qualora emerga, nel corso di un'analisi preliminare, che non è possibile, sulla base degli strumenti di indagine a disposizione, compiere verifiche sulla veridicità o fondatezza della segnalazione o, in generale, quando non emergano, alla luce degli esiti delle verifiche preliminari condotte, elementi tali da supportare l'avvio della successiva fase di indagine.

Inoltre, fra gli elementi che potrebbero indurre l'OdV a una decisione negativa circa l'avvio di un'attività di indagine interna deve ricomprendersi l'impossibilità, alla luce della normativa vigente, di gestirla assicurando la totale riservatezza.

In altre parole, stante l'eterogeneità e il diverso grado di rilevanza delle segnalazioni o notizie e informazioni che possono giungere all'Organismo di Vigilanza, si deve ritenere che lo stesso, nell'ambito di una preliminare attività di verifica, dovrà operare un giudizio di fondatezza, valore e gravità dei fatti segnalati o rilevati (tenendo conto delle circostanze concrete in cui è maturato l'evento).

I membri dell'OdV, nel rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, da un lato, dovranno sempre valutare l'opportunità di condurre un'indagine meramente interna, decidendo per l'eventuale archiviazione di segnalazioni o notizie generiche e prive di elementi informativi o per le quali non appaia necessario procedere con verifiche più approfondite e, dall'altro, dovranno distinguere le mere infrazioni e violazioni del modello 231 dalle condotte costituenti reato o che possano avere implicazioni sotto il profilo della responsabilità amministrativa della persona giuridica. Anche questa attività di analisi preliminare

svolta dell'organismo in parola dovrà rispondere al requisito della tracciabilità, al fine di dimostrare sia di aver concretamente svolto le attività di controllo richieste dal Decreto, sia che le proprie conclusioni possono ritenersi obiettive e argomentate nonché avvalorate dal lavoro di analisi svolto[280].

Occorre evidenziare che, se l'OdV deve essere dotato di «autonomi poteri di iniziativa e controllo»[281], i quali sottintendono compiti di monitoraggio e un'effettiva e incisiva libertà di azione nel prevenire possibili violazioni del modello organizzativo, la decisione di svolgere un'attività ispettiva/investigativa *meramente interna* (e limitata, quindi, alla dimensione dell'assetto organizzativo dell'ente e di eventuale recupero dell'adeguatezza del *compliance program*) non necessiti di alcuna previa autorizzazione, ma sia attivabile *motu proprio*.

Ciò non toglie, come è stato previamente rilevato, che tale attività di tipo investigativo decisa autonomamente dall'organismo, e non proiettata *ab origine* in un contesto processuale (non avendo come precipuo e iniziale obiettivo la raccolta di elementi probatori utili alla difesa dell'ente in un'eventuale procedimento instauratosi o da instaurarsi), non possa poi diventare strumentale rispetto alle esigenze processuali che l'ente potrebbe incontrare e, quindi, costituire un valido e prezioso ausilio su cui basare la propria strategia difensiva qualora la società dovesse risultare destinataria di atti formali dell'autorità giudiziaria.

Si deve sottolineare, invero, che un'iniziativa investigativa può nascere ed essere svolta con un obiettivo iniziale di vigilanza, prevenzione e gestione di condotte irregolari e di adeguamento delle procedure interne che abbiano evidenziato lacune ed evolversi, in seguito, sul diverso piano del processo penale, avendo assicurato alla società la raccolta e disponibilità di informazioni e risultati oggettivamente favorevoli

---

[280] In generale, sull'importanza di un'adeguata documentazione delle attività di esecuzione delle verifiche svolte dall'OdV nell'ambito della sua funzione di vigilanza sul funzionamento e l'osservanza del modello organizzativo, v. V. Gennaro, *La documentazione delle attività di pianificazione e di esecuzione delle verifiche da parte dell'Organismo di Vigilanza*, cit., p. 177 e, in particolare, p. 187, dove si evidenzia che, in caso di procedimento a carico dell'ente, «il giudizio penale di *prognosi postuma*, anche con riferimento all'eventualità di omessa o negligente vigilanza da parte dell'Organismo, avviene naturalmente in un periodo successivo al fatto illecito e pure successivo alle verifiche di osservanza del Modello e del suo concreto funzionamento in *quel* periodo temporale svolte dall'organismo di Vigilanza».

[281] Per C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d. lg. n.231/2001)* (parte I), cit., p. 393, «l'autonomia è espressione di effettivi ed incisivi poteri di ispezione e di vigilanza, anche proattivi, potendo l'organo attivarsi, *motu proprio*, per prevenire possibili violazioni».

e dirimenti per le finalità difensive della stessa (si pensi, ad esempio, alla prova dell'elusione fraudolenta di una procedura di attuazione del modello 231 ad opera di un apice)[282].

Nell'ipotesi in cui l'OdV decida si svolgere un'indagine meramente interna, deve essere assicurato da parte dello stesso, sin dall'inizio, un adeguato e tempestivo *reporting* agli organi sociali.

In particolare, in caso di comportamenti o eventi interni alla società che possano comportare potenziali gravi violazioni delle prescrizioni contenute nel modello organizzativo, si deve ritenere che l'OdV dovrà informare tempestivamente il collegio sindacale, previa informativa al presidente del consiglio di amministrazione e all'amministratore delegato.

Logicamente, in caso di commissione di eventuali illeciti rilevanti ai sensi del Decreto, rimangono fermi e impregiudicati l'autonomia, i compiti e le responsabilità dei rispettivi organi sociali e di controllo della società.

Inoltre, come sostenuto da autorevole dottrina[283], la difesa dell'ente è prerogativa del legale rappresentante, «cui solo spetta tanto il diritto di partecipare al procedimento (costituendosi nelle forme previste), quanto quello di nominare il difensore dell'ente, al quale se del caso può affidare lo svolgimento di investigazioni difensive».

L'analisi fin qui svolta ha evidenziato l'importanza e la centralità dell'Organismo di Vigilanza, chiamato ordinariamente a monitorare l'attività dell'ente ai fini dell'efficace attuazione del modello organizzativo, nell'avvio - non appena in possesso di informazioni che permettono di ipotizzare una violazione del *compliance program* o un potenziale addebito di responsabilità all'impresa - di un'indagine meramente interna.

---

[282] Per S. Fortunato, *La prassi di* internal investigation, in Aa.Vv., Internal Investigations. Best practices *e istanze di regolamentazione*, a cura di F. Centonze-S. Giavazzi, Giappichelli, 2021, p. 163, ciò che distingue l'indagine interna dalle ordinarie attività di controllo interno, è l'utilizzo delle sue fonti e risultanze in un contesto giudiziale.

[283] M. Ceresa-Gastaldo, *Procedura penale delle società*, cit., p. 168 s. Secondo l'Autore, l'autonomia dell'OdV non può sfociare nella titolarità dell'iniziativa investigativa funzionale alla ricerca di elementi di prova a favore della difesa dell'ente nel processo penale instauratosi o da instaurare. Di fronte ad un'anomalia, l'Organismo di Vigilanza «dovrà segnalare la criticità all'organo dirigente e individuare gli eventuali correttivi necessari all'assetto organizzativo, nonché, se del caso, proporre l'attivazione di procedimenti disciplinari o l'adozione di altre misure»; in questo contesto, l'organismo potrà svolgere attività di tipo investigativo ma la loro finalizzazione sarà ben diversa da quella di analoghe attività compiute dalla difesa dell'ente.

Nei prossimi paragrafi ci occuperemo delle modalità di conduzione di un'indagine interna informale da parte dell'Organismo di Vigilanza (con il coinvolgimento nell'espletamento dell'attività operativa di figure e funzioni interne e/o esterne), offrendo spunti di riflessione, oltre che alternative concrete, su come affrontare alcune delle principali criticità e problematiche sollevate dalla materia oggetto di disamina.

Con l'avvertenza, evidenziata dalla dottrina[284], che non è possibile definire un approccio e una metodologia validi sempre e per tutte le *corporate internal investigations* su base spontanea, in quanto ciascuna indagine presenta caratteri distintivi, suscettibili di variazioni anche in corso d'opera, alla luce dei molti fattori e circostanze che entrano in gioco e che incidono sulle sue caratteristiche (si pensi, ad esempio, alla materia (o materie) suscettibili di accertamento, alle caratteristiche e alla complessità dell'organizzazione aziendale, al contesto legale di riferimento[285], ai soggetti coinvolti (se apicali o sottoposti) ecc.).

3. MODALITÀ DI INVESTIGAZIONE MERAMENTE INTERNA TRA ASSENZA DI NORME E DIFFICOLTÀ OPERATIVE

Nel corso dei precedenti paragrafi è stata operata una ripartizione tipologica delle *corporate internal investigations* in base alla diversa finalità perseguita e si è avuto modo di comprendere che, nel caso di un'indagine meramente interna, il ruolo di iniziativa e di supervisione dovrebbe essere assunto dall'Organismo di Vigilanza.

Nell'espletamento delle indagini meramente interne, «l'OdV è investito di una vera e propria funzione inquirente»[286] avente l'obiettivo di indagare – oltre che prevenire – il comportamento potenzialmente scorretto, adottato da uno dei vertici o

[284] S. Fortunato-C. Di Nocco, Corporate Governance – *Le fasi e i processi operativi di un'indagine interna o* «internal investigation», cit., p. 234.
[285] Si pensi alle distinzioni, ad esempio, tra impresa privata, impresa sottoposta a direzione unitaria, impresa in settori regolamentati (media, energia, comunicazioni, sanitario) impresa a controllo pubblico. Sottolinea che ciascuna indagine interna presenta caratteristiche differenti, S. Fortunato, *La prassi di* internal investigation, in Aa.Vv., Internal Investigations. Best practices *e istanze di regolamentazione*, cit., p. 165.
[286] C. Fatta, *L'OdV nel procedimento penale*, in Aa.Vv., *L'organismo di vigilanza nel sistema 231*, cit., p. 232. Riguardo all'attività investigativa dell'OdV si veda, M. Calleri, *Spunti penalistici per l'indagine e l'accertamento avanti l'Organismo di Vigilanza*, cit., p. 73.

da un dipendente dell'ente vigilato, in violazione del modello 231, indipendentemente dal fatto che lo stesso renda astrattamente configurabile la commissione di un illecito penale rilevante ai sensi del Decreto.

Abbiamo visto che il presupposto di avvio di qualsiasi attività di indagine meramente interna è costituito dalla ricezione o rilevazione da parte dell'OdV (attraverso, ad esempio, i flussi informativi, i canali di comunicazione interna ed esterna, speciali *audits* indipendenti, monitoraggi dei processi sensibili da parte delle funzioni aziendali, articoli di giornale o inchieste televisive relative all'ente stesso o a suoi fornitori o *partner* commerciali) di una notizia riguardante l'inosservanza e/o infrazione, anche meramente sospetta, del *compliance program*, delle relative procedure aziendali di attuazione o, in generale, del sistema di controllo interno che, a seguito di un *assessment* o istruttoria preliminare da parte dello stesso organismo, richieda – alla luce di una valutazione di fondatezza delle circostanze fattuali di presunta violazione – di effettuare ulteriori verifiche e approfondimenti.

La prassi in materia ci insegna che, nell'espletamento delle attività investigative, l'OdV potrà avvalersi delle funzioni *internal audit*, *compliance*[287] e legale, nonché di altre funzioni aziendali deputate, anche a livello di gruppo, al controllo di rischi specifici (*i.e. risk management*, antiriciclaggio, sicurezza sul lavoro, ambiente ecc.)[288] e, in generale, di risorse *in-house* o di uno o più esperti o periti esterni alla società per gli aspetti che richiedono particolari competenze specialistiche di natura scientifica o tecnica.

In particolare, la configurazione dell'*investigation team* dovrà essere funzionale alla specifica materia oggetto di indagine e, pertanto, per quanto concerne l'individuazione dei soggetti coinvolti nella procedura investigativa interna vi è la possibilità di adottare soluzioni eterogenee.

---

[287] V. A. R. Carnà, *L'Organismo di Vigilanza* ex *D.Lgs. 231/2001. L'attività di vigilanza e le investigazioni interne*, in Aa.Vv., Internal Investigations. Best practices *e istanze di regolamentazione*, cit., p. 126, il quale sottolinea che l'OdV, nell'espletamento delle proprie attività, dovrà riferirsi ad entrambe le funzioni *compliance* e *internal audit* in quanto attori qualificanti e protagonisti del sistema di controllo interno.

[288] Vedi V. Sarto, *Indicazioni, suggerimenti e riflessioni sulle verifiche previste dal d.lgs. 231/2001, effettuate dall'OdV, sull'applicazione del modello organizzativo*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3/2017, in particolare p. 353.

La prima cosa che l'Organismo di Vigilanza dovrà fare, una volta che abbia deciso di attivare un'indagine meramente interna, è definire, a livello operativo di dettaglio, quanto segue:

(i) il perimetro degli accertamenti e delle verifiche, ponendo particolare attenzione all'ambito soggettivo (quali individui potrebbero essere coinvolti e in che modo? Vi sono soggetti danneggiati che potrebbero intraprendere azioni nei confronti della società?);

(ii) le normative che disciplinano la materia oggetto dei fatti segnalati o rilevati e le possibili implicazioni, anche in termini di obblighi informativi o di segnalazione nei confronti di enti regolatori o di vigilanza, di sanzioni applicabili alla società e di impatto economico della violazione;

(iii) il periodo temporale di riferimento dell'investigazione;

(iv) le *policy* e le procedure aziendali che possono essere state violate;

(v) le fonti documentali e informatiche che sarà necessario acquisire e analizzare ecc.[289]

Tuttavia, come già accennato, le fasi operative di un'investigazione interna informale (soprattutto in un momento antecedente all'attivazione del procedimento disciplinare) scontano sia l'assenza di una specifica trattazione normativa e di fonti giurisprudenziali che forniscano in maniera organica indicazioni, anche generali, in merito alle modalità di svolgimento delle stesse, sia la mancanza - a differenza dell'esperienza nordamericana - di sviluppate e consolidate *best practices*.

Il legislatore non ha fornito, quindi, alcuna indicazione o appiglio sulle modalità concrete mediante le quali l'organismo *de quo* dovrebbe condurre le necessarie operazioni di investigazione lasciando allo stesso un elevato grado di autonomia nella gestione delle attività[290].

---

[289] Cfr. S. Fortunato, *La prassi di* internal investigation, in Aa.Vv., Internal Investigations. Best practices *e istanze di regolamentazione*, cit., p. 167 s.; A. Musella-O. Formenti, *I modelli di organizzazione e l'OdV*, in Aa.Vv., *Responsabilità amministrativa degli enti (D. lgs. 231/01)*, cit., p.111.

[290] V. A. R. Carnà, *L'Organismo di Vigilanza* ex *D.Lgs. 231/2001. L'attività di vigilanza e le investigazioni interne*, in Aa.Vv., Internal Investigations. Best practices *e istanze di regolamentazione*, cit., p. 131. Per l'Autore in assenza di indicazioni normative può essere utile fare riferimento (come indicato nel documento AODV[231], *Le verifiche dell'OdV, programmazione e svolgimento*, Edizione 1.0, 6 dicembre 2016, p. 4 s.) «ai principali *framework* in materia di controllo interno, gestione dei rischi e *compliance*, nonché gli standard rilevanti in materia di gestione dei rischi, *compliance* e *auditing*», tra

Nondimeno, questa autonomia in una materia così complessa e, per sua natura, interdisciplinare, si scontra con i limiti posti dalle norme giuslavoristiche, dalla normativa in materia di *privacy*, dal diritto civile, penale e processuale penale.

A ben vedere, come sottolineato dalla dottrina, la disciplina delle *internal investigations*, in assenza di espressa regolamentazione, «si ricava per sottrazione», alla luce dei vincoli posti dalle varie discipline giuridiche coinvolte[291].

Tutto ciò solleva molte criticità e domande, tanto più ove si osservi che anche le indagini puramente interne potrebbero assumere per l'ente un ruolo determinante nella costruzione della propria difesa in un eventuale processo a suo carico, qualora uno dei reati che determina l'insorgenza della responsabilità *ex crimine* fosse commesso.

Le prassi incerte ostacolano una piena valorizzazione di questo imprescindibile strumento volto alla verifica e al controllo dell'effettiva tenuta del modello 231, all'individuazione di eventuali carenze organizzative, all'accertamento dei presupposti per l'attivazione del sistema disciplinare nonché all'eventuale costruzione della prova a discarico dell'ente che possa essere utilizzata come difesa in un eventuale giudizio.

Il contesto deformalizzato in cui vengono acquisiti dall'OdV (e dalle funzioni aziendali coinvolte) i contributi investigativi solleva, invero, numerose questioni teoriche e applicative.

In particolare, tra le varie problematiche afferenti alla fase di gestione operativa di un'indagine meramente interna, si annoverano, a titolo esemplificativo, l'assenza di una (pur non completa) copertura privilegiata delle informazioni raccolte dall'OdV, le difficoltà di assicurare la necessaria riservatezza degli accertamenti e di garantire (a) la corretta gestione dei dati sensibili in conformità alle normativa in materia di *privacy* e (b) il rispetto delle leggi sulla protezione dei lavoratori, l'incertezza sulle metodologie con le quali devono essere condotte (in una fase precedente all'attivazione del procedimento disciplinare) le audizioni e i colloqui con l'eventuale

---

cui rientrano, a titolo esemplificativo, *Internal Control Integrated Framework* ("CoSO Framework"), *Enterprise Risk Management Framework* ("CoSO ERM Framework"), Standard ISO 19600:2014, in materia di definizione e analisi dei sistemi di compliance, *International Professional Practice Framework* (IPPF), e in particolare gli Standard Internazionali per la pratica professionale dell'*Internal Auditing*, ecc.

[291] F. Centonze-S. Giavazzi, *Le indagini interne: un inventario delle questioni attuali*, in Aa.Vv., Internal Investigations. Best practices *e istanze di regolamentazione*, a cura di F. Centonze-S. Giavazzi, Giappichelli, 2021, p. XX e p. XXVI.

segnalante o con le persone coinvolte nella condotta irregolare o illecita o con i testimoni per ottenere riscontri o informazioni (in tale ambito ci si domanda con quali modalità si potrebbe evitare di mettere a rischio l'integrità del privilegio contro l'autoincriminazione), le criticità – sul piano pratico e di indebita ingerenza nella sfera individuale del lavoratore - dell'analisi e dell'archiviazione di dati, contratti, documenti e registri aziendali (per la mole massiva della documentazione da verificare, per i limiti nell'ottenere e analizzare la posta elettronica e per la natura eterogenea delle informazioni (in formato elettronico, digitale, cartaceo ecc.).

Tanto chiarito, attese la complessità della materia, le lacune normative, le diverse soluzioni adottabili alla luce delle prassi (anche internazionali) in materia e la difficoltà di ricondurre le stesse entro categorie definite, l'individuazione - nell'ambito della presente trattazione - di vere e proprie linee guida per la conduzione da parte dell'OdV di indagini meramente interne appare di difficile attuazione e richiederebbe una trattazione di ampiezza incompatibile con le dimensioni del presente lavoro.

Si cercherà, tuttavia, nei successivi paragrafi di offrire una risposta ai comprensibili dubbi applicativi riguardanti alcune delle principali attività compiute dall'*investigation team*[292], nel tentativo di raggiungere un delicato equilibrio tra i diversi interessi coinvolti da un'indagine interna, peraltro in un contesto tecnologico in rapida evoluzione.

Cercheremo, quindi, di fornire una rappresentazione concreta delle più raccomandabili prassi[293] afferenti (i) all'apprensione e analisi della documentazione cartacea e informatica presente negli archivi della società e della posta elettronica

[292] Per una compiuta disamina delle varie fasi di una *internal investigation* nella prassi, v. S. Fortunato, *La prassi di* internal investigation, in Aa.Vv., Internal Investigations. Best practices *e istanze di regolamentazione*, cit., p. 165 ss.

[293] Al riguardo, delle specifiche linee guida in materia potranno essere in futuro sviluppate dall'Organizzazione Internazionale per la normazione (ISO). Infatti, il Comitato ISO/TC 309 "*Governance Organizations*" ha allo studio un nuovo standard in materia di indagini interne: la ISO 37008 "*Internal Investigations of Organizations - Guidance*". Come riportato su *www.aodv231.it*, «la norma ha natura tecnica e si propone di disciplinare l'ambito delle investigazioni interne tramite un utilizzo più efficiente delle relative risorse umane, finanziarie e di altro tipo. La ISO 37008 invita le aziende ad adottare specifiche *policy* e procedure per implementare e condurre le indagini così da incrementare la capacità ed i risultati investigativi. Lo standard fornisce inoltre indicazioni per identificare le cause di eventuali problematiche interne, per stabilire le modalità di indagine e per individuare le relative azioni correttive. Sarà applicabile a tutte le organizzazioni nei settori pubblico, privato e del volontariato».

aziendale e (ii) alle interviste e audizioni dei dipendenti, poiché coinvolti nelle presunte condotte irregolari o illecite o quali semplici persone informate dei fatti.

3.1. L'ANALISI DOCUMENTALE E L'ESAME DEGLI ARCHIVI AZIENDALI. UN *FOCUS* SULLA POSTA ELETTRONICA

Nella generalità dei casi, il piano di espletamento di una valida indagine interna prevede, *in primis*, l'acquisizione dei documenti custoditi negli archivi e nella posta elettronica aziendali, fonte di un coacervo di dati e informazioni che potrebbero essere rivelatori della veridicità e fondatezza dei fatti segnalati o delle sospette condotte irregolari o illecite rilevate e, comunque, utili al fine di veicolare lo svolgimento dell'*internal investigation*.

La ricerca, l'analisi e la successiva catalogazione dei documenti (spesso di natura commerciale, amministrativa e contabile), che potrebbero essere dirimenti per l'esatta ricostruzione dei fatti e rappresentare possibili fonti di prova in un'eventuale processo a carico dell'ente, non incontrano particolari ostacoli in tutti i casi in cui l'OdV (o i componenti del gruppo investigativo) abbia libero accesso ai luoghi, fisici o informatici, in cui essi siano stati conservati. Al riguardo, occorre evidenziare che, quasi sempre, di tale documentazione è unicamente possibile l'estrazione in formato digitale (si pensi, a mero titolo esemplificativo, alle cartelle di rete aziendale contenenti procedure e protocolli operativi, contratti relativi a specifici progetti, documentazione relativa a clienti, fornitori, partecipazione a gare di appalto; alle caselle di posta elettronica (compresi anche gli elenchi dei contatti e gli *item* di calendario) e ai *data base* estratti dal sistema contabile, quali anagrafiche clienti/fornitori/dipendenti, schede contabili)[294]. Invero, con lo sviluppo tecnologico e la digitalizzazione sono quasi del tutto scomparsi, soprattutto nelle società di media e grande dimensione, gli archivi fisici dove gli enti custodivano la documentazione cartacea di particolare rilevanza o che, per legge, deve essere custodita per un periodo di tempo.

[294] S. Fortunato, op. ult. cit., p. 184; S. Fortunato-C. Di Nocco, Corporate Governance – *Le fasi e i processi operativi di un'indagine interna o* «internal investigation», cit., p. 243.

Ove la documentazione da reperire sia archiviata all'esterno degli uffici aziendali e nella disponibilità di soggetti terzi, l'ente non potrà che richiederne la consegna in via meramente informale, non potendosi ricorrere, trattandosi di indagini meramente interne, alla funzione difensiva attivabile nelle forme previste, ad esempio, dall'art. 391-*quater* c.p.p. per quanto attiene alla richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione.

In linea di principio, il datore di lavoro ha ampio accesso a tutta la documentazione custodita dai dipendenti della società (lettere, documenti, corrispondenza) costituenti la memoria storica delle attività connesse alla prestazione lavorativa. Ciò significa che, su esplicita richiesta, e previa informativa concernente le modalità di trattamento dei dati, la stessa dovrà essere consegnata all'OdV[295].

Tuttavia, preme sottolineare che chi conduce le indagini interne, per quanto informali e atipiche, è vincolato al rispetto di talune normative vigenti, quali quella sulla protezione dei lavoratori (l. 300/1970, di seguito, "Statuto dei Lavoratori"[296]) e

[295] Così E. M. Mancuso, *Le investigazioni interne nel procedimento penale: sussidiarietà regolatoria e nuovi scenari cooperativi*, in Aa.Vv., Internal Investigations. Best practices *e istanze di regolamentazione*, cit., p. 250.

[296] Tra le norme dello Statuto dei Lavoratori, rivestono particolare rilievo nell'ambito delle attività di indagine interna: (i) l'art. 4 (Impianti audiovisivi e altri strumenti di controllo), in quanto la maggior parte dei controlli a distanza dell'attività dei lavoratori viene effettuata avvalendosi di apparecchiature (si pensi ai controlli sulla navigazione in rete, sui contenuti del PC o della casella di posta elettronica); (ii) l'art. 8 (Divieto di indagini sulle opinioni), poiché l'attività di investigazione interna potrebbe consentire di acquisire una molteplicità di informazioni che esulano dal circoscritto ambito dei fatti rilevanti ai fini del controllo di potenziali condotte irregolari o illecite. Non è questa la sede per illustrare in maniera compiuta il disposto dell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori nella formulazione scaturita dall'esito della riforma del c.d. *Jobs Act* ma, per quanto rileva ai fini della nostra analisi, occorre sottolineare che tra le finalità legittime per espletare il controllo a distanza da parte del datore di lavoro è stata inserita, a determinate condizioni, la tutela del patrimonio aziendale. In generale sull'argomento, v. documento AODV[231] "*Il Whistleblowing*", (elaborato da A. De Nicola-I. Rotunno con il coordinamento del Comitato Centro Studi dell'associazione), 18 luglio 2019, p. 71, in https://www.aodv231.it/images/pdf/3333-10-PP%20Il%20Whistleblowing_18%2007%202019.pdf, dove si evidenzia, con riferimento all'art. 8 dello Statuto dei Lavoratori, che «la possibilità che l'indagine sia considerata illecita appare remota, poiché occorrerebbe dimostrare la dolosità della condotta del datore di lavoro nell'acquisire informazioni non pertinenti sul lavoratore; circostanza, questa, che non sembra sussistere nell'eventualità che l'azienda venga in possesso di simili notizie in modo fortuito o "preterintenzionale", nel tentativo di contrastare la realizzazione di illeciti». A favore della possibilità di indagini effettuate per condotte potenzialmente rilevanti ai fini del Decreto si deve citare quel filone giurisprudenziale dei cc.dd. controlli difensivi (o "occulti"), secondo cui i controlli diretti ad accertare, anche ad opera di personale estraneo all'organizzazione aziendale, condotte illecite del lavoratore (diverse, quindi, dal mero inadempimento della prestazione lavorativa) – e per tale motivo "difensivi" – devono ritenersi fuori dall'ambito di applicazione delle norme poste a tutela della riservatezza del lavoratore medesimo (ferma restando la necessaria adozione di alcuni *caveat*, tra i quali: il controllo difensivo non deve prevedere indagini generalizzate e pervasive; deve essere il meno intrusivo possibile, cioè esercitarsi solo entro il limite in cui non sia possibile fare altrimenti; soddisfare

sui dati personali (d.lgs. 196/03 e s.m.i. (c.d. Codice *Privacy*), Reg. UE 27 aprile 2016, n. 679 (c.d. GDPR)) [297]che pongono importanti argini all'incisività delle attività investigative.

Invero, dall'analisi di entrambe le discipline sopra citate emerge che i membri dell'OdV (e gli altri soggetti partecipanti al *team* investigativo), nello svolgimento delle attività di indagine, devono garantire il rispetto dei diritti dei lavoratori, della loro *privacy* (e quindi assicurare il corretto e lecito trattamento dei loro dati personali, in particolare di quelli cd. "sensibili"), evitando che l'acquisizione di informazioni utili alla ricostruzione di comportamenti, fatti o eventi anomali e/o illeciti possa sfociare in usi impropri o vietati dei dati[298] o si traduca in tipologie di controlli che non possono essere effettuate da parte dei datori di lavoro.

Anche per tale motivo, nell'ambito del processo investigativo oggetto di analisi, occorre essere particolarmente cauti nell'evitare una sovrapproduzione di dati e documenti, innescata anche dalla capacità di portata dei dispositivi elettronici, che non siano pertinenti o rilevanti con i fatti oggetto di controllo.

In particolare, la ricerca e l'acquisizione dei documenti utili ai fini dell'indagine interna su potenziali violazioni della *compliance* aziendale può divenire particolarmente delicata e sollevare talune problematiche laddove si svolga su dispositivi informatici o digitali in uso ai dipendenti (si pensi, a titolo di esempio, PC

---

il principio di trasparenza e rispettare le garanzie di libertà e dignità dei dipendenti). V., *ex multis*, Cass. civ., Sez. lav., 2 maggio 2017, n. 10636, in *Ced Cass.*, Rv. 644091; Cass. civ., Sez. lav., 27 maggio 2015, n. 10955, in *Ced. Cass*., Rv. 635531. In dottrina, M. Marazza, *I controlli a distanza del lavoratore di natura difensiva*, in Aa.Vv., *Controlli a distanza e tutela dei lavoratori*, a cura di P. Tullini, Giappichelli, 2017, p. 27; V. Pinto, *I controlli "difensivi" del datore di lavoro sulle attività informatiche e telematiche del lavoratore*, *ivi*, p. 139; A. Levi, *Il controllo difensivo a distanza e l'inoperatività dell'art. 4 dello Statuto* (commento a Cass. civ., Sez. lav., 10 novembre 2017, n. 26682), in *Lav. nella giur.*, 2018, 5, p. 471; V. Ferrante, *Controllo sull'adempimento della prestazione lavorativa e rispetto della privacy dei lavoratori*, in Aa.Vv., Internal Investigations. Best practices *e istanze di regolamentazione*, a cura di F. Centonze-S. Giavazzi, Giappichelli, 2021, p. 215; A. Jannone, *231 e difesa post delictum: tecniche, metodi e* framework *legale di* case management, cit., p. 57 ss., C. Vaciago, *Indagini difensive dell'Ente e prove digitali: brevi cenni ai principi generali di* digital forensics, in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2011, in particolare p. 33 s.

[297] V. R. Lattanzi, *Dallo Statuto dei lavoratori alla disciplina di protezione dei dati personali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, p. 151, secondo cui lo Statuto dei lavoratori e la normativa in materia di *privacy* costituiscono «sistemi normativi separati e paralleli eppure sovrapponibili perché volti a regolare i medesimi comportamenti del datore di lavoro».

[298] Per un approfondimento sul tema del rispetto della *privacy*, si veda G. Dezzani-L. Dell'Agnola, *La prevenzione dei reati informatici nel rispetto dei diritti del lavoratore*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2009, p. 133; P. Ghini, *OdV: obbligo di riservatezza e di tutela dei dati personali, segreto aziendale/professionale*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2011, p. 249 ss.

(portatile o fisso), tablet, *smartphone*)[299] e non vi sia da parte degli stessi una diligente e periodica selezione e segregazione dei *file* personali da quelli relativi all'espletamento delle mansioni lavorative[300]. Al riguardo, tutto quello che attiene alla parte relativa alla vita privata e familiare non può in alcun modo essere sottoposto a revisione o controllo, pena la violazione della disciplina in materia di protezione dei dati personali che può esporre il responsabile del trattamento dei dati e la stessa società a severe sanzioni[301].

Appare evidente la difficoltà pratica di operare una distinzione tra ciò che è formalmente rapportabile al rapporto di lavoro (e dunque scrutinabile e visionabile) e ciò che, di contro, abbia natura strettamente personale.

Pertanto, soprattutto l'analisi dei contenuti e-mail o dei sistemi di messagistica aziendale incontra non poche difficoltà: distinguere il contenuto di posta elettronica relativo all'espletazione delle mansioni lavorative da quello concernente la vita privata e personale è un'operazione talvolta ardua.

A ben vedere, peraltro, preme sottolineare che in quasi tutte le procedure e regolamenti aziendali sull'utilizzo delle dotazioni di informatica assegnate al personale per motivi di servizio è espressamente previsto che le stesse sono beni di proprietà esclusiva della società e sono da intendersi come strumenti necessari per lo svolgimento dell'attività lavorativa, con la conseguenza che devono essere utilizzati per motivi strettamente lavorativi. Quasi sempre è esplicitamente vietato il loro utilizzo per conservare materiali attinenti alla sfera personale o familiare (informazioni, dati personali o file) e tale chiara esplicitazione dovrebbe evitare, o comunque contenere, un'aspettativa del lavoratore di confidenzialità rispetto ad alcune forme di comunicazione.

---

[299] V. S. Mainardi, *Codici etici nella prevenzione dei reati di lavoratori e collaboratori, modello organizzativo e sistema disciplinare*, cit. p. 108 ss.

[300] Altresì rilevante nel processo di reperimento di dati ed evidenze che possano supportare la ricostruzione dei fatti oggetto di indagine è la possibilità di apprendere informazioni anche attraverso la *social network and web analysis*. Si tratta di una tipologia di attività di investigazione che coinvolge il delicato tema dei controlli a distanza sui lavoratori e che, pertanto, solleva criticità concernenti la materia giuslavoristica.

[301] S. Fortunato-C. Di Nocco, Corporate Governance – *Le fasi e i processi operativi di un'indagine interna o* «internal investigation», cit., p. 243, dove si sottolinea che il «dipendente i cui dati sono stati trattati non correttamente potrebbe intraprendere un'azione legale di natura civile nei confronti della società e richiedere un risarcimento danni».

Inoltre, con particolare riferimento all'utilizzo dei servizi interni di posta elettronica e navigazione internet, sono sovente fornite dalle società, in appositi regolamenti aziendali, norme comportamentali per la loro gestione che consentono al dipendente l'uso della casella di posta elettronica aziendale e la connessione a internet soltanto per scopi afferenti allo svolgimento della prestazione lavorativa, permettendo in via residuale e per brevi periodi un uso per finalità personali (con l'avvertenza che tale utilizzo dovrebbe comunque avere carattere eccezionale)[302]. Di più, è ormai prassi per le società prevedere nei regolamenti sopra citati l'espressa avvertenza ai dipendenti che, nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali degli utenti e dei principi di pertinenza, gradualità e non eccedenza, l'impresa può effettuare - per il tramite delle funzioni aziendali preposte - verifiche di comportamenti potenzialmente illeciti, in quanto non conformi alle normative anche aziendali vigenti o, comunque, idonei a pregiudicare la sicurezza del sistema o del patrimonio aziendale. Pertanto, la società potrebbe, nell'ambito di un'indagine interna su potenziali irregolarità o infrazioni del modello 231, consultare e utilizzare i dati prodotti dai lavoratori mediante l'impiego di internet e della posta elettronica attraverso, tra l'altro, verifiche su base individuale, per scoprire elementi utili ai fini della ricostruzione dei fatti oggetto di controllo.

Quanto sopra dovrebbe limitare fortemente, da parte dei dipendenti, l'uso degli strumenti informatici aziendali per motivi personali e rendere meno difficoltosa l'attività di indagine compiuta dall'OdV.

Nella prassi, tuttavia, l'attuazione da parte della società di una serie di misure volte a differenziare da parte dei lavoratori l'utilizzo dei dispositivi informatici per lo svolgimento dell'attività lavorativa vera e propria dall'utilizzo per scopi privati, non ha comportato gli effetti sperati.

La realtà, purtroppo, è ben diversa: sovente, infatti, i dipendenti, nonostante siano informati (e formati), in modo chiaro e senza formule generiche, (i) sull'obbligo

[302] Per quanto attiene all'uso del servizio di accesso a internet è previsto spesso nei regolamenti aziendali in materia che il dipendente, nell'utilizzo della connessione a internet non può, tra l'altro, scambiare e/o diffondere file dati, audio, video, foto o eseguibili non necessari o non compatibili con l'attività lavorativa; registrarsi o fornire le proprie generalità e/o quelle dell'azienda a siti che non siano di consultazione professionale, né partecipare (neppure utilizzando pseudonimi o nickname), per motivi non professionali, a forum, chat line, guest-book, petizioni; diffondere materiale pubblicitario personale; utilizzare software o altri strumenti per la condivisione (ad es. Peer-to-Peer) di file al di fuori di finalità esclusivamente aziendali; scaricare autonomamente software, anche se provvisto di regolare licenza d'uso ("freeware" o "shareware"), a meno delle deroghe previste; utilizzare la connessione internet aziendale per effettuare attività lavorative extra aziendali.

di usare gli strumenti dati in dotazione unicamente per finalità connesse allo svolgimento della prestazione lavorativa e (ii) sulla possibilità per il datore di lavoro di effettuare verifiche (nonché sui presupposti, effetti e conseguenze di tale attività di accertamento), nella pratica - per superficialità o per colpevole inosservanza delle istruzioni impartite internamente - utilizzano in maniera impropria (*i.e.* per motivi spesso personali) le dotazioni informatiche. Inoltre, nella quasi totalità dei casi non viene mai effettuata una segregazione tra file relativi alla mansioni svolte all'interno dell'organizzazione aziendale e file riguardanti la vita privata.

Al fine di evitare di incappare nella violazione di normative vigenti, la dottrina suggerisce che il *team* investigativo – alla luce delle informazioni a disposizione della società – definisca, per l'individuazione ed estrazione di utili dati elettronici contenuti nei PC, come le email, una lista di criteri di ricerca basati su parole chiave (c.d. *keywords*)[303] o stringhe di testo che possono includere luoghi, indirizzi, nominativi di persone, documenti, conti correnti bancari ecc., i quali, tuttavia, non dovranno essere troppo generici al fine di evitare un volume di documenti eccessivo e non pertinente agli obiettivi dell'*internal investigation*[304].

Inoltre, nella scelta delle *keywords* – che permetteranno di identificare più velocemente e agevolmente le informazioni e i documenti più rilevanti alla luce del tema oggetto di accertamento - occorrerà considerare, altresì, gli acronimi o le espressioni gergali utilizzate nell'organizzazione aziendale (ad esempio, CEO per indicare l'amministratore delegato oppure RDO per "richiesta d'ordine"). Il controllo potrebbe, altresì, essere limitato a comunicazioni intercorse tra soggetti determinati.

Inoltre, in considerazione della grande quantità di dati estraibili dai dispositivi aziendali in uso ai dipendenti e della necessità di tutelare la sfera privata della persona anche nel contesto lavorativo, questa attività di ricerca dovrebbe tener conto dell'arco temporale oggetto di indagine, della natura, delle finalità e del perimetro di

[303] Ampiamente in materia v. S. Fortunato, *La prassi di* internal investigation, in Aa.Vv., Internal Investigations. Best practices *e istanze di regolamentazione*, cit., p. 185 s.. Per l'Autore la scelta delle *keyword* deve rispondere a consolidati indirizzi, tra i quali, non contenere termini vaghi o generici (fattura, conto, trasferimento) o estranei alla materia di indagine (come, ad esempio, quelli attinenti alla sfera personale degli individui); non trascurare acronimi e contemplare criteri di ricerca combinati, del tipo "AND" or "NEAR" o più complessi.

[304] S. Fortunato-C. Di Nocco, op. ult. cit., p. 243 e 244. Per gli Autori una giusta strategia potrebbe essere quella di «combinare più termini con funzioni specifiche, algoritmi di ricerche complesse e/o strumenti di c.d. *content analysis*».

investigazione che dovrà riguardare esclusivamente informazioni e dati utili e rilevanti rispetto all'interesse specifico del controllo. Una buona pratica da attuare è che i controlli sui dispositivi elettronici e di risorse informatiche in uso ai dipendenti «vengano effettuati con modalità tese a minimizzare l'accesso e la visione dei dati che non risultino in alcun modo coerenti o pertinenti con le finalità dell'*investigation*»[305].

Come evidenziato altresì da autorevole dottrina, «la fluidità di circolazione del biglietto elettronico, la "scorporabilità" del contenuto rappresentativo rispetto al supporto elettronico originario che lo ha generato e, quindi, la precarietà e la modificabilità delle e-mail rendono realisticamente facile l'alterazione – anche inavvertitamente – della genuinità della fonte di prova, richiedendo di conseguenza l'adozione di precauzioni tecniche e modalità di raccolta idonee a garantire l'autenticità e l'integrità del dato attraverso la documentazione della "catena di custodia"» [306].

In tale prospettiva, può essere utile ricorrere alle regole e ai protocolli operativi della «*computer forensics*» o, come definita in ambito aziendale, «*corporate forensics*»[307], che «"congelano" l'immagine del supporto informatico e ne permettono la consultazione in maniera sicura, impedendo la modifica della fonte»[308] e

[305] A. Colella, *Il trattamento dei dati personali nelle attività di* internal investigation, in Aa.Vv., Internal Investigations. Best practices *e istanze di regolamentazione*, a cura di F. Centonze-S. Giavazzi, Giappichelli, 2021, p. 264 e in particolare 284 s. L'Autore evidenzia che dovrebbe essere considerata dal *team* investigativo, laddove ciò sia possibile alla luce delle circostanze fattuali e sussistano dubbi sulla ricorrenza dei presupposti per agire a prescindere dal consenso dell'interessato, la possibilità di ottenere dal dipendente l'espresso consenso allo svolgimento delle attività di indagine interna che possono comportare il trattamento dei dati personali. Con l'avvertenza che il consenso rilasciato è valido nella misura in cui possa dirsi liberamente prestato e sia stato accompagnato da un'attenta e completa illustrazione delle finalità e modalità del trattamento. Inoltre, «alcune attività, ove possibile, andrebbero svolte in contraddittorio con lo stesso dipendente o alla presenza di suoi delegati al fine, ad esempio, di "stralciare" preventivamente dai dispositivi dati personali non rilevanti ai fini dell'*investigation*».

[306] Così E. M. Mancuso, *Le investigazioni interne nel procedimento a carico dell'ente*, in Aa.Vv., *Compliance - Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 1937.

[307] In materia, v. G. Ziccardi, *Scienze forensi e tecnologie informatiche: la* computer and network forensics, in *Inf. dir.*, XXXII annata, Vol. XV, 2006, n. 2, p. 108 s. Per l'Autore «la *computer forensics* in ambito aziendale altro non è che una simulazione di attività che potrebbero essere finalizzate alla produzione della prova in giudizio effettuata, però, in ambito interno aziendale, seguendo, eventualmente, identiche metodologie»; sarebbe più corretto, con riferimento all'ambito aziendale, fare riferimento a *forensics* aziendale (o *corporate forensics*). Cfr. C. Vaciago, *Indagini difensive dell'Ente e prove digitali: brevi cenni ai principi generali di* digital forensics, cit., p. 27 e, in particolare, p. 30 ss.

[308] E. M. Mancuso, *Le investigazioni interne nel procedimento penale: sussidiarietà regolatoria e nuovi scenari cooperativi*, in Aa.Vv., Internal Investigations. Best practices *e istanze di regolamentazione*, cit., p. 250. Cfr. A. Jannone, *231 e difesa post delictum: tecniche, metodi e* framework *legale di* case management, cit., p. 44.

garantendo, quindi, la non alterazione della stessa attraverso le tecniche di *digital forensics*.

Per tale motivo, l'OdV dovrà coinvolgere, nelle attività in esame, gli esperti della funzione *information technology* o *security* e, comunque, specialisti aziendali o risorse esterne con conoscenze tecniche necessarie per procedere all'acquisizione di prove informatiche.

Fondamentale sarà, altresì, il supporto dei responsabili delle funzioni legale, *privacy* (e in particolare il responsabile della protezione dei dati[309], *i.e. Data Protection Officer*) e risorse umane per l'analisi delle attività esperibili e, quindi, delle norme rilevanti (e dei vincoli imposti) ai fini dell'acquisizione, conservazione, analisi e produzione dei dati digitali rinvenuti nei computer e tablet e dei flussi telematici, anche in una prospettiva di eventuale utilizzabilità nell'ambito di un processo a carico dell'ente.

L'avvio di qualsiasi tipologia di attività di indagine non può, invero, prescindere da una verifica circa l'assetto *privacy* del quale la società/datore di lavoro/titolare del trattamento dati si è dotato.

In aggiunta, per quanto attiene ai dati acquisiti a seguito dell'analisi di dispositivi elettronici e di risorse informatiche, la società dovrà adottare misure e presidi in grado di garantire una circolazione limitata alle finalità dell'indagine interna. Ciò vuol dire che è vietata una veicolazione e trasmissione dei dati e delle risultanze di indagine verso funzioni aziendali o articolazioni societarie che non abbiano alcuna necessità di conoscerli.

Invero, il datore di lavoro, vincolato al rispetto della normativa in materia di tutela della *privacy*, è chiamato ad attuare regole e procedure che garantiscano che tutti i dati ottenuti siano trattati nel rispetto dei principi di liceità, correttezza e trasparenza. La raccolta dei dati potrà avvenire, in conformità alla normativa di settore applicabile, soltanto per determinate e legittime finalità e potranno essere trattati soltanto dati pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità che giustificano il trattamento e monitoraggio. L'attività di controllo da parte della squadra investigativa deve essere condotta nella maniera meno invasiva possibile. I dati dovranno essere

[309] È il soggetto che nelle società ha tra i propri compiti, oltre a quello di «sorvegliare l'osservanza» del regolamento UE 27 aprile 2016, n. 679, anche quello di «informare e fornire consulenza al titolare […] in merito agli obblighi derivanti dal regolamento» (art. 39 regolamento UE 679/2017).

conservati per un tempo non superiore al conseguimento delle finalità per le quali sono raccolti o successivamente trattati e dovranno essere trattati in maniera tale da garantirne la sicurezza e riservatezza[310]. Tali principi non possono essere oggetto di deroga anche nell'ipotesi in cui il trattamento avvenga nell'ambito di indagini meramente interne su potenziali condotte illecite.

3.1.1. *SEGUE*: BREVI CENNI SUL LEGITTIMO INTERESSE DELL'ENTE AL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI DEI DIPENDENTI IN ASSENZA DI CONSENSO. UN'INEDITA PROSPETTIVA DI GIUSTIFICAZIONE

Lo svolgimento di una *internal investigation* comporta inevitabilmente il trattamento di dati personali dei lavoratori che, a vario titolo, ne sono sottoposti.

Al riguardo, come osservato dalla dottrina, molti di questi dati sono generati sia volontariamente sia involontariamente dai dipendenti nel corso di svolgimento della propria prestazione lavorativa[311] e nello sviluppo delle proprie relazioni personali.

Si tratta di dati che, come in precedenza esaminato, risultano spesso utili alla ricostruzione fattuale operata dall'OdV e dagli altri partecipanti al *team* di indagine e che vengono trattati nell'ambito dell'attività di ricerca di elementi di prova effettuata, in particolare, mediante l'analisi della posta elettronica, della messagistica aziendale, della navigazione su internet e, in generale, degli strumenti informatici utilizzati dai lavoratori.

Pur non potendo in questa sede ripercorrere per intero e nel dettaglio le implicazioni che lo svolgimento dell'*investigation* interna può comportare in tema di

[310] A. Colella, *Il trattamento dei dati personali nelle attività di* internal investigation, in Aa.Vv., Internal Investigations. Best practices *e istanze di regolamentazione*, cit., in particolare 271.

[311] A. Colella, op. ult. cit., p. 271. Per l'Autore dati generati volontariamente «possono essere quelli contenuti in comunicazioni dallo stesso inviate ovvero salvati in *file* presenti su dispositivi aziendali dati in uso», mentre dati generati involontariamente sono quelli «registrati con modalità automatiche, come può avvenire per i dati di accesso alla rete aziendale o alla posta elettronica (c.d. *file di log*) o per i dati relativi al posizionamento nello spazio rinvenibili dalla strumentazione GPS installata su veicoli aziendali».

rispetto della normativa in materia di protezione dei dati personali[312], vale la pena svolgere qualche sintetica considerazione riguardante il problema, di non facile soluzione, afferente all'individuazione della base giuridica del trattamento, ossia del presupposto di liceità che legittima il titolare a trattare i dati dell'interessato senza il suo consenso.

Si tratta di un aspetto fondamentale, ove si consideri che i dati raccolti in violazione della disciplina di settore non potranno, tra l'altro, essere utilizzati in ambito processuale.

In assenza di un espresso consenso da parte dei soggetti i cui dati potrebbero essere raccolti e trattati nell'ambito di una *internal investigation*, la liceità del trattamento può basarsi, ai sensi dell'art. 6, comma 1, del GDPR, sostanzialmente sulle seguenti alternative: (i) adempimento di un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento; (ii) esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento, ovvero (iii) perseguimento di un legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali.

Le prime due basi giuridiche sono principalmente rilevanti in ambito pubblico, ove si osservi che, fino ad oggi (ma per poco, come vedremo), nel settore privato, non sussistendo alcun obbligo specifico di istituire sistemi di *whistleblowing*[313], non potrebbe trovare applicazione il sopracitato punto (i). Pertanto, la società che decidesse di avviare un'indagine meramente interna a seguito del ricevimento di una segnalazione ritenuta non infondata non potrebbe avvalersi, per il trattamento dei dati personali dei lavoratori che non abbiano prestato il loro consenso, della base giuridica consistente nell'adempimento di un obbligo legale.

Tuttavia, la situazione cambierà presto stante il prossimo recepimento in Italia della Direttiva UE 2019/1937, "riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione", che renderà obbligatorio per le società del settore

[312] Per un'ampia trattazione della materia v. A. Colella, op. ult. cit., p. 272 ss. Per avere una visione completa del panorama delle disposizioni disciplinanti la materia, occorre non limitarsi alla normativa primaria ma considerare anche i contributi del Garante privacy e degli altri garanti europei.

[313] Come noto, la legge n. 179/2017 ha introdotto, tra l'altro, la possibilità di istituire sistemi di segnalazione di illeciti in ambito privato, modificando il d.lgs. 231/2001. La loro attuazione è infatti prevista come requisito di idoneità del modello organizzativo.

privato che abbiano più di 50 dipendenti, indipendentemente dal possesso del modello organizzativo, la messa in atto di sistemi di segnalazione. Al di fuori di tale ipotesi, resterebbe comunque il problema del presupposto di liceità che legittima il trattamento dei dati dell'interessato nel caso di investigazione interna atipica attivata su potenziali condotte irregolari o illecite che non siano state oggetto di segnalazioni ma che siano state in altro modo rilevate.

Continuando nella disamina della materia oggetto di indagine, si deve ritenere che l'interesse della società di limitare la propria responsabilità amministrativa 231 parrebbe costituire un "interesse legittimo" del titolare del trattamento (sopracitato punto (iii)).

Al riguardo, occorre evidenziare che l'ente potrebbe decidere di avviare delle indagini meramente interne non solo in ipotesi, ad esempio, di condotte delittuose rilevanti ai sensi del Decreto ma, altresì, per casi in cui si configurano comportamenti, situazioni, eventi che potrebbero essere prodromici, ovvero costituire un ambiente favorevole all'eventuale commissione di un possibile resto presupposto e, in generale, in presenza di fatti per i quali non si pone *ab origine* la necessità di far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria.

In queste ultime circostanze, secondo la dottrina, potrebbe risultare più che dubbia la sussistenza del suddetto legittimo interesse, in quanto il trattamento dei dati personali raccolti, ad esempio, a seguito di accesso ai contenuti dei messaggi della posta elettronica, il cui controllo è fortemente impattante sulle libertà fondamentali del dipendente, «dovrebbe riguardare unicamente quelle situazioni particolarmente gravi in cui sono in gioco interessi primari, come nel caso dell'esercizio del diritto di difesa in relazione a potenziali implicazioni penali, ad esempio, ai sensi della normativa sulla responsabilità amministrativa degli enti di cui al d.lgs. 231/2001, ovvero nel caso in cui l'ente possa essere civilmente responsabile o sia stato vittima di un'attività criminale»[314].

A tal proposito, l'art. 24, comma 1, lett. f) del Codice *Privacy*, statuisce espressamente la possibilità di non richiedere il consenso quando il trattamento «[…] è necessario ai fini dello svolgimento delle investigazioni difensive di cui alla legge 7 dicembre 2000, n. 397, o, comunque, per far valere o difendere un diritto in sede

[314] A. Colella, op. ult. cit., p. 286.

giudiziaria, sempre che i dati siano trattati esclusivamente per tali finalità e per il periodo strettamente necessario al loro perseguimento, nel rispetto della vigente normativa in materia di segreto aziendale e industriale». Resterebbero fuori, quindi, le indagini interne atipiche.

A parere di chi scrive, invece, è la stessa *ratio* del sistema 231 che richiede agli enti di *prevenire*, per quanto possibile, la *commissione di reati presupposto* all'interno del tessuto organizzativo aziendale (pena l'applicazione di pesanti sanzioni pecuniarie e interdittive), a fondare un diritto (e, quindi, un interesse) della società al trattamento dei dati personali. Ebbene, tale legittimo interesse sarebbe comparabile a quello contrapposto del lavoratore a non subire trattamenti invasivi ed eccedenti.

D'altra parte, se la prevenzione (di una responsabilità amministrativa dell'ente) passa inevitabilmente anche attraverso la *scoperta* e la *sanzione* di condotte prodromiche o funzionali al compimento di un reato rilevante ai sensi del Decreto[315], si deve ritenere che un'effettiva capacità di *enforcement* del *compliance program*, necessaria per accedere a esimenti o trattamenti sanzionatori premianti, presupponga il compimento da parte della società di indagini interne finalizzate all'accertamento di potenziali violazioni del modello organizzativo e all'attivazione del sistema disciplinare nonché al rafforzamento dei presidi cautelari di prevenzione[316].

Pertanto, la possibilità per l'ente di trattare dati dei dipendenti, senza il loro consenso, sarebbe strettamente ed indissolubilmente connessa all'assolvimento di

[315] V. S. Fortunato, *La prassi di* internal investigation, in Aa.Vv., Internal Investigations. Best practices *e istanze di regolamentazione*, cit., p. 164, nota 8, il quale sottolinea che, a differenza di quanto previsto dal legislatore italiano che ha assegnato espressamente ai modelli 231 una funzione (solo) preventiva, «i *Compliance and Ethics Program* secondo la giurisprudenza consolidata statunitense, cui si sarebbe ispirato il legislatore italiano, hanno lo scopo di prevenire, scoprire e denunciare fatti di rilevanza penale ("*Preventing, detecting and reporting criminal conduct*")». V. M. Calleri, *Spunti penalistici per l'indagine e l'accertamento avanti l'Organismo di Vigilanza*, cit., p. 83. Per F. Centonze-S. Giavazzi, *Le indagini interne: un inventario delle questioni attuali*, in Aa.Vv., Internal Investigations. Best practices *e istanze di regolamentazione*, cit., p. XXI, «L'apprendimento organizzativo per il tramite di indagini interne è […] una condizione essenziale per affinare le strategie precauzionali». In materia, F. Centonze, *Responsabilità da reato degli enti e* agency problems. *I limiti del d.lgs.vo n. 231/2001 e le prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 945 ss.

[316] V. P. Ghini-L. Fruscione, *Controllo del personale tra esigenze di tutela dell'azienda e di «tenuta», effettività ed efficacia delle regole interne*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3/2013, p. 315. Gli Autori evidenziano che, anche in ragione dei controlli che una società può subire, la stessa «non solo può ma deve, in realtà, eseguire delle proprie verifiche che, in linea di massima, sono ammesse e lecite se dirette al legittimo scopo di: prevenire e proteggere azienda/informazioni; accertare eventuali condotte illecite».

quanto richiesto dalla dimensione prevenzionistica della disciplina 231 e, in tale ambito, dall'adozione ed efficace attuazione di un idoneo sistema disciplinare.

Sotto questo profilo, appare evidente il ruolo che potrebbe svolgere il sistema disciplinare, quale elemento strutturale indefettibile del modello organizzativo, come causa di giustificazione speciale del trattamento di dati personali nell'ambito delle attività di indagine dell'OdV e di altre funzioni aziendali su condotte in violazione delle procedure e dei protocolli aziendali[317].

L'attuazione del *compliance program* (e, quindi, dell'apparato disciplinare 231) coinvolge tutti i dipendenti (apicali e sottoposti), che sono tenuti al rispetto e all'osservanza delle prescrizioni ivi previste: i destinatari del modello 231 sono edotti e informati sulle modalità di svolgimento del procedimento disciplinare (attivabile su impulso dell'OdV), sulle condotte sanzionabili e sulle misure adottabili dalla società.

In altri termini, non parrebbe manifestamente infondato ritenere che gli stessi abbiano esplicitamente (nel caso di espressa accettazione del modello organizzativo) o implicitamente acconsentito alla possibilità che vengano condotte investigazioni interne volte ad approfondire inosservanze e/o violazioni del modello organizzativo e ad accertare le responsabilità connesse**.**

Inoltre, se l'efficace attuazione del modello organizzativo richiede, ai sensi del Decreto, la predisposizione e attuazione di un adeguato sistema disciplinare, è proprio la necessità per la società di venire a conoscenza e sanzionare il mancato rispetto dei principi, delle misure e regole comportamentali indicate nel modello stesso che dovrebbe comportare l'applicazione di una causa di giustificazione, laddove si osservi, come più volte evidenziato, che le indagini interne rappresentano l'elemento principale e, forse, più delicato, dal quale dipende il successo dello strumento sanzionatorio *de quo*, soprattutto in chiave special preventiva.

Al fine di salvaguardare gli interessi contrapposti di entrambe le parti sarà sempre fondamentale per la società operare secondo un giudizio di proporzionalità e, quindi, mediante l'adozione di controlli graduati in relazione alla rilevanza e gravità dei fatti oggetto di indagine che abbiano rilievo penale o meramente disciplinare.

---

[317] V. S. Mainardi, *Codici etici nella prevenzione dei reati di lavoratori e collaboratori, modello organizzativo e sistema disciplinare*, cit. p. 116 s., il quale osserva che «la dimensione prevenzionistica nella quale si collocano le prescrizioni in materia disciplinare del Decreto 231 sembra ampliare in modo assai significativo la gamma di interessi cui il sistema disciplinare d'azienda risulta funzionale».

Last but non least, nel tentativo di ricostruire la legittimità dell'operato dell'OdV che tratti dati personali in assenza di consenso, si deve altresì ritenere che il diritto di difesa dell'ente non dovrebbe limitarsi, come evidenziato dalla giurisprudenza di legittimità, «alla pura e semplice sede processuale, estendendosi a tutte quelle attività dirette ad acquisire prove in essa utilizzabili, ancor prima che la controversia sia stata formalmente instaurata […]. Non a caso nel codice di procedura penale il diritto di difesa costituzionalmente garantito dall'art. 24 Cost. sussiste anche in capo a chi non abbia ancora assunto la qualità di parte in un procedimento: basti pensare al diritto alle investigazioni difensive *ex* art. 391 *bis* c.p.p. e ss., alcune delle quali possono esercitarsi addirittura prima dell'eventuale instaurazione d'un procedimento penale (cfr. art. 391 *nonies* c.p.p.)»[318].

Concludendo queste brevi riflessioni, sono ormai maturi i tempi perché il legislatore ponga rimedio alle difficoltà interpretative che sorgono in merito all'estensione del regime scriminante afferente al trattamento dei dati personali in assenza di consenso anche a soggetti quali l'OdV e le funzioni aziendali partecipanti ad un'indagine meramente interna, le cui attività non rientrano nel concetto di difesa in senso tecnico, prevedendo espressamente – alla luce della disciplina contenuta nel Decreto – il potere dell'ente, nel contesto di una *internal investigation* informale, di agire all'interno delle cause di giustificazione contemplate dalla normativa in materia di *privacy*.

[318] Cass. civ., Sez. lav., 29 dicembre 2014, n. 27424, in *Riv. giur. lav.*, 2015, n. 2, p. 266. Il caso di specie concerneva la registrazione fonografica, in maniera occulta, effettuata da un dipendente durante il colloquio tenutosi d'innanzi ai propri superiori nei quali gli veniva contestato un presunto illecito disciplinare. La Suprema Corte, nel confermare la piena legittimità dello strumento in quanto rientrante nel *genus* delle riproduzioni meccaniche ai sensi dell'art. 2712 c.c., andava a corroborarne l'ammissibilità in quanto la condotta, essendo «finalizzata all'acquisizione di una prova a discolpa» e quindi integrante l'esercizio del diritto di difesa, risulta giustificata in base al disposto dell'art. 51 c.p. alla luce di quanto esposto in sentenza non vi sarebbero motivi per escludere quanto valevole per il dipendente anche al datore di lavoro e, quindi, agli organi e funzioni da questi delegati, qualora vi sia la necessità di procedere ad attività di indagine per verificare la veridicità e fondatezza di segnalazioni che abbiano rilievo penale o disciplinare.

3.2. ALCUNE CONSIDERAZIONI OPERATIVE SULLO SVOLGIMENTO DELL'INTERVISTA DEL DIPENDENTE TRA ESIGENZE DI GARANZIA E DI EFFICACIA

La verifica documentale non esaurisce l'attività conoscitiva volta a raccogliere informazioni ed evidenze utili all'indagine interna: un altro *step* fondamentale dell'*internal investigation* è rappresentato dalle interviste dei soggetti apicali o sottoposti che possano essere coinvolti nelle presunte condotte irregolari o illecite oppure essere a conoscenza di elementi utili alla ricostruzione fattuale operata.

Invero, i risultati raccolti tramite le attività oggetto di analisi nei precedenti paragrafi sono, di solito, sottoposti a successiva verifica e discussione tramite specifiche interviste finalizzate ad un confronto con i dipendenti[319].

Si tratta di un'attività necessariamente consequenziale alla verifica documentale in quanto, all'inizio dell'*internal investigation*, l'OdV e gli altri partecipanti all'indagine non dispongono delle informazioni e dei dati necessari per interloquire in modo efficace con i soggetti da intervistare, valutando le loro risposte, cogliendo i punti interessanti e individuando eventuali situazioni "deboli", e non hanno ancora una comprensione dei passaggi e dei risvolti chiave dei fatti oggetto di controllo[320].

Inoltre, l'analisi di quanto emerso e ricavato dall'indagine documentale potrebbe determinare una diversa individuazione della tipologia di apporto dichiarativo che può essere di interesse per la società e, quindi, delle domande che dovranno essere formulate e dei dipendenti da intervistare (poiché, ad esempio, l'ambito di indagine è stato circoscritto o ampliato ad altre aree aziendali).

Secondo la dottrina, le interviste sono una modalità di indagine che permette al *team* investigativo di ottenere in modo tempestivo ed efficiente: (a) chiarimenti sulle risultanze dell'analisi documentale svolta e una serie di informazioni afferenti alla società, ai soggetti interni (ed eventualmente esterni coinvolti nelle attività oggetto di indagine) e ai processi aziendali rilevanti per l'investigazione; (b) i nominativi di

[319] In materia, v. E. M. Mancuso, *Le investigazioni interne nel procedimento penale: sussidiarietà regolatoria e nuovi scenari cooperativi*, in Aa.Vv., Internal Investigations. Best practices *e istanze di regolamentazione*, cit., p. 250 s.
[320] S. Fortunato-C. Di Nocco, Corporate Governance – *Le fasi e i processi operativi di un'indagine interna o* «internal investigation», cit., p. 245.

ulteriori dipendenti da intervistare e l'indicazione di documenti, procedure, protocolli e altre normative aziendali di cui è necessario prendere visione; (c) «evidenze c.d. di *walk-through* (vale a dire, ottenere la spiegazione dei collegamenti tra i vari documenti che testimoniano lo svolgimento di una transazione in conformità ad una procedura che regolamenta un processo aziendale)»[321]; (d) conferme o smentite su alcuni aspetti e risultati della precedente attività svolta dall'OdV; (e) eventuali nuovi elementi sui quali indagare.

In assenza di specifiche indicazioni legislative, la materia solleva numerose problematiche che attengono, da un lato, ai limiti e alle modalità di conduzione delle interviste e, dall'altro, all'eventuale utilizzabilità dei verbali e degli appunti a scopi difensivi nell'ambito di successiva apertura di un procedimento a carico dell'ente per uno dei reati rilevanti ai sensi del Decreto.

Al riguardo, è opportuno sottolineare che l'intervista svolta nel contesto di un'indagine meramente interna dovrebbe anticipare la distinta audizione che può accompagnare l'inizio di un procedimento disciplinare, quando l'OdV ha già raccolto elementi fattuali che consentono di ritenere probabile che il soggetto abbia posto in essere un'inosservanza o una violazione delle prescrizioni del modello 231. Ciò significa che il colloquio con il dipendente si svolgerà in un contesto totalmente deformalizzato e, nella maggior parte dei casi, sarà finalizzato a discutere il risultato della precedente verifica documentale e a condividere eventuali informazioni utili a verificare l'ipotesi investigativa.

In altri termini, l'intervista «prescinde, almeno in un primo momento, dal futuro *status* che il potenziale destinatario della sanzione disciplinare potrà eventualmente assumere»[322]. Per tale motivo, è bene evitare che l'intervista si orienti in direzione di: (a) contestazioni di eventuali irregolarità o violazioni delle procedurali aziendali; (b) addebito, anche velato, di eventuali responsabilità; (c) contestazioni della veridicità delle dichiarazioni rese e fondatezza delle informazioni fornite (ferma restando la possibilità di chiedere eventuali chiarimenti o precisazioni); (d) contraddittorio sulle posizioni e gli orientamenti espressi. Prima della data fissata per

[321] S. Fortunato, *La prassi di* internal investigation, in Aa.Vv., Internal Investigations. Best practices *e istanze di regolamentazione*, cit., p. 187.
[322] V. D'Acquarone-R. Roscini-Vitali, *L'investigazione interna nel procedimento a carico dell'ente: alcuni spunti per l'integrazione del modello di organizzazione e gestione*, cit., in particolare p. 325.

l'incontro, il partecipante al *team* di intervista che convocherà il dipendente dovrebbe, ove ciò sia praticabile, informare lo stesso dei temi che saranno trattati durante l'intervista e, eventualmente, indicare i documenti pertinenti di cui si discuterà.

Sul piano operativo, per poter procedere a un'efficace pianificazione delle interviste sarà necessario stilare preventivamente un piano dei colloqui, dopo un'accurata disamina degli elementi informativi a disposizione, e:

a) definire i diversi ruoli che, nello svolgimento dei colloqui, assumeranno alcuni dei partecipanti alla squadra investigativa (ad esempio, chi dovrà condurre l'intervista ponendo le domande, chi sarà responsabile di prendere note dettagliate su quanto verrà detto ecc.);

b) prevedere una pianificazione delle interviste «secondo un criterio logico "*bottom-up*" […]: -prima le interviste al personale con ruolo operativo (tipicamente, riporti di secondo e di terzo livello) in grado di fornire i dettagli e di descrivere le modalità effettive dell'operatività, secondo l'ordine temporale di svolgimento delle operazioni aziendali, in base alla segmentazione del processo/i aziendali», - e solo successivamente le interviste ai soggetti in «posizioni funzionali e gerarchiche con ruolo direzionale (tipicamente riporti di primo livello)»[323]. In tale ambito occorrerà, da un lato, reperire ed analizzare quante più informazioni sono disponibili sul soggetto da intervistare (ad esempio, posizione nell'organigramma, *job description*, *curriculum vitae*, "storia" in azienda) e, dall'altro, approfondire le evidenze documentali disponibili relative alle attività gestite dal dipendente intervistato e pertinenti all'ambito di indagine, al fine di ottenere i necessari chiarimenti o conforme;

c) preparare una lista di domande puntuali (aperte o chiuse), che siano anche modulabili in base alle risposte fornite dal soggetto intervistato[324]. Al riguardo, occorre evitare domande che possano permettere «risposte consistenti in pareri, salvo che questi non siano basati su elementi di conoscenza specifici»[325].

---

[323] S. Fortunato, *La prassi di* internal investigation, in Aa.Vv., Internal Investigations. Best practices *e istanze di regolamentazione*, cit., p. 188 s.

[324] S. Fortunato, op. ult. cit., p. 188, nota 40. L'Autore suggerisce che la strutturazione preventiva del verbale di intervista sia sottoposto preventivamente ai legali interni della società al fine di verificare la conformità, la rilevanza e la necessità delle domande previste. V. A. Jannone, *231 e difesa post delictum: tecniche, metodi e* framework *legale di* case management, cit., p. 50. Per l'Autore è necessario partire dal generale, ossia da domande che consentano di stabilire un dialogo con l'intervistato, per poi focalizzarsi su aspetti particolari. In altri termini, occorre procedere «per cerchi concentrici rispetto al target finale».

[325] A. Jannone, op. ult. cit., p. 50.

In linea generale, l'intervista potrebbe svolgersi mediante: (i) colloquio informale non documentato oppure (ii) assunzione di informazioni formalizzate in un verbale da sottoporre a volontaria conferma scritta (o sottoscrizione) dell'intervistato, che come noto sono le forme attraverso cui si acquisiscono le dichiarazioni nell'ambito delle investigazioni difensive previste dal codice di rito.

In considerazione del fatto che il colloquio con il dipendente, quale strumento investigativo in grado di trasformare fonti dichiarative in elementi che, a determinate condizioni e in un futuro ed eventuale processo a carico dell'ente, potrebbero assumere una valenza probatoria, si deve ritenere preferibile la seconda modalità.

Per quanto attiene alla composizione del *team* di intervista si suggerisce che lo stesso sia composto da almeno due persone, di cui un componente dell'OdV con competenze giuridiche e una risorsa interna con particolari competenze dialogiche ed esperienza nel condurre interviste.

L'eventuale registrazione del colloquio potrebbe avvenire soltanto con l'espresso consenso di tutti i partecipanti. Inoltre, in linea teorica, l'audizione dei soggetti da intervistare potrebbe essere condotta anche attraverso piattaforme digitali per video o tramite *conference call*.

Tuttavia, tali modalità potrebbero rivelarsi, rispetto all'incontro di persona, meno efficaci (si pensi, ad esempio, alla possibilità che il collegamento video salti, alle problematiche legate ad una sovrapposizione di voci o a problemi audio, interferenze ecc.) e non garantire l'assoluta riservatezza.

Rilevante sarebbe poi anche il fattore psicologico dell'intervistato: in una *conference call*, ad esempio, l'impossibilità di vedere chi parla e di avere l'assoluta certezza che non ci siano altre persone in ascolto "nascosto" potrebbe avere un impatto negativo sulla predisposizione a cooperare del dipendente, il quale potrebbe temere che la società proceda a una registrazione occulta dell'intervista o avvertire le domande in modo intimidatorio. Infine, ed è forse il dato più rilevante, l'intervista a mezzo di una telefonata renderebbe impossibile l'adempimento di alcune formalità preliminari all'avvio del colloquio che, come vedremo nel successivo paragrafo, devono ritenersi necessarie (ad esempio, non vi è alcuna possibilità di identificare con certezza l'interlocutore).

L'intervista, per le modalità di svolgimento, non può essere mai unidirezionale e, pertanto, l'intervistato può apprendere molto da chi conduce il colloquio formulando le domande, anche dal vocabolario utilizzato e dall'approccio dell'intervistatore. Di conseguenza, occorre porre particolare attenzione al modo in cui si dialoga con l'intervistato ed occorre gestire il colloquio in modo serio e professionale, competente, fattuale. A tutela della riservatezza delle indagini ma anche della serenità di svolgimento dell'intervista, il colloquio non deve essere mai condotto in modo inquisitorio e non devono essere utilizzati termini che possano essere avvertiti come pregiudizievoli.

3.2.1. REGOLE DELLE INDAGINI DIFENSIVE E INTERVISTA INFORMALE: QUALE RAPPORTO?

La mancanza di una disposizione normativa *ad hoc* in materia di intervista e assunzione di informazioni dai lavoratori coinvolti, a diverso titolo, nell'investigazione meramente interna, potrebbe rendere necessario o, quantomeno, opportuno, il ricorso ad alcuni principi dettati dal codice di rito in materia di colloquio, ricezione di dichiarazioni e assunzione di informazioni da parte del difensore *ex* art. 391-*bis* c.p.p.

Qualche ulteriore suggerimento metodologico potrebbe essere altresì ottenuto dalle "Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive"[326].

Invero, per quanto le indagini interne informali costituiscano un'iniziativa privata liberamente intrapresa dall'ente, è comunque evidente che le stesse sono dotate di un certo grado di coercizione nei confronti dei dipendenti (soprattutto ove si tratti di soggetti occupanti le ultime posizioni dell'organigramma aziendale)[327], i quali, se non opportunamente edotti su una serie di aspetti, potrebbero subire, come

[326] Testo approvato il 14 luglio 2001 dal Consiglio delle Camere Penali con le modifiche approvate il 19 gennaio 2007, in https://www.camerepenali.it/public/file/Documenti/REGOLE%20DI%20COMPORTAMENTO%20DEL%20PENALISTA.pdf

[327] Così F. Nicolicchia, Corporate internal investigation *e diritti dell'imputato da reati presupposto nell'ambito della responsabilità «penale» degli enti: alcuni rilievi sulla base della «lezione americana»*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, (3-4), p. 790.

approfondiremo nel successivo paragrafo 4.2. del presente Capitolo, potenziali pregiudizi ai propri diritti a seguito del contributo fornito.

In linea generale, occorre evidenziare che, alla luce dei generali doveri di diligenza, osservanza e fedeltà verso il proprio datore di lavoro espressi negli artt. 2104 e 2105 c.c., il dipendente intervistato è tenuto a rispondere alle domande che gli sono poste relative alla sfera lavorativa o, comunque, connesse allo svolgimento delle proprie mansioni e a riferire di ogni condotta illecita o, comunque, inosservante del modello 231 e delle relative procedure e *policy* di attuazione[328] tenute da altri soggetti interni all'azienda di cui abbia conoscenza. Pertanto, la violazione di questo obbligo di cooperazione e, quindi, l'ingiustificato rifiuto a rispondere, potrebbe avere una rilevanza disciplinare.

Fatta questa precisazione – coerentemente con le premesse poste in apertura di trattazione del presente paragrafo – interessa qui soffermarsi su alcuni eventuali limiti investigativi, indirettamente desumibili dal codice di rito, che l'ente dovrebbe adottare - sebbene non sussista un obbligo giuridico - nella conduzione delle interviste con i dipendenti in ipotesi di indagine interna svolta in assenza di una copertura codicistica.

La norma che occorre prendere a riferimento è l'art. 391-*bis* c.p.p., concernente il colloquio investigativo condotto dal difensore al fine di acquisire le informazioni utili alla difesa del proprio cliente.

Innanzitutto, si deve ritenere che, in nessun caso, l'intervistato è obbligato a rispondere alle domande che potrebbero potenzialmente compromettere o mettere a rischio l'integrità del privilegio contro l'autoincriminazione, «riconosciuto nel nostro ordinamento quale corollario intangibile del diritto di difesa e della connessa presunzione d'innocenza, rilevante ai sensi degli artt. 6 Cedu e 27, comma 2, Cost.»[329].

Al riguardo, l'art. 391-*bis*, comma 9, c.p.p., statuisce che il difensore è tenuto a «interrompe[re] l'assunzione di informazioni da parte della persona non imputata ovvero della persona non sottoposta ad indagini, qualora essa renda dichiarazioni dalle

[328] V. D'Acquarone-R. Roscini-Vitali, *L'investigazione interna nel procedimento a carico dell'ente: alcuni spunti per l'integrazione del modello di organizzazione e gestione*, cit., in particolare p. 326, dove si osserva che l'obbligo di comunicare le possibili infrazioni del modello organizzativo «si rafforza nel caso siano intervistati i soggetti in posizione apicale, ai quali i dipendenti sono tenuti a riferire le potenziali infedeltà o violazioni».

[329] Così E. M. Mancuso, *Le investigazioni interne nel procedimento penale: sussidiarietà regolatoria e nuovi scenari cooperativi*, in Aa.Vv., Internal Investigations. Best practices *e istanze di regolamentazione*, cit., p. 251.

quali emergano indizi di reità a suo carico. Le precedenti dichiarazioni non possono essere utilizzate contro la persona che le ha rese».

In quest'ottica, si deve ritenere che, anche nell'ipotesi di *internal investigation* informale, in presenza di dichiarazioni auto-incriminanti da parte dell'intervistato, l'OdV dovrebbe immediatamente sospendere l'intervista senza che quanto verbalizzato possa essere utilizzato.

Come osservato in dottrina, il colloquio finalizzato a raccogliere e condividere informazioni ed elementi utili a far luce sull'ipotesi investigativa «trova un limite invalicabile nella salvaguardia della posizione soggettiva del dipendente, il quale può essere chiamato a riferire della propria condotta soltanto a seguito dell'attivazione di una procedura disciplinare.

Ogni domanda che l'intervistato ponga e che implichi una valutazione del fatto *contra se* può, in effetti, essere interpretata come specifica contestazione dell'illecito in capo al lavoratore, con tutte le conseguenze che ne derivano in termini giuridici»[330].

Al riguardo, occorre evidenziare che al dipendente (soprattutto se sottoposto) potrebbero non essere immediatamente comprensibili le dinamiche e le conseguenze sottese all'attività di indagine interna condotta al di fuori dei canoni di un'indagine difensiva ai sensi del codice di rito. L'intervistato potrebbe, in ragione del dovere di fedeltà nei confronti del proprio datore di lavoro, essere indotto inconsapevolmente a rilasciare dichiarazioni anche di natura autoindiziante[331]. Si tratta di un rischio concreto che sarebbe fondamentale evitare.

A tal fine, sarebbe opportuna, oltre che corretta da un punto di vista deontologico e, altresì, rilevante in chiave di eventuale tutela difensiva della società, l'adozione da parte del *team* di intervista di una serie di cautele e formalità che possono essere desunte dall'art. 391-*bis*, comma 3, c.p.p. La norma in esame è precisa nel disciplinare le diverse modalità di acquisizione di informazioni da parte del difensore, prescrivendo una serie di avvertimenti che, con gli opportuni adattamenti resi necessari dal diverso contesto e scopo dell'intervista, dovranno trovare attuazione anche nel colloquio informale dell'OdV.

---

[330] Così E. M. Mancuso, op. ult. cit., p. 251.

[331] Così F. Nicolicchia, Corporate internal investigation *e diritti dell'imputato da reati presupposto nell'ambito della responsabilità «penale» degli enti: alcuni rilievi sulla base della «lezione americana»*, cit., p. 790.

In particolare, ai sensi del comma 3, dell'articolo *de quo*, il difensore, il sostituto, gli investigatori privati autorizzati o i consulenti tecnici devono avvertire le persone in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa:

- della propria qualità e dello scopo del colloquio (art. 391-*bis*, comma 3, lett. a);
- della facoltà di non rispondere o di non rendere la dichiarazione (art. 391-*bis*, comma 3, lett. d);
- delle responsabilità penali conseguenti alla falsa dichiarazione (art. 391-*bis*, comma 3, lett. f).

Alla luce di quanto disposto dall'art. 391-*bis*, comma 3, lett. a), all'inizio dell'audizione, l'OdV e gli altri partecipante al *team* di intervista dovrebbero indicare le loro generalità, la propria qualifica e/o il ruolo ricoperto e fornire informazioni preliminari sullo scopo dell'*interview*.

Al riguardo, pur non avendo l'intervistatore un obbligo giuridico di riportare, in modo fedele e integrale, le informazioni raccolte (anche per preservare la riservatezza dell'indagine interna societaria), al dipendente dovrebbe essere chiarito, seppure in generale e per quanto possibile, il contesto dell'*internal investigation*. Sarà quindi necessario, per trasparenza, rendere noto alla persona che l'intervista mira ad acquisire notizie e informazioni utili in merito, ad esempio, ad una rilevata violazione del sistema di controllo interno o inosservanza di leggi ecc.

Non meno importante formalità che il *team* di intervista dovrebbe essere tenuto a rispettare scrupolosamente è l'avviso in via preventiva al dipendente della sua facoltà di astenersi dal deporre su circostanze, oggetto dell'espletamento dell'atto di indagine interna, dalle quali possano emergere indizi di reità a suo carico: all'intervistato, prima dell'inizio del colloquio, deve essere chiarito che non può essere obbligato a rispondere alle domande che possono mettere a rischio l'integrità del privilegio contro l'autoincriminazione. Si tratta, logicamente, di una facoltà che può essere esercitata anche in relazione a singole domande o a determinati aspetti dell'intervista.

Di più, utilizzando, *mutatis mutandis*, la previsione di cui al comma 3, lettera f) dell'art. 391-*bis* c.p.p., all'intervistato potrebbe essere chiarito che sia la falsa dichiarazione su fatti ed elementi oggetto di indagine, sia l'ingiustificato rifiuto al *team* di intervista a rispondere a domande relative all'espletamento delle proprie mansioni

lavorative e finalizzate a discutere il risultato della precedente verifica documentale e a far luce sull'ipotesi investigativa, anche in chiave di tutela dell'integrità del patrimonio aziendale, potrà essere valutato dall'azienda sul piano disciplinare[332].

Il quadro muta drasticamente nell'ipotesi in cui la persona in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa e che si intende convocare per l'intervista non sia (o non sia più) legata da un rapporto di lavoro o collaborazione organica con l'ente. Invero, in tale caso, salvo il ricorso alle indagini difensive e alle forme del colloquio disciplinate dal codice di rito agli artt. 391-*bis* e 391-*ter* c.p.p., il contributo di una persona estranea all'organizzazione aziendale potrà essere ottenuto soltanto volontariamente[333].

In considerazione della natura tipicamente riservata di un'indagine meramente interna, si deve ritenere che l'intervistato dovrà essere altresì avvertito del divieto di rivelare a colleghi o terzi le domande formulate dal *team* di intervista e le risposte date e, in generale, qualsiasi informazione relativa all'avvio dell'indagine interna. Un'eventuale violazione di tale obbligo potrà avere rilevanza sotto un profilo di responsabilità disciplinare.

A questo punto, occorre chiedersi se il dipendente abbia diritto a farsi assistere da un difensore nel corso dell'intervista effettuata nell'ambito di un'indagine meramente interna finalizzata all'accertamento di comportamenti inosservanti o in violazione del modello organizzativo [334].

---

[332] E. M. Mancuso, *Le investigazioni interne nel sistema processuale italiano: tra vuoto normativo e prassi applicative incerte*, in Aa.Vv., *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di F. Centonze e M. Mantovani, Il Mulino, 2018, pag. 235.

[333] Così E. M. Mancuso, *Le investigazioni interne nel procedimento penale: sussidiarietà regolatoria e nuovi scenari cooperativi*, in Aa.Vv., Internal Investigations. Best practices *e istanze di regolamentazione*, cit., p. 253.

[334] Come noto, l'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori stabilisce che il datore di lavoro non può adottare alcun provvedimento disciplinare nei confronti del lavoratore senza avergli preventivamente contestato l'addebito e senza averlo sentito a sua difesa. Al riguardo, occorre evidenziare che, nell'ipotesi di audizione a seguito di attivazione della procedura disciplinare, il lavoratore può farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato ma non può pretendere di essere sentito con l'assistenza di un legale (così Cass., Sezione Lavoro, 11 aprile 2017, n. 9305 e, in senso conforme, Cass., 15 marzo 2016, n. 5057). Sul punto, secondo Cass., Sez. Lav., 21 marzo 2018 n. 6994, «nel sistema delineato dall'art. 7, Legge n. 300 del 1970, il diritto del lavoratore di farsi assistere da un rappresentante sindacale esaurisce la tutela di legge, non essendovi in esso alcun riferimento alla difesa c.d. "tecnica" assicurata da un avvocato, che è normalmente prevista solo per il giudizio e che può essere riconosciuta o meno al di fuori di tale ipotesi in base a valutazione discrezionale del datore, né ha alcun rilievo la circostanza che il lavoratore, per gli stessi fatti oggetto dell'iniziativa disciplinare sia chiamato a rispondere nell'ambito di un processo penale considerata la diversità della sfera di interessi, privati e pubblici, su cui incidono i due procedimenti».

Si deve ritenere che, in tale ipotesi, il dipendente non benefici del diritto all'assistenza difensiva e non possa richiedere la presenza di un rappresentante sindacale. Invero, il contributo che verrà richiesto al dipendente sarà relativo soltanto all'esecuzione del rapporto di lavoro.

Al riguardo, occorre evidenziare che persino nella diversa ipotesi di formale contestazione dell'addebito al dipendente, che dà inizio al procedimento disciplinare, è legittima la mancata ammissione da parte della società del difensore incaricato dal dipendente alla trattazione orale del procedimento disciplinare, in quanto in tal caso, in cui non è riscontrabile alcuna lesione di un interesse procedimentale e sostanziale, normativamente rilevante, non si comprime il diritto alla difesa riconosciuto dall'ordinamento al lavoratore incolpato[335].

Il carattere non coercitivo dell'intervista si risolve nel divieto di esercitare indebite pressioni sull'intervistato, al quale dovranno essere date tutte le disposizioni necessarie per realizzare condizioni idonee ad assicurare la genuinità delle dichiarazioni (cfr. art. 12 Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive).

In merito alla tempistica di convocazione, si potrebbe fare riferimento all'art. 391-*bis*, comma 5, c.p.p., a tenore del quale «per conferire, ricevere dichiarazioni o assumere informazioni […] è dato avviso almeno ventiquattro ore prima […]».

Alla stregua di quanto previsto dalla citata norma, il dipendente non dovrebbe essere convocato con un termine inferiore (e, quindi, con una modalità "a sorpresa") e, qualora, l'intervista dovesse avere ad oggetto l'analisi di determinati documenti, si deve ritenere corretto che il *team* di intervista indichi, seppur in maniera molto generale, gli argomenti sui quali si intende interpellare il dipendente convocato e gli atti, contratti, mail, procedure aziendali, normative interne ecc. che saranno eventualmente oggetto di discussione durante l'audizione. In altri termini, una convocazione senza oggetto dovrebbe ritenersi non corretta.

[335] Consiglio di Stato, Sez. VI, 7 novembre 2006, n. 6556.

3.2.2. *SEGUE*: METODOLOGIE DEL CODICE RITO PER LA VERBALIZZAZIONE DELL'INTERVISTA

Sotto connesso ma distinto profilo occorre adesso valutare con quali modalità il *team* di intervista dovrà redigere e verbalizzare le informazioni raccolte durante l'audizione con il dipendente.

In linea generale, sarebbe opportuno che la verbalizzazione avvenisse in un ambito ontologicamente garantito da imparzialità. Pertanto, il verbale dovrebbe essere il più completo e analitico possibile e contenere note dettagliate su quanto emerso durante l'intervista.

In quest'ottica, sarà fondamentale che le domande e le risposte siano verbalizzate in modo fedele e senza omissioni per una più sicura "cristallizzazione" delle informazioni ottenute dal lavoratore: in particolare, le risposte fornite dall'intervistato non dovrebbero, in alcun modo, essere "ritagliate", dando evidenza delle sole circostanze che si ritengano utili all'ipotesi investigativa e/o omettendo o tralasciando quelle di segno contrario, come è oramai pacifico per le investigazioni difensive dopo l'intervento al riguardo delle Sezioni unite[336].

In assenza di espresse indicazioni legislative, l'art. 391-*ter* c.p.p., rubricato "Documentazione delle dichiarazioni e delle informazioni", può offrire, *mutatis mutandis*, un importante set di principi codificati in materia di tecniche di verbalizzazione. In particolare, il primo comma della citata norma specifica che la dichiarazione di cui al comma 2 dell'articolo 391-*bis*[337], sottoscritta dal dichiarante, è autenticata dal difensore […], che redige una relazione nella quale sono riportati:

a) la data in cui ha ricevuto la dichiarazione;

b) le proprie generalità e quelle della persona che ha rilasciato la dichiarazione;

[336] Cass. pen., Sez. un., 27 giugno 2006, n. 32009, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3985, con nota di M. Vessichelli; in *Dir. pen. e proc.*, 3/2007, p. 347, con commento di A. Vallini; *ibidem*, 12/2006, con commento di A. Montagna; in *Corr. mer.*, 12/2006, p. 1461, con nota di P. Piccialli. V. C. Longobardo, *Indagini difensive e difensore come pubblico ufficiale*, in *Dir. pen. cont.*, 25 ottobre 2013.

[337] Art. 391-*bis*, comma 2, c.p.p.: «Il difensore o il sostituto possono inoltre chiedere alle persone di cui al comma 1 una dichiarazione scritta ovvero di rendere informazioni da documentare secondo le modalità previste dall'articolo 391-*ter*».

c) l'attestazione di avere rivolto gli avvertimenti previsti dal comma 3 dell'art. 391-*bis*;

d) i fatti sui quali verte la dichiarazione.

Alla luce delle formalità *de quibus*, il verbale dell'intervista condotta dall'OdV e dal proprio *team* nell'ambito di un'indagine meramente interna, dovrebbe includere[338]:

(a) i nominativi di tutti i presenti, luogo, data e orario di inizio e fine dell'incontro (v. art. 136, comma 1, c.p.p.);

(b) la descrizione delle informazioni preliminari fornite all'intervistato, tra cui contesto dell'*internal investigation*, qualifica/ruolo dell'intervistatore (e degli altri partecipanti al colloquio), scopo dell'intervista;

(c) le modalità di utilizzo delle informazioni fornite dal dipendente;

(d) l'avvertimento che il lavoratore non è obbligato a rispondere alle domande che potrebbero compromettere l'integrità del privilegio contro l'autoincriminazione;

(e) gli altri avvertimenti oggetto di disamina nel precedente paragrafo 3.2.1 (al riguardo, sarebbe opportuno, che tutti gli avvertimenti – compreso l'avvertimento di cui alla precedente lett. d) - fossero analiticamente verbalizzati, non ritenendosi sufficiente che l'intervistatore attesti di averli formulati);

(f) i requisiti di riservatezza e confidenzialità in merito al contenuto dell'intervista;

(g) un resoconto dettagliato e fedele delle domande formulate e delle risposte ottenute (a tal proposito, v. art. 136, comma 2, c.p.p. (*Contenuto del verbale*) e, in generale, delle informazioni raccolte dall'intervistato;

(g) l'elencazione dell'eventuale documentazione di riferimento illustrata durante il colloquio (si pensi, a messaggi e-mail, messagistica, *files*, documenti societari e aziendali ecc.);

(h) qualora previsto, ulteriore documentazione che l'intervistato dovrà presentare in seguito all'intervista.

Il verbale dovrebbe essere sottoscritto da tutti i partecipanti all'intervista (compreso il dipendente) alla fine di ogni pagina. Inoltre, una copia del verbale dovrebbe essere consegnata all'intervistato. Se il dipendente intervistato non volesse

[338] V. S. Fortunato, op. ult. cit., p. 189 s.

sottoscrivere il verbale, dovrebbe esserne fatta menzione con l'indicazione del motivo (una simile regola potrebbe desumersi dall'art. 137 c.p.p. (*Sottoscrizione del verbale*).

In assenza di un'espressa disciplina dell'investigazione meramente interna, si deve ritenere che la scelta della società di incardinare, comunque, le diverse attività svolte in tale ambito nel rispetto di alcune metodologie indicate nel codice di rito (anche al fine di stabilire la provenienza e veridicità delle dichiarazioni acquisite), potrebbe rivelarsi un fattore importante, come vedremo, in chiave di eventuale tutela difensiva della persona giuridica.

4. RELAZIONE TRA INVESTIGAZIONI MERAMENTE INTERNE E PROCEDIMENTO A CARICO DEGLI ENTI NELL'ATTUALE SISTEMA

Dopo aver descritto alcune attività fondamentali di un'investigazione meramente interna finalizzata alla ricerca delle fonti di prova utili all'accertamento della possibile violazione del modello 231 e/o della commissione di un illecito, occorre adesso affrontare un altro tema rilevante afferente all'individuazione, da una prospettiva aziendale, di quali possano essere i benefici, nell'eventualità che si instauri un procedimento penale, che l'ente potrebbe trarre a fronte dello svolgimento di questa attività, anche alla luce dei limiti di utilizzabilità processuale delle risultanze e informazioni raccolte dall'*investigation team*.

Come già visto nei precedenti paragrafi, l'attività investigativa meramente interna riveste, *in primis*, un ruolo fondamentale nella prevenzione di condotte illecite all'interno dell'organizzazione aziendale e consente di individuare, in una prospettiva di continuo miglioramento e rafforzamento del sistema di controllo interno, quali interventi correttivi e/o integrativi occorre apportare alle regole cautelari contemplate nei protocolli o procedure interne, al fine di ridurre il rischio di commissione di reati-presupposto[339].

[339] V. A. Parrella, Internal investigations*: note in tema di benefici interni e limiti esterni*, in Aa.Vv., Internal Investigations. Best practices *e istanze di regolamentazione*, in Aa.Vv., Internal Investigations. Best practices *e istanze di regolamentazione*, a cura di F. Centonze-S. Giavazzi, Giappichelli, 2021, p. 208.

D'altro canto, nel caso in cui si arrivi alla contestazione alla società di un reato-presupposto a seguito di attivazione del pubblico ministero, l'attività investigativa interna preventivamente compiuta potrebbe svolgere, altresì, una finalità esterna o processuale in ottica difensiva.

Prima di addentrarsi nell'analisi in esame, occorre evidenziare che, in assenza di espressi riferimenti legislativi nel testo del Decreto, la ricostruzione della funzione e/o delle funzioni svolte dalla *corporate internal investigation* in sede processuale e, quindi, in chiave di tutela *successiva* dell'ente, non è così agevole e di immediata evidenza.

Invero, il totale vuoto di disciplina *in subiecta materia* ha confinato lo strumento di indagine in esame in una sorta di limbo, lasciando gli operatori d'impresa e la dottrina incerti circa le potenzialità, in un contesto processuale, di un'attività investigativa svolta in seno all'ente senza il cappello delle investigazioni difensive.

Per i fini che qui ci occupano, occorre al riguardo svolgere una preliminare considerazione: qualora dalle risultanze dell'indagine interna risultasse la commissione, da parte di un apicale o sottoposto, di un reato presupposto nell'interesse o a vantaggio della società, l'eventuale scelta di quest'ultima di procedere con condotte proattive tese a una collaborazione su base volontaria con la pubblica accusa (ciò che in ordinamenti anglofoni si definisce con il cosiddetto *self reporting*), si scontra inevitabilmente con «l'assenza di uno statuto normativo che definisca un salvacondotto per l'ente collaborativo»[340].

Invero, merita sottolinearlo, stante la mancanza nell'ordinamento italiano di una espressa procedura di cooperazione volontaria dell'impresa con la magistratura, l'eventuale denuncia da parte dell'ente della condotta illecita commessa nel tessuto organizzativo aziendale, permetterebbe al p.m. di acquisire una *notitia criminis* a lui prima sconosciuta, con annesso avvio dell'attività d'indagine, che potrebbe - atteso il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale sancito dall'art. 112 della nostra Costituzione applicabile anche alla normativa della responsabilità da reato degli enti - determinare il coinvolgimento della società denunciante nel procedimento penale e, ciò che più preoccupa, l'adozione di iniziative cautelari interdittive o reali.

[340] Così E. M. Mancuso, *Le investigazioni interne nel procedimento penale: sussidiarietà regolatoria e nuovi scenari cooperativi*, in Aa.Vv., Internal Investigations. Best practices *e istanze di regolamentazione*, cit., p. 260.

Ma non solo. Come evidenziato dalla dottrina, la notizia dell'instaurazione di un procedimento giudiziario nei confronti della società può trovare una particolare risonanza mediatica che rischia di provocare all'ente, in aggiunta a una grave turbativa nello svolgimento delle ordinarie attività aziendali[341], rilevantissimi danni alla sua reputazione e ulteriori pregiudizi di carattere extraprocessuale (a prescindere, naturalmente, dagli esiti del procedimento e, quindi, anche nel caso di successiva non conferma dell'addebito)[342].

Da questo angolo visuale, appaiono *ictu oculi* evidenti i potenziali esiti infausti che la *volontary disclosure* all'autorità giudiziaria potrebbe comportare per l'ente[343].

Al di fuori della specifica ipotesi di denuncia volontaria, occorre ora verificare il regime di utilizzabilità probatoria delle risultanze emerse a seguito dell'attività di indagine meramente interna in caso di successiva instaurazione di un procedimento penale a carico della società.

Innanzitutto, la documentazione, le informazioni e, in generale, ogni elemento raccolto in occasione di un'attività di *internal investigation* indipendente su base spontanea e, quindi, non indirizzata *ab origine* a una diretta utilizzazione nel contesto processuale, potrà essere introdotto nel procedimento penale nei confronti dell'ente «al pari di ogni altra prova documentale ai sensi dell'art. 234 c.p.p.[344] (a titolo di esempio, il *memorandum* riepilogativo e le singole *e-mail* acquisite), liberamente apprezzabile dal giudice»[345].

---

[341] Così M. Mantovani, *Il d.lgs. n. 231/2001 e gli incentivi alla persona giuridica: il punto di vista dell'impresa*, in Aa.Vv., *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di F. Centonze-M. Mantovani, Il Mulino, 2016, p. 130.

[342] F. Centonze-M. Mantovani, *Dieci proposte per una riforma del D.Lgs. n. 231/2001*, in Aa.Vv., , *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di F. Centonze e M. Mantovani, Il Mulino, 2018, p. 288; E. M. Mancuso, *Le investigazioni interne nel procedimento penale: sussidiarietà regolatoria e nuovi scenari cooperativi*, *ibidem*, p. 233. L'Autore evidenzia che l'assenza di una procedura su base collaborativa costituisce «in linea di principio un disincentivo al coinvolgimento delle pubbliche autorità».

[343] Al riguardo, si rimanda all'analisi compiuta al paragrafo 6.4. del successivo Capitolo III.

[344] Art. 234 c.p.p. (Prova documentale): 1. È consentita l'acquisizione di scritti o di altri documenti che rappresentano fatti, persone o cose mediante la fotografia, la cinematografia, la fonografia o qualsiasi altro mezzo. 2. Quando l'originale di un documento del quale occorre far uso è per qualsiasi causa distrutto, smarrito o sottratto e non è possibile recuperarlo, può esserne acquisita copia. 3. È vietata l'acquisizione di documenti che contengono informazioni sulle voci correnti nel pubblico intorno ai fatti di cui si tratta nel processo o sulla moralità in generale delle parti, dei testimoni, dei consulenti tecnici e dei periti.

[345] E. M. Mancuso, *Le investigazioni interne nel procedimento a carico dell'ente*, in Aa.Vv., *Compliance - Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 1942.

Sarà il difensore dell'ente a poter beneficiare degli atti e delle risultanze dell'indagine interna svolta, così da selezionare gli elementi ritenuti utili e rilevanti alla difesa del proprio assistito.

Una questione dibattuta in materia di prova documentale, che occorre esaminare brevemente, concerne l'ammissibilità del c.d. "documento dichiarativo", ossia di quel documento in cui il fatto rappresentato è una dichiarazione di scienza[346] (si pensi, ad esempio, ai verbali delle interviste o agli appunti presi durante la conduzione delle stesse). Secondo un orientamento il citato documento non è utilizzabile in toto: in particolare, sarebbe utilizzabile soltanto per la parte rappresentativa dell'evento storico, ma non nel suo contenuto testimoniale[347]. In senso contrario, altra parte della dottrina[348] e della giurisprudenza[349] ne fondano la piena utilizzabilità sul rilievo che non esistono norme che pongano esplicitamente un limite generale al pieno valore probatorio dei documenti contenenti dichiarazioni scritte. Né, tantomeno, è possibile ricavare implicitamente un simile divieto probatorio dal principio di oralità[350], asserendo la necessità di sottoporre a limiti desumibili dal medesimo sistema la prova documentale. Anzi, un riconoscimento implicito del c.d. documento dichiarativo sarebbe ricavabile dall'art. 240 c.p.p., ai sensi del quale si vieta l'utilizzabilità dei soli scritti anonimi [351].

---

[346] Cass. pen., Sez. III, 24 gennaio 2017, n. 3397.

[347] E. M. Mancuso, op. ult. cit., p. 1942. S. Campanella, *Profili problematici in tema di documenti dichiarativi*, in *Ind. Pen.*, 2008, p. 162. In generale, sono stati dalla dottrina individuati limiti all'introduzione di documenti dichiarativi attraverso il ricorso al generico principio di oralità, che dovrebbe rendere il ricorso a tale tipo di documenti residuale rispetto alla possibilità di ottenere eguali elementi con l'assunzione di un mezzo di prova costituenda in fase dibattimentale (G. Ubertis, *Documenti e oralità nel nuovo processo penale*, in Aa.Vv., *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale. Studi in onore di G. Vassalli*, vol. II, Giuffrè, 1991, p. 866); oppure attraverso l'applicazione analogica delle disposizioni relative alla testimonianza indiretta (L. Turco, *Il valore probatorio nel dibattimento dei documenti contenenti dichiarazioni scritte*, in *Riv. pen.*, 1992, p. 819). Ed anche chi ritiene che il sistema non offra al giudice appigli normativi per escludere i documenti dichiarativi dalla base probatoria, auspica - quantomeno - la formazione di una prassi giurisprudenziale in favore dell'oralità (I. Calamandrei, *La prova documentale*, Cedam, 1995, p. 55).

[348] P. Tonini, *La prova penale*, Cedam, IV edizione, 2000, p. 197 ss.

[349] V. Corte Cost., 30 marzo 1992, n. 142, in *Giur. it.*, 2/1993, p. 1164; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 361. La Consulta ha, di fatto, osservato come il codice non faccia alcuna distinzione fra rappresentazione di fatti e rappresentazione di dichiarazioni. Il legislatore ha, poi, confermato questa impostazione lasciando inalterata la disciplina della prova documentale nonostante l'intervento novellistico della L. 1.3.2001, n. 63 che ha affermato la centralità del contraddittorio in ossequio alla formulazione dell'art. 111 Cost.

[350] P. Tonini, *Il valore probatorio dei documenti contenenti dichiarazioni scritte*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 2219.

[351] L. Kalb, *Il documento nel sistema probatorio*, Giappichelli, 2000, p. 107.

In mancanza di una espressa regolamentazione della materia, si potrebbe ritenere ammissibile, come prova documentale *ex* art. 243 c.p.p., il c.d. documento dichiarativo «non determinando una compressione irrimediale del diritto difensivo delle parti processuali»[352] e non risultando, quindi, in contrasto con il modello processuale consacrato nella Costituzione.

La questione resta comunque fortemente dibattuta atteso che le dichiarazioni sono acquisite senza le garanzie del procedimento penale: certo è che, accogliendo le conclusioni che precedono, le interviste ai dipendenti e/o ai soggetti in posizione apicale, rientranti nelle attività di indagine interna, potrebbero svolgere un ruolo rilevante come elementi difensivi dell'ente, nell'evenienza del sorgere di un procedimento penale e della successiva produzione processuale dei verbali delle audizioni.

Ed è proprio per questo motivo che, nei precedenti paragrafi, si è più volte ribadita la necessità di osservare, per quanto possibile nel contesto di un'investigazione meramente interna, le prescrizioni del codice di rito per l'acquisizione delle prove, soprattutto per quanto attiene alle modalità di conduzione delle interviste e alla loro verbalizzazione.

Inoltre, grazie ai colloqui finalizzati a raccogliere informazioni utili ai fini dell'indagine interna, la società avrà la possibilità di individuare i dipendenti che potranno assumere le vesti di futuri testimoni ed eventualmente i soggetti ritenuti coinvolti nella commissione della vicenda illecita.

Si consideri poi che, se, da un lato, non esiste a carico dell'ente un obbligo di deposito degli elementi di prova acquisiti durante l'indagine meramente interna che sia stata svolta sul medesimo fatto oggetto di verifica processuale, dall'altro, i dati, i documenti e la corrispondenza ottenuti dall'OdV e dal *team* investigativo potranno essere oggetto, per necessità probatorie, di apprensione coattiva da parte dell'autorità giudiziaria attraverso il ricorso all'istituto del sequestro probatorio *ex* art. 253 c.p.p. (*Oggetto e formalità del sequestro*).

[352] E. M. Mancuso, *Le investigazioni interne nel procedimento a carico dell'ente*, in Aa.Vv., *Compliance - Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 1942.

Ai fini della nostra disamina, occorre adesso approfondire il ruolo che può svolgere l'indagine meramente interna nell'assolvimento dell'onere descritto dagli artt. 6 e 7, nella prospettiva esimente di cui al Decreto.

Invero, il compendio di informazioni raccolte nell'ambito di una *internal investigation* - soprattutto nell'ipotesi in cui quest'ultima si sia concretamente risolta nell'impulso all'instaurazione di un procedimento disciplinare nei confronti del soggetto responsabile dell'accertata condotta irregolare o illecita (con conseguente adozione di idonei provvedimenti sanzionatori) e in una effettiva implementazione delle procedure comportamentali in relazione all'area di interesse della condotta illecita contestata - può fornire preziosi elementi di prova alla difesa giudiziale della società.

In particolare, in ipotesi di reato commesso da un soggetto in posizione apicale, la società - sulla base delle evidenze investigative raccolte e della documentazione attestante le azioni di monitoraggio e controllo svolte, unitamente alle misure correttive intraprese anche in termini di sanzioni disciplinari e modifiche apportate alle procedure o ai processi aziendali violati - potrebbe dimostrare, come già ampiamente esaminato nel I Capitolo, che: (i) il modello organizzativo *ante delictum* è stato efficacemente attuato; (ii) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'OdV, il quale ha assicurato un tempestivo e diligente intervento al primo *warning* di irregolarità; (iii) vi è stata, da parte degli autori del reato, una volontaria e fraudolenta elusione delle previsioni interne; (iv) i colpevoli dei comportamenti scorretti o illeciti sono stati adeguatamente sanzionati.

Con riferimento al punto (i), non vi è dubbio che l'espletamento tempestivo di un'indagine interna al primo segnale di allarme di un rischio di comportamento in violazione del modello organizzativo (segnalato o, comunque, rilevato dall'OdV o da altri organi o funzioni aziendali di controllo) potrebbe dimostrarsi un elemento chiave per ottenere dal giudice una valutazione positiva sull'efficace attuazione del modello organizzativo.

Infatti, l'impegno economico e organizzativo profuso dall'ente nell'attivarsi, in modo adeguato, a *controllare* e *reagire* alla condotta illecita «descriverà il perimetro

entro il quale si misurerà la distanza o, al contrario, la vicinanza dell'impresa al reato commesso dall'amministratore o dal dipendente»[353].

Inoltre, durante l'attività investigativa interna potrebbero essere emersi elementi di prova in grado di dimostrare l'esistenza della causa di esclusione della responsabilità della società contemplata dall'art. 5, comma 2, ai sensi del quale «l'ente non risponde se le persone indicate nel comma 1 [apicali e subordinati] hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi»[354].

Di più, nella diversa ipotesi in cui il delitto presupposto non venga consumato ma sia posto in essere in forma tentata e comunque nell'interesse o a vantaggio della società, gli esiti degli accertamenti di indagine interna, unitamente alle condotte poste in essere dalla società nell'ambito del sistema disciplinare, potrebbero avere una rilevanza decisiva nella valutazione che l'autorità giudiziaria (sia essa il p.m. o il giudice) è chiamata a compiere al fine dell'eventuale operatività del meccanismo premiale previsto dall'art. 26, comma 2, ai sensi del quale è attualmente esclusa, solo per le fattispecie tentate, la responsabilità dell'ente in un particolare caso di recesso attivo, che si configura quando la società «volontariamente impedisce il compimento dell'azione o la realizzazione dell'evento».

Al riguardo, come approfondito in precedenza[355], lo svolgimento di effettive indagini interne che abbiano portato all'attivazione del sistema disciplinare e all'adozione di provvedimenti sanzionatori che, nel caso specifico, siano stati oggettivamente in grado di impedire la consumazione del reato perseguita dal soggetto agente, rappresentano iniziative poste in essere dalla società che potrebbero senza dubbio assumere particolare rilevanza ai fini dell'applicazione dell'esimente in esame.

---

[353] Così D'Acquarone -R. Roscini-Vitali, *L'investigazione interna nel procedimento a carico dell'ente: alcuni spunti per l'integrazione del modello di organizzazione e gestione*, cit., p. 347.

[354] La previsione in esame utilizza solo la nozione di interesse e non anche quella di vantaggio, con la conseguenza che la responsabilità dell'ente sarà esclusa anche nell'ipotesi in cui la società riceva comunque un vantaggio dalla condotta individuale in quanto tale incremento patrimoniale risulta assolutamente fortuito e, pertanto, non attribuibile alla sua volontà. Così F. Sbisà-E. Spinelli-M. Fonsmorti-M. Seminara, *La responsabilità amministrativa degli enti: origine, natura, principi e criteri di imputazione*, in Aa.Vv., *Responsabilità amministrativa degli enti (d. lgs. 231/01)*, a cura di F. Sbisà, E. Spinelli, Studio Legale Bonelli Erede *with* Lombardi, Wolters Kluwer, 2020, p. 42. V. A. Bernasconi, Sub *Art*. 5, in Aa.Vv., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. n. 231/2001*, di A. Presutti-A. Bernasconi-C. Fiorio, Cedam, 2008, p. 97 ss. e, in particolare, 100.

[355] V. paragrafo 5 del Capitolo I, al quale si rimanda per le riflessioni svolte.

4.1. *SEGUE:* BREVI CENNI IN MATERIA DI INDAGINI INTERNE E CONDOTTE RIPARATORIE

Nella prospettiva di individuare gli eventuali e ulteriori benefici premiali che, in ipotesi di contestazioni di un reato rilevante ai sensi del Decreto, potrebbero essere ottenuti dalla società per aver espletato, con serietà e professionalità, un'*internal investigation*, occorre in questa sede fare riferimento al sistema degli incentivi 231 riconnessi ad adempimenti riparatori, risarcitori e riorganizzativi e, in generale, ai criteri di attenuazione delle conseguenze giuridiche ed economiche derivanti dalla responsabilità dell'ente.

Al riguardo, si è già avuto modo di vedere come l'attività di indagine interna sia strettamente collegata al sistema disciplinare e rappresenti la principale modalità operativa attraverso la quale la società può ricostruire l'*iter* che ha portato alla commissione dell'eventuale illecito, individuando e ponendo altresì rimedio alle lacune organizzative e di presidio che hanno provocato o agevolato la commissione del reato presupposto.

A ben vedere, un comportamento concretamente ed effettivamente antagonista della società rispetto alla condotta delittuosa, che possa rilevare nel procedimento per escludere o attenuare la risposta sanzionatoria e che possa funzionare anche nell'incidente cautelare, inibendo l'applicazione di una misura o determinandone la revoca dovrà contemplare tre azioni essenziali: (i) svolgimento di una tempestiva e seria attività di indagine interna sulla violazione del modello 231 segnalata o rilevata; (ii) instaurazione del procedimento disciplinare nei confronti dei soggetti responsabili dell'accertata violazione e adozione di idonei provvedimenti sanzionatori parametrati alla gravità del fatto addebitato; (iii) aggiornamento e revisione del contenuto programmatico del *compliance program* (anche mediante l'introduzione di nuovi protocolli o procedure) in relazione all'area di interesse della condotta irregolare o illecita accertata nel procedimento disciplinare.

Si tratta di attività strettamente connesse tra di loro che, *unitamente*, hanno il potere di incidere in modo determinante sul ripristino della legalità nell'esercizio dell'impresa al fine di mitigare eventuali conseguenze sanzionatorie in capo all'ente ritenuto responsabile di un illecito amministrativo.

Alla luce di quanto sopra, le disposizioni cui fare riferimento sono quelle individuabili agli artt. 11, comma 1, 12, comma 2, 13 e 17, già oggetto di ampio approfondimento - con riferimento alla riconducibilità a pieno titolo delle sanzioni disciplinari e del rafforzamento dei presidi di controllo nel perimetro delle condotte *ivi* previste - al paragrafo 8 del Capitolo I, al quale si rimanda per le riflessioni svolte, pienamente applicabili alle attività di investigazione meramente interna.

4.2. *SEGUE:* PROSPETTIVE *DE IURE CONDENDO* TRA DIRITTI DELL'IMPUTATO PERSONA FISICA E COLLABORAZIONE PROCESSUALE DEL SOGGETTO COLLETTIVO

Le questioni affrontate nei precedenti paragrafi hanno riguardato, da una prospettiva principalmente aziendale, alcune delle più rilevanti problematiche, di natura giuridica e operativa, afferenti alle attività di investigazione interna (poste in essere al di fuori dei canoni di un'indagine difensiva compiuta ai sensi dell'art. 391-*bis* e ss. c.p.p.) in caso di violazione del modello organizzativo e commissione di un reato.

Le criticità illustrate sono state analizzate, comprensibilmente, anche alla luce delle possibili ricadute che potrebbero avere per la posizione dell'ente in un eventuale procedimento penale ai sensi del Decreto e, in generale, alla luce della necessità di tutelare gli interessi societari in ipotesi di eventuale contestazione di un reato-presupposto.

Tuttavia, altrettanto cruciale risulta la posizione della persona fisica accusata della commissione di un illecito nell'ambito dell'organizzazione aziendale, al fine di evitare - nell'espletamento da parte dell'ente delle attività di *internal investigation* - il potenziale pregiudizio dei suoi fondamentali diritti e di garantire, qualora necessario, la tutela delle sue prerogative processuali.

È evidente la situazione di particolare svantaggio in cui versa il dipendente accusato della condotta delittuosa (soprattutto, nell'ipotesi, di soggetti appartenenti ai livelli più bassi della gerarchia aziendale) rispetto all'ente/datore di lavoro: basti

pensare al macroscopico squilibrio dei mezzi economici ed organizzativi in campo, che vede sovente confrontarsi (o meglio, sfidarsi) una società con un singolo individuo.

Come osservato dalla dottrina, nel contesto dei reati rilevanti ai sensi del Decreto, «la frequente complessità dei casi rende talvolta assai ingenti i costi per la predisposizione di una difesa adeguata, e dove l'impossibilità di ricorrere alle risorse del datore di lavoro si traduce spesso nell'impossibilità di usufruire di una difesa effettiva»[356].

A prescindere da quanto appena segnalato, ciò che interessa in questa sede esaminare è come scongiurare, anche in una prospettiva *de iure condendo*, l'evenienza che - nel contesto di un'indagine meramente interna (per sua natura incidente sui diritti del dipendente accusato della commissione del reato presupposto e potenzialmente pregiudizievole per la sua sorte processuale) - siano aggirate, in assenza di esplicite indicazioni normative, le garanzie poste a tutela dei più elementari diritti della persona fisica, con riferimento altresì ad una eventuale collaborazione tra società e autorità giudiziaria.

Sotto quest'ultimo profilo, occorre sottolineare che, nell'ambito del sistema di responsabilità degli enti ai sensi del Decreto, sono previste talune condotte di ravvedimento *post factum*, idonee a determinare un trattamento sanzionatorio più favorevole per l'ente, che potrebbero, potenzialmente e in astratto, favorire indirettamente l'adozione da parte della società di misure disciplinari estremamente afflittive nei confronti del dipendente indagato senza che sia posta in essere un'attenta verifica dei necessari presupposti o aggirando, nell'ambito delle necessarie attività di raccolta di elementi utili alla dimostrazione dell'addebito, le garanzie poste a tutela dei suoi diritti.

Ad esempio, e senza alcuna pretesa di completezza, l'impresa, al fine di soddisfare le condizioni contemplate dall'art. 17, la cui realizzazione comporta - ferma restando l'applicazione delle sanzioni pecuniarie - l'inapplicabilità di quelle interdittive, potrebbe essere indotta, da un lato, a propiziare o provocare ammissioni di colpevolezza da parte del dipendente facendo "sentire" la sua posizione di forza oppure, al contrario, adottando una "subdola" persuasione in un colloquio fintamente

[356] Così F. Nicolicchia, Corporate internal investigation *e diritti dell'imputato da reati presupposto nell'ambito della responsabilità «penale» degli enti: alcuni rilievi sulla base della «lezione americana»*, cit., p. 789.

amichevole e, dall'altro, a svolgere indagini in maniera non completamente asettica e imparziale o, comunque, equidistante rispetto ai temi oggetto di vigilanza, spinta dalla necessità di individuare e sanzionare quanto prima un colpevole in una sorta di caccia all'uomo.

Al riguardo, pare assai pertinente evidenziare come la giurisprudenza, ai fini del giudizio di quanto previsto dal citato articolo 17 (ma anche in materia di revoca della misura cautelare già applicata *ex* art. 49 e di riduzione della sanzione pecuniaria *ex* art. 12), attribuisca rilevanza – tra le sanzioni disciplinari applicabili dalla *societas* ai sensi dell'apparato sanzionatorio interno al modello organizzativo – al *solo* licenziamento del dipendente ritenuto responsabile dell'illecito.

Una simile posizione, oltre a destare, come osservato dalla dottrina, «più di qualche perplessità circa la corretta accezione della garanzia di cui all'art. 27, comma 2, della Cost.»[357], potrebbe indurre la società indagata ad applicare, in chiave difensiva, nei confronti del lavoratore accusato della commissione dell'illecito, *sempre* e *comunque*, la massima sanzione disciplinare comminabile (ossia il licenziamento), senza valutare - alla luce degli esiti investigativi interni e stante la piena autonomia del procedimento disciplinare rispetto al processo penale avente ad oggetto, in tutto o in parte, gli stessi fatti - la proporzionalità e legittimità della stessa.

In termini più generali ma altrettanto critici, sono poi da considerare - in assenza di un'espressa regolamentazione normativa - le rilevanti incertezze che contraddistinguono il *modus procedendi* della *corporate internal investigation* compiuta da soggetti non investiti dell'apposito incarico professionale risultante da atto scritto ai sensi dell'art. 327-*bis* c.p.p. o, addirittura, sprovvisti della qualifica di avvocato.

Invero, l'assenza di esplicite indicazioni da parte del legislatore rischia, come più volte evidenziato, di creare, nel contesto delle relazioni potenzialmente conflittuali tra ente e dipendente imputato, una serie di problematiche afferenti all'eventuale violazione dei diritti della persona fisica.

Innanzitutto, qualora all'*investigation team* non prendesse parte almeno un legale interno con competenze in diritto processuale e un dipendente esperto in diritto del lavoro (ma, per esempio, solo esponenti della funzione *audit* e membri dell'OdV

[357] Così F. Nicolicchia, op. ult. cit., p. 800.

con una differente specializzazione) sembrerebbe altamente probabile, ad esempio, l'inapplicabilità – in assenza di un obbligo giuridico – delle garanzie processuali a presidio dei diritti dell'indagato contemplate dall'art. 391-*bis* c.p.p.

In questa ipotesi, «il problema dei diritti della persona fisica e dell'utilizzabilità dei contributi [investigativi] raccolti al di fuori di qualsiasi disciplina di garanzia emergerebbe […] in maniera assai netta […] all'interno del nostro sistema»[358].

Posto che gli esiti investigativi (anche se acquisiti per finalità inizialmente interne all'organizzazione aziendale) potrebbero essere utilizzati successivamente dall'ente in chiave difensiva al fine di escludere una sua eventuale responsabilità ai sensi del Decreto, è evidente che la *corporation* si trovi in una posizione di "naturale" conflitto con il dipendente.

Al riguardo, l'inconsapevolezza da parte di quest'ultimo in merito al fatto che il suo contributo potrà poi costituire successivamente la base sulla quale ottenere benefici premiali nell'ambito del processo *de societate* potrebbe portarlo a non prestare la dovuta attenzione agli effetti pregiudizievoli potenzialmente derivanti dal rilascio di dichiarazioni e informazioni che, eccedendo la cooperazione richiesta in ragione del dovere di fedeltà nei confronti del datore di lavoro, possano far emergere indizi di reità a suo carico.

Se una simile situazione metterebbe senza dubbio a rischio l'integrità del privilegio contro l'autoincriminazione, non possono altresì escludersi ulteriori situazioni in cui, pur applicando all'intervista "informale" le garanzie delle indagini difensive, il dipendente - per il timore che la società adotti nei suoi confronti sanzioni disciplinari di particolare gravità qualora non collabori incondizionatamente con il *team* investigativo - potrebbe essere indotto a rendere dichiarazioni che, con diverso grado, possano avere una qualche natura auto indiziante o essere, comunque, compromettenti per lo stesso.

Quindi, se, da un lato, il mancato rispetto delle forme può essere senza dubbio un problema, dall'altro, si deve evidenziare che l'osservanza delle garanzie previste dal codice di rito non risolve di per sé tutti i problemi.

Fatta questa precisazione, occorre domandarsi, in conclusione, se i contributi investigativi acquisiti durante l'indagine meramente interna possano essere spendibili

[358] F. Nicolicchia, op. ult. cit., p. 806.

processualmente, anche in considerazione del contesto deformalizzato in cui sono attualmente raccolti e, quindi, l'assenza di una disciplina posta a tutela dei diritti fondamentali degli individui.

Come suggerito dalla dottrina, una risposta al problema segnalato potrebbe consistere sul piano normativo «nell'introduzione di specifiche previsioni che, sulla falsariga di quanto sancito dall'art. 220 disp. att. c.p.p., prescrivano esplicitamente di garantire l'osservanza delle garanzie del codice di rito nei momenti successivi all'emersione di indizi di reato anche nel contesto di un'attività ispettiva non disciplinata da specifiche disposizioni di legge e compiuta da soggetti privati comunque diretta ad acquisire elementi a carico dell'indagato»[359].

A parere di chi scrive, tuttavia, sarebbe preferibile che il suddetto obbligo di osservanza di alcune garanzie processuali a presidio dei diritti dell'indagato fosse esteso, come analizzato in precedenza nel presente Capitolo, anche per attività di *internal investigation* su base spontanea per violazione del modello 231 compiute in un momento prodromico all'instaurazione di un procedimento penale a carico della persona fisica.

5. POSSIBILI PERCORSI DI REGOLAMENTAZIONE DELLE INVESTIGAZIONI INTERNE IN UNA PROSPETTIVA DI RIPENSAMENTO DELLA RESPONSABILITÀ DA REATO DEGLI ENTI

Nel tessere le fila delle considerazioni sinora esposte, si deve ritenere auspicabile, anche al fine dell'efficace attuazione di un idoneo sistema disciplinare e del possibile utilizzo processuale da parte delle società del materiale interno acquisito nell'ambito dell'attività di accertamento delle violazione del modello 231, che il legislatore introduca uno statuto normativo organico delle *corporate internal*

[359] Così F. Nicolicchia, Corporate internal investigation *e diritti dell'imputato da reati presupposto nell'ambito della responsabilità «penale» degli enti: alcuni rilievi sulla base della «lezione americana»*, cit., p. 807. Per l'Autore «detta soluzione consentirebbe di preservare l'efficacia rappresentativa dei contributi così raccolti, garantendo però un livello di tutela equivalente indipendentemente dagli attributi formali dell'indagine».

investigations atipiche, individuando e disciplinando, in maniera chiara e puntuale, ruoli, limiti e modalità operative del controllo "accettabile" sul personale.

Invero, come si è avuto modo di osservare nello svolgimento del presente lavoro, l'assenza di disposizioni normative *ad hoc* in materia di indagini meramente interne che permettano di assicurare una maggiore affidabilità delle risultanze investigative e un chiaro contemperamento fra l'interesse dell'ente a svolgere le necessarie attività di controllo volte alla ricostruzione di condotte in violazione del modello 231 o di fatti potenzialmente illeciti ai sensi del Decreto e il rispetto dei diritti, anche di carattere primario, del lavoratore, rappresenta un problema delicato al quale occorre porre rimedio.

Inoltre, nell'ipotesi in cui la condotta irregolare o illecita dell'*intraneus* fosse oggetto di verifica giurisdizionale e rilevante per una responsabilità amministrativa dell'ente, una simile riforma sarebbe altresì utile in ottica di efficace pianificazione da parte della *societas* di scelte gestorie e difensive, in particolare con riferimento all'utilizzabilità processuale da parte della stessa del patrimonio conoscitivo acquisito nel contesto delle attività ispettive/investigative e finalizzato a dimostrare la sua tempestiva capacità di riorganizzarsi – a illecito avvenuto - in maniera virtuosa.

Al riguardo, come si è cercato di dimostrare in precedenza, le indagini interne e il sistema disciplinare sono fondamentali per "fotografare" cosa è successo nel tessuto organizzativo, cosa non ha funzionato, la serie storica dei comportamenti che hanno permesso la commissione del reato e quale procedura o *policy* di attuazione del modello 231 *ante delictum* necessiti di un intervento correttivo o integrativo per eliminare i punti di debolezza e le carenze riscontrate al fine di evitare che fatti analoghi a quello contestato possono ripetersi in futuro.

Come vedremo più in dettaglio nel successivo Capitolo III, per le società sono ormai maturi i tempi per pensare di immaginare delle alternative al sistema di incentivi contemplato nel Decreto che premino – mediante ipotesi di rapida fuoriuscita della società dal procedimento a suo carico – il complesso di attività proattive poste in essere dal soggetto collettivo per scoprire gli illeciti eventualmente commessi, sanzionare i responsabili e ristabilire l'adeguatezza del modello 231 nella prevenzione dei reati della specie di quello verificatosi.

Proprio per questo motivo, si deve ritenere che il futuro del processo *de societate* andrebbe incanalato in una composizione del conflitto tra pubblico e privato attraverso la valorizzazione delle condotte di "giustizia riparativa" poste in essere dalla società[360] e per le quali, come ampiamente emerso nel corso del presente lavoro, l'*internal investigation* e il sistema disciplinare sono immaginati.

D'altra parte, una società che abbia sempre investito e creduto nella diffusione al proprio interno della cultura della legalità e dell'etica e che, per tale motivo, abbia volontariamente e tempestivamente indagato su qualsiasi potenziale condotta illecita segnalata o rilevata (cercando di evitare che l'attività delittuosa fosse portata a conseguenze ulteriori), sanzionando – ove ne ricorressero i presupposti – i soggetti individuati come colpevoli e procedendo, altresì, a una effettiva riorganizzazione interna attraverso l'implementazione dei propri presidi di controllo endosocietari in chiave preventiva, non vedrebbe in sede processuale – alla luce dell'attuale impianto normativo – un adeguato riconoscimento dei propri sforzi.

In una prospettiva *de iure condendo*, si potrebbe invece valutare la possibilità di introdurre, accanto agli strumenti già previsti, nuove ipotesi di non punibilità dell'ente, di riconoscimento dell'esimente o una nuova causa di archiviazione ovvero, in alternativa, una sostanziale attenuazione della risposta sanzionatoria (ad es. riconoscimento di una riduzione (minima) obbligatoria delle sanzioni pecuniarie e inapplicabilità della sanzione interdittiva).

In questo scenario, si darebbe importanza, adottando un approccio pragmatico, alla colpa di reazione che, come osservato dalla dottrina, «rappresenta un criterio di imputazione dell'illecito più conforme, rispetto alla colpa di organizzazione, alle peculiarità dell'impresa»[361].

---

[360] Per una trattazione generale dell'argomento, v. D. Quarto, *Gli strumenti di premialità previsti dal d.lgs. 231/2001 come pungolo alla rieducazione dell'ente*, cit., p. 135 ss. Cfr. M. Donini, Compliance, *negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici. Il delitto riparatorio oltre la* restorative justice, in Aa.Vv., *La pena, ancora fra attualità e tradizione – Studi in onore di Emilio Dolcini*, cit. p. 580 e in particolare p. 595 ss. dove l'Autore opera una differenza tra il delitto riparato e la *restorative justice*.

[361] V. D'Acquarone-R. Roscini-Vitali, *Sistemi di diversione processuale e d.lgs. 231/2001: spunti comparati*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2018, p. 137; A. Parrella, Internal investigations*: note in tema di benefici interni e limiti esterni*, in Aa.Vv., Internal Investigations. Best practices *e istanze di regolamentazione*, cit., p. 211. *Contra* A. Sereni, *Colpa e cooperazione investigativa nella responsabilità dell'ente da reato. Un confronto tra ordinamenti nella prospettiva della globalizzazione*, cit., p. 642, che non ritiene opportuno «aprire a nuove forme di colpa, segnatamente in rapporto alla colpa di "reazione", ancorché collegata alla non punibilità, o a una significativa riduzione della sanzione, in caso di proficua cooperazione dell'ente alle indagini dell'autorità giudiziaria».

A ben vedere, quando nulla di più, alla luce delle circostanze del caso concreto, poteva essere richiesto alla società in termini sia di tempestiva ed effettiva verifica della condotta illecita (il cui concreto svolgimento presuppone, come più volte ribadito, l'adozione di solidi programmi aziendali di *compliance* e la presenza, nella compagine societaria, di idonee funzioni, presidi e strutture di controllo) e sia di correzione e ridefinizione del proprio assetto organizzativo e preventivo, sarebbe nell'interesse primario dello Stato - in una prospettiva di emancipazione da forme di responsabilità oggettiva - prevedere un sistema premiale *ad hoc* per l'ente che abbia posto in essere una condotta che, sotto molteplici profili (*i.e.* preventivi, reattivi, riorganizzativi e cooperativi con l'organo inquirente), sia effettivamente ed oggettivamente antagonista rispetto al fatto antigiuridico e colpevole nonché riparatrice del diritto leso.

In altri termini, l'apprezzamento dell'esigibilità dell'organizzazione conforme a quanto richiesto dal Decreto non andrebbe «limitato al segmento di attività nel cui ambito è stato commesso il reato, ma dovrebbe essere calato nel contesto di una valutazione più ampia ed anzi complessiva»[362].

Al riguardo, la sequenza completa delle attività rilevanti poste in essere dalla *societas* per il recupero della legalità e che dovrebbero, congiuntamente, generare benefici premiali per la stessa (sotto forma di causa di esclusione della responsabilità), può riassumersi, di fronte alla commissione di reati-presupposto, nelle seguenti azioni:

(i) *organizzare* la prevenzione secondo il disposto del Decreto e, quindi, adottare un adeguato modello organizzativo *ante delictum* (seppur non in grado di scongiurare il verificarsi dell'illecito);

(ii) *investigare* tempestivamente qualsiasi potenziale violazione del modello organizzativo;

(iii) *sanzionare* l'autore della condotta irregolare o illecita al ricorrere dei presupposti contemplati nell'apparato disciplinare 231;

(iv) *correggere* il modello 231 adottato *ante delictum* nella parte in cui sono state riscontrate lacune, migliorando le procedure di controllo per la

[362] O. Di Giovine, *Il criterio di imputazione soggettiva*, in Aa.Vv., *Responsabilità da reato degli enti - Volume I Diritto sostanziale*, a cura di G. Lattanzi-P. Severino, Giappichelli, 2020, p. 240.

gestione dei processi e delle attività nel cui ambito si è realizzato il reato;

(v) *mettere a disposizione* dell'autorità inquirente i risultati dell'investigazione interna al fine di dimostrare il corretto adempimento di quanto previsto nei precedenti punti.

Le attività sopra esposte sarebbero chiaramente un indice effettivo di trasparenza organizzativa, dell'esercizio di una continua e adeguata attività di vigilanza in una prospettiva di prevenzione e, in generale, di un sistema funzionante che, seppur non abbia dimostrato la sua capacità di bloccare il comportamento illecito poi concretamente verificatosi, è stato in grado di autocorreggersi in corsa, rendendo il *compliance program* preesistente - implementato e rafforzato *post factum* - idoneo a prevenire i reati della specie di quello realizzatosi[363].

Appare evidente che una novella normativa che preveda un'ipotesi premiale *ad hoc* per il compimento della azioni sopra riportate richiede, in via preliminare, che il legislatore introduca - direttamente nel Decreto oppure nell'ambito delle indagini difensive previste nel codice di rito - una disciplina organica dell'investigazione societaria atipica, la quale dovrebbe altresì contemplare una regolamentazione espressa delle modalità con le quali la società possa "canalizzare", nel procedimento penale a suo carico, le risultanze e informazioni acquisite nell'ambito di tale investigazione.

Con riferimento a quest'ultimo profilo, come già esaminato, ad oggi, la collaborazione volontaria della società con l'autorità giudiziaria può essere valorizzata solo per avviare la realizzazione delle condotte riparatorie e chiedere poi la non applicazione delle misure interdittive e un più mite trattamento sanzionatorio, ma non è contemplata un'esclusione di responsabilità[364].

---

[363] V. G. Fidelbo-R. A. Ruggiero, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4/2016, p. 12, dove si evidenzia, seppur con riferimento alla possibilità di impiegare nel processo che coinvolge la persona giuridica l'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova, che «si potrebbe *de iure condendo* immaginare che anche una correzione *post factum* di un modello preesistente, che non sia di pura facciata, possa operare da salvataggio per l'ente. […] Una tale opzione, presupponendo che la società sia già organizzata nella prevenzione dei reati non andrebbe a deresponsabilizzarla».

[364] V. A. Parrella, Internal investigations*: note in tema di benefici interni e limiti esterni*, in Aa.Vv., Internal Investigations. Best practices *e istanze di regolamentazione*, cit., p. 208 s. Vedi, sotto altro ma connesso profilo, V. Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, cit., p. 489 (in

Inoltre, non si rinvengono nel *corpus* del Decreto specifiche disposizioni volte a incentivare fattivamente – e, di conseguenza, a premiare concretamente – l'ente che, grazie all'adozione *ante delictum* di una efficiente sistema di *compliance* interna, sia in grado di adoperarsi per l'emersione di condotte illecite poste in essere dai propri dipendenti[365].

Al riguardo, se, da un lato, la previsione normativa di un canale di comunicazione con il quale l'ente metterebbe a disposizione dell'organo inquirente i propri accertamenti investigativi permetterebbe a quest'ultimo di acquisire elementi probatori normalmente molto difficili da assicurare al processo, soprattutto in ipotesi di reati 231 commessi nell'ambito di organizzazioni aziendali complesse e di grandi dimensioni, dall'altro, non può sottacersi che questa collaborazione tra Procura e azienda coinvolta nelle indagini, qualora non attentamente disciplinata, potrebbe astrattamente favorire situazioni in cui la società decida, nella c.d. creazione di capri espiatori[366], di salvare se stessa scaricando tutte le responsabilità sulla persona fisica accusata del reato.

Inoltre, come evidenziato dalla dottrina[367], non sembra certo sufficiente a risolvere la questione del "capro espiatorio aziendale" affidarsi al controllo giudiziario, sebbene accurato, del comportamento investigativo dell'ente.

---

particolare nota 136), il quale evidenzia altresì che il d.lgs. 231/2001 prevede attualmente un elemento di incongruenza con il principio *nemo tenetur se detegere* contemplando «un'ipotesi di cooperazione forzata, consistente nell'obbligo di testimoniare del legale rappresentante privo di tale carica al momento della commissione del fatto e che non sia imputato del reato-presupposto»; G. Fidelbo-V. Mongillo, *Le recenti modifiche introdotte dalla "spazzacorrotti" e dal decreto legislativo di attuazione della direttiva PIF al regime della responsabilità dell'ente in materia di reati contro la pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *Il contrasto ai fenomeni corruttivi dalla "spazzacorrotti" alla riforma dell'abuso d'ufficio*, a cura di G. Fidelbo, Giappichelli, 2020, p. 387. V. su tale incongruenza, R. A. Ruggiero, *Le condotte di collaborazione previste nel d.lgs. n. 231 del 2001*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 397.

[365] V. L. Bassi-M. M. Morelli, Internal Investigation: *uno strumento di monitoraggio e governo del rischio nell'ottica dell'efficace attuazione del modello organizzativo*, cit., p. 298 s..

[366] Vedi V. Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, cit., p. 380.

[367] Così A. Sereni, *Collaborazione investigativa e riflessi sulla responsabilità dell'ente da reato*, in Aa.Vv., *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni anche in una comparazione con i sistemi sudamericani* (In memoria di Giuliano Vassalli),cit., p. 163; Id., *Colpa e cooperazione investigativa nella responsabilità dell'ente da reato. Un confronto tra ordinamenti nella prospettiva della globalizzazione*, cit., p. 636 e p. 639 s., dove si osserva che un'organizzazione è davvero trasparente e meritevole di "comprensione" penale, se non mostra resistenze alla collaborazione con l'autorità giudiziaria: tuttavia, in tale ipotesi si pone la questione del c.d. "capro espiatorio", poiché, la previsione di premi significativi, potrebbe indurre l'ente «a non coltivare la propria difesa in sinergia con la persona fisica, "accettando" subito l'ipotesi accusatoria, ancorché dubbia, che fosse formulata dalla procura […]».

Occorre allora domandarsi come sia possibile riconoscere degli effettivi incentivi premiali al serio lavoro di indagine meramente interna svolto dalla società e alle attività poste in essere dalla stessa nell'ambito del sistema disciplinare 231 contemperando, allo stesso tempo, gli interessi di tutela del dipendente.

È chiaro che dall'angolo visuale delle imprese, le stesse dovrebbero avere la possibilità di introdurre nel procedimento penale tutte le informazioni, i dati e gli elementi raccolti nell'ambito delle proprie indagini interne (e, quindi, non solo gli atti, i contratti, i documenti contabili e societari, la corrispondenza mail ma anche le dichiarazioni rese dai dipendenti durante le audizioni con l'OdV e il *team* di intervista, ipotesi quest'ultima che, come visto in precedenza, solleva non poche perplessità).

Nondimeno è chiaro che ove si tratti di utilizzo processuale delle fonti dichiarative acquisite durante le investigazioni condotte dalle società *in house* il rischio è di finire con il compromettere la tenuta del principio del *nemo tenetur se detegere*.

Invero, come abbiamo già esaminato nelle pagine precedenti, nella prospettiva del dipendente sottoposto a procedimento disciplinare, sussiste il timore che l'assenza di cooperazione potrebbe esporlo a sanzioni per condotte contrarie ai doveri immanenti al rapporto di lavoro. Questo potrebbe indurlo a parlare, senza avere cognizione del fatto che l'impiego delle dichiarazioni potrebbe travalicare il procedimento disciplinare.

Per scongiurare o per ridimensionare le criticità sopra rilevate si potrebbe prevedere che la società metta a disposizione dell'autorità inquirente non già tutto il materiale probatorio raccolto in sede di *internal investigation* ma un *report* conclusivo che riporti in maniera obiettiva: (i) il contesto di riferimento dell'indagine e il *team* investigativo; (ii) le attività eseguite e le metodologie applicate; (iii) una rappresentazione chiara delle risultanze investigative che potranno essere supportate, laddove opportuno e nei limiti del necessario, da evidenze esclusivamente documentali (da allegare al *report*); (iv) l'analisi e valutazione degli esiti di indagine e la ricostruzione, operata con percorso logico-informativo che sia scevro da considerazioni personali o giudizi di valore, dei fatti e delle circostante accertate; (v) un riepilogo del procedimento disciplinare con indicazione delle modalità di determinazione e successiva irrogazione della sanzione nei confronti del soggetto ritenuto responsabile della violazione; (vi) il piano delle azioni correttive decise dalla

società alla luce delle informazioni e degli elementi acquisiti nell'ambito dell'*internal investigation* e finalizzate a ristabilire l'adeguatezza del modello 231 e, in generale, a rafforzare il sistema di controllo interno.

Il c.d. *remediation plan* è quindi volto a colmare le carenze «sia di disegno (assenza o carenza di procedure) sia di implementazione (disapplicazione di procedure)»[368] che hanno reso possibile il manifestarsi della condotta illecita. In questo ambito sarà fondamentale che la società descriva l'iter logico-deduttivo seguito per individuare, in concreto, le cause alla base della realizzazione del reato.

L'obiettivo del *report* è quello di rendere fruibili all'autorità giudiziaria i risultati dell'attività di indagine svolta dall'ente e presentare un coordinato "quadro d'insieme" di tutte le misure di *enforcement* (ad esempio, sanzioni disciplinari nei confronti degli apicali e/o dei dipendenti, azioni di responsabilità nei confronti di precedenti amministratori, azioni legali nei confronti di soggetti terzi per il risarcimento dei danni) e delle azioni di rimedio (a titolo esemplificativo, riorganizzazioni interne, integrazione di procedure e/o istruzioni operative, adeguamento di deleghe e procure)[369] decise e implementate dalla società per prevenire il ripetersi dei fatti rilevati nell'investigazione interna.

In altri termini, la messa a disposizione del *report* servirebbe all'ente per fornire una prova tangibile dell'adeguatezza, seppur raggiunta *post factum*, del proprio preesistente sistema prevenzionistico aziendale e della meritevolezza di una rapida esclusione dal circuito del processo penale.

Al riguardo, come osservato dalla dottrina, «allo stato, in astratto, non si registra alcuna differenza tra le imprese che non abbiano un modello, quelle che abbiano un modello di pura facciata e quelle che siano invece dotate di un modello non fittizio, ma in ogni caso giudicato inadeguato a controllare il rischio del reato verificatosi: in tutti e tre i casi, un'inversione di tendenza postuma potrebbe, al più, attenuare il provvedimento di condanna»[370].

---

[368] S. Fortunato, *La prassi di* internal investigation, in Aa.Vv., Internal Investigations. Best practices *e istanze di regolamentazione*, cit., p. 198.
[369] Per un'accurata analisi del c.d. *remediation plan*, v. S. Fortunato, op. ult. cit., p. 201.
[370] G. Fidelbo- R. A. Ruggiero, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, cit., p. 17.

L'intervento normativo auspicato permetterebbe di affermare, nell'ambito dell'architettura generale del sistema 231, un più equilibrato bilanciamento tra oneri di prevenzione, reazione/riparazione richiesti dal Decreto ed effettivi incentivi premiali.

D'altra parte, in tanto la finalità preventiva che caratterizza l'intera disciplina 231 può funzionare in quanto l'impegno richiesto alle società e che dovrebbe escluderne un coinvolgimento abbia il potenziale per raggiungere l'effetto sperato[371].

In tale prospettiva, la riforma si propone, quindi, di incrementare le opzioni attualmente a disposizione dell'impresa, introducendo accanto all'adozione di un modello 231 *ex ante*, ritenuto idoneo, la previsione di un'ipotesi di esclusione della responsabilità dell'ente in presenza di un'adeguata e volontaria correzione successiva del modello organizzativo rivelatosi inadeguato a impedire, nel caso specifico, il verificarsi dell'illecito, oltre che delle ulteriori condizioni ricostruite.

Diversamente, il rischio è di vanificare (e, conseguentemente, disincentivare), in modo sostanziale, l'impegno seriamente profuso dall'ente *ex ante* per prevenire e, quando ciò non sia stato sufficiente a impedire il reato, *ex post* per riparare le conseguenze dell'illecito ed evitare il futuro ripetersi di comportamenti non conformi.

[371] Così G. Fidelbo- R. A. Ruggiero, op. ult. cit., p. 5.

CAPITOLO III

PROSPETTIVE DI RIFOMA DEL D.LGS. 231/2001: IL PUNTO DI VISTA DELLE SOCIETÀ PER VALORIZZARE I MODELLI *ANTE FACTUM*

SOMMARIO: **1.** *SURVEY* 231: INTRODUZIONE – **1.1** LE RAGIONI E GLI OBIETTIVI DELLA RICERCA – **1.2.** METODOLOGIA E DEFINIZIONE DEL PERIMETRO DI INDAGINE – **1.3.** CARATTERISTICHE DEL CAMPIONE PARTECIPANTE ALL'INDAGINE – **2.** MODELLO ORGANIZZATIVO E SISTEMA DI CONTROLLO E GESTIONE DEI RISCHI INTEGRATO O *MULTI-COMPLIANCE* – **2.1.** L'ADOZIONE DI UN MODELLO ORGANIZZATIVO È CONVENIENTE IN UNA PROSPETTIVA AZIENDALE? – **2.1.1.** LE RAGIONI DEL "SÌ" – **2.1.2.** LE RAGIONI DEL "NO" – **2.2.** IL SISTEMA DI CONTROLLO E GESTIONE DEI RISCHI INTEGRATO O *MULTI-COMPLIANCE* IN UNA PROSPETTIVA *DE IURE CONDENDO* – **2.2.1.** LE RAGIONI DEL "SÌ" – **2.2.2.** LE RAGIONI DEL "NO" – **2.2.3.** CARATTERISTICHE DEL CAMPIONE DI SOCIETÀ CHE HA SCELTO L'OPZIONE "NON SAPREI" – **3.** IL *WHISTLEBLOWING* NEL SETTORE PRIVATO – **3.1.** LA RILEVANZA E UTILITÀ DELLO STRUMENTO DEL *WHISTLEBLOWING* PER CONTRASTARE LA COMMISSIONE DI REATI ALL'INTERNO DELL'AZIENDA: IL PUNTO DI VISTA DELLE SOCIETÀ – **3.1.1.** LE RAGIONI DEL "SÌ" – **3.1.2.** LE RAGIONI DEL "NO" – **3.1.3.** *SEGUE*: ANALISI, TRA LE RAGIONI DEL "NO", DELLE LACUNE NORMATIVE IN MATERIA DI *WHISTLEBLOWING* – **31.4.** LE RAGIONI DEL "NON SAPREI" – **3.2.** PROBLEMATICHE GIURIDICHE, OPERATIVE ED ORGANIZZATIVE NELLA GESTIONE DELLE SEGNALAZIONI – **4.** IL SISTEMA DISCIPLINARE INTERNO AL MODELLO ORGANIZZATIVO – **4.1.** LA NUOVA SFIDA DEL D. LGS. N. 231 DEL 2001: IL SISTEMA DISCIPLINARE QUALE PUNTO DI FORZA PER IL PERSEGUIMENTO DEGLI OBIETTIVI PREVENZIONISTICI DEL MODELLO ORGANIZZATIVO – **4.2.** SOGGETTI MAGGIORMENTE SANZIONATI DALLE IMPRESE A SEGUITO DELL'ATTIVAZIONE DEL PROCEDIMENTO DISCIPLINARE – **4.3.** BREVI SPUNTI DI RIFLESSIONE PER UNA POSSIBILE RIFORMA IN MATERIA DI SISTEMA DISCIPLINARE – **4.4.** ASPETTI PROBLEMATICI NELLA COSTRUZIONE DI UN EFFICACE SISTEMA DISCIPLINARE E NELLA CONDUZIONE DELLE *CORPORATE INTERNAL INVESTIGATIONS*: POSSIBILI RIMEDI *DE IURE CONDENDO* ANCHE IN UN'OTTICA DI

COLLABORAZIONE CON L'AUTORITÀ GIUDIZIARIA – **5.** IL NUOVO IMPIANTO SANZIONATORIO "231" DEI REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE – **5.1.** IL NUOVO SISTEMA PREMIALE PER GLI ENTI COLLABORATIVI *EX* ART. 25, COMMA 5-*BIS*, DEL DECRETO: QUALCHE PERPLESSITÀ SUL RAGGIUNGIMENTO DELL'OBIETTIVO – **6.** PREMESSA: SINTETICA RAPPRESENTAZIONE DELLE PRINCIPALI CRITICITÀ IN ORDINE AL "VOLTO" PREMIALE DEL SISTEMA 231 – **6.1.** IL MODELLO ORGANIZZATIVO TRA PRESENTE E FUTURO – **6.2.** I CHIAROSCURI DEL SISTEMA DEGLI INCENTIVI CONTEMPLATO DAL DECRETO: UNA RIFORMA NON PIÙ PROCRASTINABILE – **6.2.1.** LE RAGIONI DEL "SÌ" – **6.2.2.** LE RAGIONI DEL "NO" – **6.3.** NUOVE LINEE EVOLUTIVE DEL SISTEMA PREMIALE "231": POSSIBILI PERCORSI DI UNA RIFORMA INCENTRATA SULLA COLLABORAZIONE DELL'ENTE, SU LOGICHE NEGOZIALI E MODELLI INTEGRATI DI *COMPLIANCE* – **6.4.** LA COOPERAZIONE DELL'ENTE NELLE INDAGINI: I POSSIBILI RISCHI ED EFFETTI DISTORSIVI DELL'AUTODENUNCIA (O *SELF REPORTING*) DAL PUNTO DI VISTA DELLE IMPRESE – **6.5.** L'APPARATO SANZIONATORIO E CAUTELARE DI CUI AL DECRETO – **6.6.** BREVI SPUNTI PER UNA RIVISITAZIONE *DE IURE CONDENDO* DELL'APPARATO SANZIONATORIO E CAUTELARE – **6.7.** FUTURI SCENARI PER UN RAFFORZAMENTO DELLA POSIZIONE PROCESSUALE DELL'ENTE.

1. *SURVEY* 231: INTRODUZIONE

A venti anni dalla svolta epocale compiuta dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 (d'ora in avanti, il "Decreto"), l'esigenza di un *restyling* della normativa in esame è ormai diffusamente avvertita e ritenuta improcrastinabile.

Come noto, l'oggetto della discussione più accesa, ma anche della sfida intellettuale e organizzativa più stimolante, riguarda i modelli di organizzazione, gestione e controllo (d'ora in avanti i "modelli organizzativi" o i "modelli 231"), vero architrave del sistema di responsabilità delineato dal Decreto. Invero, tali modelli, adottati e attuati dagli enti *ante delictum*, sono stati sinora generalmente valutati inadeguati e le imprese sottoposte a procedimento penale, nei confronti delle quali è stata esercitata l'azione penale, sono state condannate (spesso all'esito di giudizi speciali da esse richiesti per definire subito la pendenza).

Se il coinvolgimento dell'ente nel meccanismo di prevenzione del rischio 231 è senza dubbio una scelta condivisibile, il sistema come delineato dal legislatore del 2001 funziona soltanto se le imprese – che devono sostenere rilevanti oneri organizzativi e costi gestionali per garantire il corretto aggiornamento e funzionamento di un modello 231 che non abbia mere finalità di *window dressing* – possono fare concreto affidamento sul meccanismo di esenzione da responsabilità. Tuttavia, le aspettative delle società risultano disattese, stante il fallimento, registratosi nella prassi applicativa, dei modelli organizzativi *ante delictum*.

Sicché, da tempo si sta ragionando su di una possibile riforma del testo di legge.

In questo scenario di crescente attenzione sul "rischio 231", ove il forte impatto prodotto dalla normativa in esame è dovuto anche al progressivo e costante ampliamento da parte del legislatore delle fattispecie di reato in grado di determinare una responsabilità amministrativa degli enti, la Direzione Compliance di TIM S.p.A. (di seguito, "TIM") ha intrapreso una ricerca volta a vagliare l'esperienza applicativa delle prescrizioni del Decreto e le prospettive di riforma della normativa in esame.

A tal fine, nel 2018 è stata stipulata tra TIM e l'Università degli Studi della Tuscia di Viterbo una convenzione per l'attivazione di un dottorato di ricerca industriale in "Diritto dei mercati europei e globali, Crisi, diritti, regolazione", con un progetto avente ad oggetto le "Prospettive di riforma del d.lgs. 231/2001, con particolare attenzione al sistema disciplinare interno al modello organizzativo e alle *corporate internal investigations* su potenziali condotte illecite".

Il progetto di ricerca ha previsto, tra l'altro, la conduzione di un'**indagine empirica** (d'ora in avanti anche la "*Survey*") tramite l'**invio,** ad un campione di imprese di media e grande dimensione, **di uno specifico questionario**. L'obiettivo della *Survey* è di ottenere un set informativo che individui, dal punto di vista aziendale, le luci e le ombre della disciplina 231, gli ambiti della normativa avvertiti come più problematici nella loro pratica attuazione e, in ottica *de lege ferenda*, i suoi potenziali profili di revisione.

La *Survey* ha visto il coinvolgimento di Confindustria che da sempre segue attivamente il tema portando avanti una serie di importanti iniziative, tra cui, l'emanazione delle Linee Guida per la costruzione dei Modelli di Organizzazione Gestione e Controllo ai sensi del d.lgs. n. 231/01 (ultimo aggiornamento giugno 2021)

che, seppur non abbiano carattere di obbligatorietà, rappresentano da anni il principale riferimento, e un fondamentale e concreto supporto, per le aziende nel processo di definizione e aggiornamento dei propri modelli organizzativi.

Inoltre, TIM, nel 2017, aveva già condotto con Confindustria un'indagine empirica per verificare, in quell'occasione, il livello di diffusione dei modelli organizzativi e l'approccio rispetto al rischio aziendale di fenomeni corruttivi.

La partecipazione di Confindustria rappresenta senza dubbio un valore aggiunto per l'indagine in esame e il suo contributo all'iniziativa si è concretizzato nell'invio del questionario al proprio sistema associativo.

A premessa dell'indagine, nella prima parte del presente rapporto, vengono richiamati gli obiettivi dello studio, la metodologia di analisi e il campione di imprese che ha partecipato alla *Survey*.

Nella seconda parte, invece, sono riportate e commentate le risultanze dell'indagine (elaborate in forma aggregata e anonima).

1.1. LE RAGIONI E GLI OBIETTIVI DELLA RICERCA

In questi primi vent'anni di applicazione, o meglio sperimentazione, della normativa in esame, qualcosa non ha funzionato o non ha funzionato come avrebbe dovuto. Il punto non è più se occorra o meno ripensare la responsabilità dell'ente, esigenza ormai avvertita da più parti come necessaria, ma accordarsi sul tipo di intervento auspicabile.

La *Survey* nasce dalla necessità di un dialogo e un confronto tra i diversi attori coinvolti. Infatti, una prospettazione di istanze riformistiche non può prescindere dall'individuazione di quali ambiti della disciplina 231 siano avvertiti come più critici dagli enti, principali destinatari e attuatori della normativa in esame.

Riteniamo che l'esperienza aziendale maturata, sovente in realtà organizzative complesse, con riguardo alle problematiche sottese all'implementazione dei modelli organizzativi e alle relative attività di presidio e *assurance*, potrà contribuire non solo a formulare indicazioni concrete al superamento di quell'eventuale diversità di vedute

tra studiosi e operatori, ma anche ad accompagnare, rafforzandole in una prospettiva *de iure condendo*, alcune delle attuali linee evolutive della disciplina in esame.

La *Survey* rappresenta, quindi, lo strumento individuato nell'ambito del dottorato di ricerca industriale con cui si intende raggiungere l'obiettivo di analizzare, dall'angolo visuale delle società, ciò che attualmente depotenzia l'efficacia della responsabilità da reato degli enti e le prospettive di riforma del Decreto, con particolare riferimento ad eventuali interventi correttivi volti a valorizzare i modelli organizzativi *ante factum*.

L'ampiezza dell'oggetto dell'indagine empirica ha permesso la raccolta di un significativo ed esteso set informativo su molti aspetti critici del sistema 231, funzionale a delineare, in una prospettiva aziendalistica, un orientamento di particolare valore in merito ai possibili correttivi auspicabili in futuro. Le risultanze dell'indagine potranno, altresì, costituire un'importante base di studio per superare taluni limiti delle attuali proposte di riforma che non hanno, ad oggi, permesso di trovare un accordo condiviso da tutti coloro che si occupano della disciplina 231.

Da questo punto di vista, la *Survey* in esame presenta un elemento di indiscutibile originalità che rende particolarmente interessante l'analisi dei suoi esiti: infatti, allo stato attuale, non esiste uno studio simile che, in un'ottica di rivisitazione della materia, abbia coinvolto, su un ventaglio di tematiche molto ampio, un numero elevato di società di capitali.

I risultati della ricerca rappresenteranno la piattaforma sulla quale poter ragionare per una riflessione *de lege lata e ferenda* volta a tesaurizzare le indicazioni e i contributi restituiti dagli operatori d'impresa per fornire un serio ed equilibrato apporto al miglioramento di una normativa tanto centrale anche per la tenuta del sistema economico non solo nazionale.

1.2. METODOLOGIA E DEFINIZIONE DEL PERIMETRO DI INDAGINE

L'indagine empirica in esame è stata condotta - da settembre 2020 a marzo 2021 - mediante l'invio di un questionario, in formato elettronico, ad un campione

significativo di imprese di media e grande dimensione che operano in settori merceologici eterogenei.

Il questionario è diviso in cinque parti: presenta un'iniziale parte anagrafica nella quale sono richieste alcune informazioni generali sulla società ed è poi strutturato in quattro sezioni, ciascuna delle quali è articolata lungo una sequenza di domande, per un totale di trentatré quesiti, che consentono la risposta multipla per una maggiore agilità di compilazione. In alcuni casi, facoltativi, la risposta è libera (è possibile inserire, in un apposito campo libero, osservazioni riguardanti le motivazioni alla base della risposta fornita).

Nella redazione del questionario, si è provveduto alla individuazione e definizione di alcuni "punti di attenzione"[372], sintetizzati in una serie di domande (che saranno oggetto dei successivi approfondimenti), relative al seguente perimetro di indagine:

- **Modello 231 e sistema di controllo e gestione dei rischi integrato o *multi-compliance***. Il primo profilo di analisi della *Survey* è afferente all'adozione e attuazione di un idoneo modello organizzativo *ante delictum* quale perno dei meccanismi premiali contemplati nel Decreto. Ci si è posti l'obiettivo di indagare se le società – che devono sostenere rilevanti costi di elaborazione e implementazione dell'impianto prevenzionistico richiesto dalla disciplina 231 – ritengono oppure escludono (e per quale motivo) che la scelta di adottare e attuare un *compliance program ante delictum* sia stata "conveniente". Inoltre,

[372] Ai fini dell'individuazione dei punti di attenzione e della redazione del questionario, in aggiunta allo studio di opere monografiche e contributi scientifici in materia di responsabilità autonoma delle persone giuridiche, sono stati analizzati i seguenti documenti: (i) Note e Studi - "Prevenzione e governo del rischio di reato: la disciplina 231/2001 e le politiche di contrasto dell'illegalità nell'attività d'impresa" Gruppo di lavoro della Giunta Assonime coordinato da Pietro Guindani (5/2019); "Principi consolidati per la redazione dei modelli organizzativi e l'attività dell'organismo di vigilanza e prospettive di revisione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231", a cura di un Gruppo di Lavoro multidisciplinare (CNDCEC, Confindustria, Consiglio Nazionale Forense, ABI, ricercatori) (febbraio 2019); "Il modello organizzativo dell'azienda: proteggersi dalla responsabilità amministrativa 231 e gestire al meglio i processi" di un Gruppo di lavoro dei General Counsel di aziende di diversi settori del mercato; "D.Lgs. 231/01 - Indagine nell'ambito delle società quotate", a cura di PricewaterhouseCoopers SpA (dodicesima edizione relativa al 2019); "Novità in tema di *whistleblowing*. Aspetti da considerare e soluzioni operative", a cura di PricewaterhouseCoopers S.p.A. (edizione 2018); "Proposta di riforma del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231" a cura di AODV[231] (9 marzo 2016).

volgendo lo sguardo alle più recenti evoluzioni degli strumenti di controllo e gestione integrata e *multi compliance* dei numerosi obblighi di conformità in capo alle imprese, è stato chiesto ai partecipanti all'indagine se ritenessero necessario, in una riforma del Decreto, valorizzare - ai fini del riconoscimento dell'esonero da responsabilità dell'ente - e con quale concreta modalità, gli ulteriori presidi organizzativi e cautelari del sistema di controllo interno che, pur avendo un perimetro di riferimento diverso rispetto a quello della normativa 231, sono proiettati, come il *compliance program*, verso la prevenzione e vigilanza dell'attività d'impresa.

- **Il *whistleblowing* nel settore privato**. Ulteriore oggetto di analisi della *Survey* è la disciplina del settore privato sul *whistleblowing*. Numerosi sono gli spunti di riflessione che tale istituto offre, quale elemento centrale del sistema di controllo interno e che si pone in stretta connessione con la funzione prevenzionistica del modello organizzativo. Alla luce dell'esperienza empirica delle società, si è voluto approfondire la rilevanza e l'utilità dello strumento in ottica di contrasto e mitigazione del rischio di commissione dei reati 231 nel tessuto imprenditoriale italiano. Inoltre, con l'indagine in esame ci si è prefisso l'obiettivo di individuare, nell'ambito del processo di veicolazione e gestione delle segnalazioni, quali problematiche giuridiche, operative e organizzative riscontrano maggiormente gli enti.
- **Il sistema disciplinare interno al modello organizzativo e le *internal corporate investigations***. Una parte rilevante dell'indagine è stata dedicata a uno degli elementi strutturali del *compliance program, i.e.* il sistema disciplinare, finora non adeguatamente esplorato nelle sue molteplici e importanti funzioni e che potrebbe, invece, rappresentare il punto di forza dell'intera organizzazione prevenzionistica aziendale. La grande sfida di implementare una riforma dell'impianto normativo 231 andrebbe giocata anche in questo sottovalutato campo, al quale dovrebbe essere riconosciuto, al ricorrere di determinate condizioni, un ruolo più rilevante ed effettivamente premiale nell'ambito del

procedimento a carico dell'ente. In considerazione delle scarne indicazioni normative in merito agli elementi che dovrebbero comporre l'apparato disciplinare "231", la *Survey* si è posta l'obiettivo, *inter alia*, di comprendere l'effettiva applicazione dello strumento *de quo* da parte delle imprese e quali aspetti siano più problematici nella concreta costruzione di un efficace sistema sanzionatorio. Nella medesima prospettiva, un altro profilo di indagine è afferente, da un lato, all'attività svolta dall'OdV nell'ambito dell'apparato disciplinare "231" e a un eventuale intervento di riforma in materia volto a specificare tipologia di poteri e strumenti a disposizione del citato organismo per l'assolvimento dei propri compiti e, dall'altro, all'importanza di una eventuale regolamentazione *ad hoc* delle investigazioni interne finalizzate alla ricerca di eventuali comportamenti difformi dalle misure contemplate dal modello 231.

- **Lotta alla corruzione: analisi delle modifiche apportate al Decreto dalla Legge n. 3/2019 (c.d. "Spazzacorrotti")**. Con l'indagine ci si è posti altresì l'obiettivo di indagare, in una prospettiva aziendale, se l'inasprimento dell'impianto sanzionatorio di tipo interdittivo per i reati contro la Pubblica Amministrazione abbia in concreto comportato una maggiore incisività ed efficacia dell'azione di contrasto dei fenomeni corruttivi e se il nuovo sistema premiale per gli enti collaborativi *ex* art. 25, comma 5-*bis*, del Decreto merita una valutazione positiva oppure rappresenta per le società un'opzione criticabile alla luce di altri e simili istituti premiali contemplati nella normativa 231.
- **Il meccanismo premiale contemplato nel Decreto: possibili percorsi di una riforma**. Nell'ambito degli aspetti e delle questioni connesse all'applicazione della legge che, attualmente, appaiono più problematici e inidonei a costituire il suo volto "premiale", che pur dovrebbe rappresentare l'aspetto più qualificante del sistema 231, la *Survey* si è proposta, in ottica di rivisitazione della normativa in esame, di indagare e approfondire presso il mondo imprenditoriale alcune delle principali scelte di carattere sistematico compiute dal legislatore nel

corpus del Decreto, al fine di individuare quali ambiti della riforma siano ritenuti maggiormente rispondenti agli snodi avvertiti come più critici dagli enti. Ci si è posti altresì l'obiettivo di capire, dall'angolo visuale delle società, quali possano essere le azioni concrete da intraprendere in una prospettiva *de iure condendo* (i) per potenziare la capacità del modello organizzativo di esercitare una funzione *lato sensu* esimente della corresponsabilizzazione dell'ente, (ii) per recuperare l'efficienza del sistema degli incentivi "231", e, infine, per (iii) rafforzare la posizione processuale dell'ente.

- **L'apparato sanzionatorio e cautelare "231"**. Un ulteriore aspetto che si è ritenuto meritevole di approfondimento con l'indagine svolta è relativo al regime sanzionatorio e cautelare "231", uno dei profili più rilevanti del *corpus* del Decreto e che desta maggiore preoccupazione per le società, in considerazione soprattutto dell'elevato grado di afflittività delle misure cautelari interdittive. Molte sono le criticità emerse nel corso di questi vent'anni di vigenza della normativa 231, anche per alcune applicazioni giurisprudenziali che hanno sollevato una serie di rilevanti dissidi interpretativi. In tale ambito, con la *Survey* si è voluto approfondire, in una prospettiva di rivisitazione della materia, quali potessero essere per le imprese le linee di miglioramento della disciplina 231 e, quindi, gli interventi correttivi auspicabili nella particolare materia *de qua*.

Le risposte alla *Survey*, pervenute su una piattaforma digitale gestita da TIM, sono state analizzate esclusivamente a livello aggregato e in forma anonima: pertanto, i nominativi delle società partecipanti all'indagine in esame non compariranno nel presente rapporto.

Le informazioni sono state raccolte ed elaborate con il metodo operativo descritto di seguito.

Ai fini della nostra analisi, sono state considerate esclusivamente le indicazioni fornite dalle società attraverso la compilazione del questionario, mentre non si è proceduto ad una disamina delle scelte organizzative aziendali e dei documenti e

procedure che le imprese rendono pubblicamente visibili attraverso il proprio sito internet.

Questa scelta metodologica deriva dall'oggetto della *Survey* che trascende da un'analisi di mappatura delle attività che le società mettono in campo in termini di applicazione del Decreto.

Con il lavoro di indagine oggetto del presente rapporto è stato richiesto alle imprese, principali destinatari ed attuatori della normativa *de qua*, di esprimere soprattutto un "giudizio" su molti aspetti del sistema 231 e sulle attuali ipotesi di riforma del Decreto.

1.3. CARATTERISTICHE DEL CAMPIONE PARTECIPANTE ALL'INDAGINE

In merito all'universo statistico di riferimento, TIM ha individuato il campione di imprese da coinvolgere nella *Survey* selezionando una quota parte delle società italiane che compongono l'indice di Borsa Italiana FTSE *All Shares* al 31 luglio 2020 e un campione di società di media e grande dimensione non quotate.

Per quanto riguarda Confindustria, come detto, il questionario è stato inviato ad un campione di società attraverso il coinvolgimento del proprio sistema associativo.

In considerazione del contenuto altamente tecnico-giuridico dei quesiti, le società partecipanti sono per lo più a struttura complessa e caratterizzate dall'avere al proprio interno una specifica funzione *compliance* o, comunque, specialisti in materia 231.

Nella parte iniziale del questionario, in cui è prevista una Sezione Anagrafica, sono state richieste alcune informazioni generali sulle società partecipanti in merito al settore di appartenenza, al fatturato annuo e al numero dei dipendenti.

Alla data di chiusura dell'indagine (marzo 2021), il campione esaminato è complessivamente composto da 211 società che hanno partecipato attivamente all'indagine completando il questionario.

Il campione risulta articolato come illustrato nelle tabelle e grafici che seguono[373].

Con riferimento al parametro della quotazione:

Quotazione

Società quotate 42% (87 società)

Società non quotate 58% (120 società)

Settore di appartenenza

Per quanto attiene alla distribuzione settoriale delle società partecipanti alla *Survey*, dall'analisi sono emerse le seguenti percentuali:

Petrolio e Gas Naturale 9

Chimica 8

Materie Prime 7

Edilizia e Materiali 23

Prodotti e Servizi Industriali 39

Automobili e Componentistica 5

Alimentari 5

Moda Prodotti per la Casa e per la Persona 11

Salute 7

Commercio 4

Media 5

Viaggi e Tempo Libero 5

ICT (*Information Communication Technology*) 33

Servizi Pubblici 16

Banche e Servizi Finanziari 17

Assicurazioni 4

Altro 9

[373] Quattro questionari sono stati compilati da membri di Organismi di Vigilanza di più società che per tale motivo hanno deciso di non completare la sezione anagrafica che risulta, pertanto, composta da 207 risposte.

Riguardo al fatturato annuo della società per l'esercizio 2019:

Inferiore o uguale a 50 milioni di euro	61
Tra 50 milioni di euro e 100 milioni di euro	20
Tra 100 milioni di euro e 500 milioni di euro	50
Tra 500 milioni di euro e 1 miliardo di euro	19
Tra 1 miliardo di euro e a 10 miliardi di euro	47
Superiore a 10 miliardi di euro	10

Infine, con **riferimento al parametro del numero dei dipendenti al 31/12/2019:**

Inferiore o uguale a 5.000	162
Tra 5.001 e 10.000	21
Tra 10.001 e 20.000	5
Superiore a 20.000	19

2. MODELLO ORGANIZZATIVO E SISTEMA DI CONTROLLO E GESTIONE DEI RISCHI INTEGRATO O *MULTI-COMPLIANCE*

I modelli organizzativi, quali sistemi di gestione preventiva dell'eventuale rischio di verificazione delle condotte oggetto delle fattispecie di reato rilevanti ai sensi del Decreto, rappresentano un presupposto indispensabile ai fini del riconoscimento a favore dell'ente dell'esimente da responsabilità e, più in generale, contribuiscono al rafforzamento degli strumenti di prevenzione e governo dei rischi aziendali e al miglioramento dei presidi di buona *governance*. Tuttavia, la loro adozione ed efficace attuazione, così come l'adempimento delle altre prescrizioni della disciplina 231, comportano per le imprese rilevanti oneri organizzativi/costi gestionali e potrebbero causare, soprattutto nelle società di capitali di media e grande dimensione che abbiano adottato concorrenti strumenti di *risk management*, una possibile sovrapposizione o ridondanza di ruoli da parte dei soggetti coinvolti nell'attività di controllo e la

duplicazione di procedure e protocolli aziendali con conseguente appesantimento delle attività connesse al *core business*.

In questa prospettiva, con l'indagine svolta, ci si è posti l'obiettivo di indagare, in prima battuta, se le società ritengono, a distanza di due decenni dall'entrata in vigore della legge sulla responsabilità amministrativa degli enti, che sia stato raggiunto un punto di equilibrio tra i benefici attesi dall'adempimento delle prescrizioni contemplate nel Decreto e i costi elevati della *compliance* nonché le ragioni aziendali alla base di un'eventuale "convenienza" o "non convenienza" nell'adozione del modello 231.

2.1. L'ADOZIONE DI UN MODELLO ORGANIZZATIVO È CONVENIENTE IN UNA PROSPETTIVA AZIENDALE?

Alla domanda se **dotarsi di un modello organizzativo sia stato "conveniente" dal punto di vista aziendale,** delle 211 società partecipanti alla *Survey*:

- circa il **95,3 % (201 risposte)** ha dichiarato "Sì";
- circa il **3,3% (7 risposte)** ha dichiarato "No"; e
- soltanto l'**1,4% (3 risposte)** ha scelto l'opzione "Non saprei".

L'altissima percentuale di risposte affermative rappresenta un dato importante perché evidenzia che, nonostante i profili critici della disciplina 231 migliorabili *de iure condendo*, ad oggi la quasi totalità delle società partecipanti alla *Survey* ha ritenuto vantaggiosa l'adozione e implementazione di un proprio modello organizzativo.

Invero, solo un numero esiguo di società del campione partecipante alla *Survey* percepisce maggiormente il beneficio derivante dall'accettazione del rischio di commissione di un reato presupposto rispetto al deterrente derivante dalle pesanti sanzioni applicabili dalla giustizia.

Le società, quindi, nonostante i costi e l'impegno organizzativo profuso, non considerano diseconomica l'attuazione, ai sensi di quanto richiesto dal Decreto, di un adeguato ed efficace sistema di prevenzione e controllo di condotte illecite rispetto

all'accettazione del rischio di una contestazione "231" e delle sue eventuali conseguenze, sia in termini di sanzioni applicabili sia di danni all'immagine. Ai fini della convenienza ad adottare un modello organizzativo finalizzato all'esonero di responsabilità dell'impresa, occorre infatti considerare che, soprattutto negli ultimi anni, le società hanno iniziato a ritenere prioritario, tra i vari rischi aziendali, il rischio reputazionale e, al riguardo, la contestazione di un reato-presupposto e quella penale a carico, in particolare, degli apicali può certamente comportare una forte lesione dell'immagine dell'impresa, anche nell'immediatezza dell'avvio delle indagini laddove la vicenda abbia avuto grande risonanza mediatica.

Ove si consideri che la reputazione di una società rappresenta uno dei suoi *asset* più rilevanti, per gli enti è sicuramente importante evitare, quindi, anche i pregiudizi di carattere extraprocessuale che la contestazione di un illecito amministrativo può arrecare: primo fra tutti, appunto, quello relativo ad un *downgrading* della propria *corporate reputation*.

A ben vedere, tali pregiudizi, lungi dall'avere carattere "sociale" o "morale", potrebbero comportare un danno economico maggiore sia rispetto ai costi sostenuti dall'ente per un efficace miglioramento della *compliance* interna, sia avuto riguardo, ad esempio, alle somme versate ed impiegate per la realizzazione delle prescrizioni di cui all'art. 17.

Non può sottacersi, infatti, che nella valutazione di interesse e convenienza dell'ente all'adozione di un modello organizzato riveste un ruolo importante anche l'esigenza di evitare pregiudizi estranei al processo a carico dell'ente quali, ad esempio, la risoluzione di contratti e la cessazione di alleanze strategiche/*joint venture* con partner e fornitori, la difficoltà di accesso alle fonti di finanziamento, il declassamento ad opera delle agenzie di *rating*, il deterioramento del valore del *brand*, i maggiori costi di comunicazione per recuperare la propria reputazione ecc. Si tratta di interessi che potrebbero apparire poco tangibili, "astratti", indiretti e di difficile valutazione in termini finanziari. Ma per le società, ben consapevoli del rapporto positivo tra reputazione e *business*, si tratta di risvolti assai concreti che potrebbero essere pregiudicati dalla mancata attuazione delle prescrizioni di cui al Decreto e da una contestazione per reati 231.

2.1.1. LE RAGIONI DEL "SÌ"

Alle **201 società** che hanno ritenuto "conveniente" l'adozione del modello organizzativo, è stato poi chiesto di indicare – scegliendo in un ventaglio di opzioni proposte - le motivazioni alla base della loro scelta.

L'adozione del modello è stata ritenuta "conveniente" perché[374]:

- **con una percentuale del 33,3%:** «*permette, grazie all'individuazione e al costante monitoraggio delle attività e dei settori a rischio commissione reati-presupposto, di individuare eventuali "gap organizzativi" che riguardano le normative vigenti (sicurezza sul lavoro, ambiente, anticorruzione ecc.) e riduce il rischio di sanzioni derivanti da non conformità, con potenziali gravissimi danni patrimoniali e d'immagine alle società*»;
- **con una percentuale del 17,5%:** «*favorisce una maggiore chiarezza organizzativa e permette un corretto bilanciamento tra poteri e responsabilità migliorando la* governance *e portando a una gestione del business trasparente e corretta*»*;*
- **con una percentuale del 15,02%:** «*assicura il rispetto delle normative correlate (tra le quali, ad esempio, quelle relative alla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro) portando negli anni ad una riduzione di reati infortunistici, incidenti ambientali, affidamento incauto di lavori, servizi, forniture, appalti con conseguente* cost-saving»;
- **con una percentuale del 13%:** «*è stata l'occasione per riportare ad una unica logica i processi e i presidi aziendali posti a mitigazione del rischio di commissione dei reati presupposto che spesso vengono gestiti sulla base di regole emesse in modo non coordinato dalle diverse funzioni aziendali in quanto relative a diverse normative*»;
- **con una percentuale del 9%:** «*ha comportato, nell'ambito del più ampio Sistema di Controllo Interno, una razionalizzazione dei processi/misure di*

[374] La domanda a risposta multipla prevedeva la possibilità per le società di indicare più di una motivazione (fino ad un massimo di due) tra quelle proposte a sostegno della "convenienza". Pertanto, la percentuale indicata è stata calcolata facendo riferimento al numero complessivo di risposte fornite dalle società che hanno risposto "Sì".

controllo, con compressione, nel lungo periodo, di costi monetari e di struttura investiti dalla società»;

- **con una percentuale del 9%:** «*ha comportato un ritorno positivo in termini di immagine e reputazione agevolando, altresì, l'accesso ai bandi di gara della P.A. e dei clienti di grandi dimensioni*».

Soltanto il **3%** ha selezionato, tra le motivazioni a favore della "convenienza" all'adozione del modello organizzativo, che *permette di raggiungere un miglior posizionamento riguardante il* Rating *di Legalità*.

Il dato più rilevante che emerge dalle risultanze è che le società ritengono l'adozione del modello organizzativo, soprattutto in un sistema di *compliance* integrata, "conveniente" perché ha consentito di ottenere numerosi benefici e vantaggi anche di più ampio respiro rispetto alla sola logica disegnata dal sistema 231 di prevenzione del rischio di commissione dei reati-presupposto. Tra i vantaggi, le società hanno indicato: (i) l'eliminazione di "*gap* organizzativi" e mitigazione del rischio di *compliance failures*, con conseguente protezione rispetto all'immagine aziendale e al pericolo di applicazione di sanzioni e misure cautelari; (ii) una razionalizzazione e un miglioramento dell'efficacia e dell'efficienza dei presidi e delle procedure a mitigazione del rischio di commissione di un reato-presupposto; (iii) un maggiore coordinamento tra i diversi soggetti aziendali diversamente coinvolti nel sistema interno di controllo e gestione dei rischi, anche attraverso l'individuazione ed eliminazione delle duplicazioni di *effort*; (iv) un risparmio di risorse e di costi.

Dai suddetti risultati, si evince chiaramente come, nella prospettiva aziendale, l'adozione di un modello organizzativo ha cominciato ad avere funzioni ulteriori a quella di esonero di una società da responsabilità amministrativa per i reati commessi dai propri *manager* o dipendenti. È possibile rintracciare un nuovo DNA del *compliance program*, declinabile in un sistema di plurimi obiettivi in cui la sua adozione assume il significato di un indice di credibilità, affidabilità, responsabilità sociale e buona *governance*.

In quest'ottica, la scelta dell'ente di adottare un modello organizzativo sembra ricomprendere opzioni premiali e opportunità estranee alla logica del sistema 231, spendibili dagli enti per finalità diverse ed ulteriori e in grado di andare oltre la caustica dicotomia costo/beneficio.

2.1.2. LE RAGIONI DEL "NO"

Da un'analisi delle risposte selezionate dalle 7 società del campione che hanno dichiarato che l'adozione del modello organizzativo non sia stata "conveniente", emerge che nella maggior parte dei casi le ragioni ricadono su alcuni aspetti della normativa 231 rinomatamente problematici dal punto di vista aziendale.

In particolare, l'adozione del modello è stata ritenuta non "conveniente" perché[375]:

- **con una percentuale del 27,8%:** «*a fronte di rilevanti oneri organizzativi e costi gestionali per l'adempimento di quanto previsto dal Decreto, in caso di commissione di un reato-presupposto, nel giudizio di adeguatezza del modello 231 prevale in ogni caso la logica del "reato commesso uguale a modello inidoneo" e quindi l'inapplicabilità di fatto del riconoscimento dell'esimente a favore dell'ente*»;
- **con una percentuale del 22,2%:** «*la previsione di un organo di controllo ulteriore rispetto a quelli propri del sistema di* governance *genera un "appesantimento" per le imprese (anche in considerazione degli ulteriori costi aziendali e monetari) senza un effettivo beneficio in termini di efficacia e razionalizzazione dei controlli da parte dei molteplici soggetti a ciò deputati nell'ambito del corposo sistema di controlli aziendali*»;
- **con una percentuale del 16,7%:** «*le misure previste dal modello hanno comportato un aggravio e una duplicazione di procedure e protocolli aziendali, spesso eccessivamente rigidi in termini di vincoli, con conseguente rallentamento delle attività operative*»;
- **con una percentuale del 16,7%:** «*diversi fattori evidenziano un approccio repressivo della disciplina 231, a discapito della logica collaborativa e premiale che avrebbe potuto rappresentare un valore aggiunto della disciplina stessa*»;
- **con una percentuale del 16,7%:** «*la disciplina introdotta dal Decreto può appesantire le attività connesse al core business dell'ente attraverso l'istituzione*

[375] La domanda a risposta multipla prevedeva la possibilità per le società di indicare più di una motivazione, fino ad un massimo di tre, tra quelle proposte a sostegno della non "convenienza". Pertanto, la percentuale indicata è stata calcolata facendo riferimento al numero complessivo di risposte fornite dalle società del campione esaminato che hanno risposto "No" alla precedente domanda.

di procedure/processi eccessivamente rigidi in termini di vincoli con conseguente rallentamento del regolare svolgimento delle attività operative»;

- **con una percentuale dello 0%**: «il *Sistema di Controllo Interno è già di per sé sufficiente ad evitare la commissione di reati-presupposto*».

Tra le ragioni del "No", le società hanno evidenziato che l'adozione del modello 231 e l'adempimento di quanto previsto dal Decreto, non rappresentano – come dovrebbero - uno «scudo protettivo» per l'ente rispetto ad una sua eventuale responsabilità *ex delicto* in caso di commissione di un reato presupposto all'interno della propria organizzazione aziendale. Nella prassi, infatti, la giurisprudenza sembra utilizzare un metodo di giudizio fondato sul paradigma delle c.d. "profezie auto-avveranti", per le quali la verificazione del reato è per sé indice della inadeguatezza del modello organizzativo adottato *ante delictum*. A vent'anni dall'entrata in vigore del Decreto, il procedimento valutativo sull'idoneità del modello 231 rappresenta, ancora, come emerge chiaramente dalle risultanze della *Survey*, uno degli aspetti più critici per le società e il principale punto di debolezza dell'intera disciplina 231.

Inoltre, occorre rilevare che un numero significativo di società rientranti nel campione del "No", ha evidenziato che l'adozione del modello 231, intersecandosi con altri sistemi di *compliance* già previsti ed implementati nell'ambito dell'organizzazione aziendale, ha comportato un numero eccessivo di procedure e *policy* per la gestione dei rischi, una loro duplicazione o sovrapposizione, con conseguente rischio di processi incoerenti o eccessivamente rigidi, ridondanza nelle attività operative, non ottimizzazione/razionalizzazione dei controlli (soprattutto tra quelli propri della *corporate governance* e quelli attribuiti all'Organismo di Vigilanza) e del sistema di coordinamento interno.

In questa prospettiva, dall'analisi dei dati sopra riportati, si evince la preoccupazione degli enti che l'adempimento delle prescrizioni contemplate dalla disciplina 231 possa creare una struttura aziendale eccessivamente "proceduralizzata" e ciò, come noto per gli operatori d'impresa, non è sempre sinonimo di una efficiente organizzazione. Invero, di fronte a molteplici e ridondanti presidi comportamentali di prevenzione e controllo richiesti dal Decreto e dalle altre normative applicabili alle

imprese, il dipendente potrebbe trovarsi in difficoltà, non applicarli in maniera corretta o aggirarli per velocizzare l'attività.

Infine, è significativo notare che nessuna delle sette società ha selezionato tra le risposte a scelta multipla contemplate nella *Survey* la motivazione consistente nel fatto che «il *Sistema di Controllo Interno è già di per sé sufficiente ad evitare la commissione di reati-presupposto*». Da questo dato appare di plastica evidenza che anche le società che ritengono l'adozione del modello non "conveniente", escludono che i preesistenti o comunque concorrenti strumenti di *risk management*[376] siano sufficiente a prevenire le condotte illecite rilevanti ai fini dell'integrazione dei cc.dd. reati presupposto.

2.2. IL SISTEMA DI CONTROLLO E GESTIONE DEI RISCHI INTEGRATO O *MULTI-COMPLIANCE* IN UNA PROSPETTIVA *DE IURE CONDENDO*

Come noto, il rischio di *compliance*, ossia di non conformità alle norme, comporta per le imprese la possibilità di incorrere sia nell'applicazione di sanzioni molto afflittive, con gravi ripercussioni sull'attività produttiva e/o economica delle stesse, sia in un danno all'immagine aziendale che potrebbe anch'esso provocare rilevanti conseguenze economiche (si pensi, a titolo esemplificativo, alla possibile svalutazione del valore di mercato delle azioni, ad un assottigliamento delle quote di mercato, all'esclusione della società da procedure per l'aggiudicazione di appalti pubblici, al mancato rinnovo di contratti in corso di esecuzione o alla risoluzione degli stessi e a un aumento del costo della raccolta di capitale).

Un'ottimizzazione del Sistema di Controllo Interno, di cui il modello organizzativo è parte, richiede alle imprese una gestione integrata e olistica a livello di

[376] Il Sistema di Controllo Interno è definito nell'art. 6 del Codice di Corporate Governance del 2020 come il sistema "costituito dall'insieme delle regole, procedure e strutture organizzative finalizzate ad una effettiva ed efficace identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi, al fine di contribuire al successo sostenibile della società".

governance dei diversi e molteplici rischi di non conformità e dei relativi programmi di *compliance* che le aziende adottano in forza delle diverse normative di settore[377].

Invero, la gestione dei numerosi obblighi di conformità secondo un approccio non più tradizionale ma che, in linea con le *leading practices* in materia, preveda la costruzione e implementazione di un processo di *compliance* integrata - anche attraverso l'utilizzo di *framework* condivisi ed esecuzione di *risk assessment* congiunti - presenta, tra l'altro, i seguenti vantaggi: facilita la progettazione e l'effettività di controlli appropriati ed efficienti a livello societario e di gruppo; garantisce una diffusione capillare di opportune contromisure a tutti i livelli dell'impresa; permette una maggiore efficienza nella fase di monitoraggio delle attività sensibili e consente una riduzione dei costi aziendali di *compliance*. In tal modo si evitano, altresì, duplicazioni o sovrapposizioni di ruoli (laddove gli stessi incidano sui medesimi processi) che possono dar vita a ridondanza nelle attività di monitoraggio/*testing* e di reportistica agli organi di gestione e controllo, a situazioni di opacità o insufficiente trasparenza nelle singole responsabilità e a un eccesso di presidi o – peggio – a vuoti di controllo.

Al riguardo, si deve sottolineare che, soprattutto nelle imprese di grande dimensione con vocazione internazionale, il Sistema di Controllo Interno è adottato sovente in conformità ai modelli di riferimento forniti anche dagli organismi internazionali. Il tema è noto a chiunque sia consapevole delle prassi relative all'adozione e attuazione, nell'ambito di strutture organizzative articolate, dei modelli 231, che il più delle volte si trovano a convivere e interagire con altri sistemi aziendali di prevenzione e gestione di rischi, con l'inevitabile conseguenza di un necessario coordinamento per evitare inutili moltiplicazioni di attività, disallineamento di informazioni e notizie tra le varie strutture aziendali e il rischio di sovrapposizione di funzioni di controllo.

[377] Per un'ampia riflessione sulla *compliance* aziendale, normativa, penale, v. V. Mongillo, *Presente e futuro della* compliance *penale*, in *www.sistemapenale.it*, 11 gennaio 2022. Cfr. per un'attenta disamina della *compliance* penale secondo il modello di responsabilità previsto dal d.lgs. 231/2001, N. Selvaggi, *La prevenzione e il controllo del reato attraverso la 'compliance': la prospettiva italiana nel contesto straniero e internazionale*, in *Rivista di* Corporate Governance, 3/2020, p. 393 ss.

Questi ulteriori strumenti di *risk management*[378], pur avendo un perimetro di riferimento diverso rispetto a quello del Decreto, condividono con il modello organizzativo la stessa funzione preventiva e di vigilanza dell'attività d'impresa[379]. Proprio per tale ragione, ci si domanda se questo approccio di *compliance* integrata potrebbe e "dovrebbe" rilevare ai fini di una parametrazione dei profili di responsabilità dell'ente ai sensi della normativa 231.

Più precisamente, in caso di commissione di un reato presupposto nell'interesse o a vantaggio della società, nella valutazione giudiziale delle cautele organizzative su cui si fonda la ricostruzione della colpa dell'ente, che peso potrebbe darsi – e con quali limiti – agli altri sistemi e strumenti di controllo e contenimento dei rischi adottati nel complessivo assetto organizzativo dell'impresa? Nella valutazione che l'autorità giudiziaria (sia essa il p.m. o il giudice) è chiamata a compiere ai fini dell'eventuale operatività del meccanismo premiale di cui al Decreto, le eventuali carenze operative, gestionali e di controllo riscontrabili in un modello 231, potrebbero essere "superate" o "colmate" dall'esistenza di un impianto prevenzionistico altrove allocato e comunque nel suo complesso stimabile - secondo una valutazione *ex ante* - come adeguato ed efficiente?

È stato pertanto chiesto al campione di 211 imprese partecipante alla *Survey* **se questo sistema di gestione dei rischi integrato o multi-c*ompliance* dovrebbe essere valorizzato in una riforma del Decreto**.

È risultato che:

- circa il **79%** (166 risposte) ha dichiarato di "Sì";
- circa il **7%** (14 risposte) ha ritenuto di "No"; e
- il **15%** (31 risposte) ha scelto l'opzione "Non saprei".

[378] A mero titolo di esempio, Enterprise Risk management, sistemi aziendali in materia antinfortunistica (UNI-INAIL o OHSAS 18001 o ISO 45001), ambientale (EMAS o ISO14001), di sicurezza informatica (ISO 27001), e anticorruzione (ISO 37001), Tax Control Framework, L. 262/05 e/o il Sarbanes-Oxley Act (SOX) ecc.

[379] V. Esposito A., *L'impetuosa avanzata della compliance. La 231/01 ha compiuto 20 anni*, in in *Arch. pen.*, 2/2021, in particolare p. 12.

Anche in questo caso, dall'alta percentuale di risposte affermative traspare il forte auspicio delle società per un intervento riformatore del Decreto volto a valorizzare l'insieme di tutti i presidi, protocolli e strumenti di gestione dei rischi adottati in conformità alle previsioni di legge, del Decreto, degli standard internazionali e della restante e copiosa disciplina di settore.

2.2.1 LE RAGIONI DEL "SÌ"

Alle **166 società** che hanno risposto affermativamente alla domanda precedente, è stato poi chiesto di scegliere tra due differenti modalità di valorizzazione, nell'ambito della disciplina 231, del sistema integrato di gestione dei rischi.

Dall'analisi svolta emerge che, all'interno del Decreto, il suddetto sistema dovrebbe essere valorizzato:

- **con una percentuale del 50%:** mediante una «*modifica normativa che equipari espressamente il modello agli altri presidi di gestione e controllo interno dei rischi d'impresa: ai fini dell'esonero di responsabilità ciò che conta è l'effettiva adozione della specifica cautela in funzione di prevenzione del rischio reato verificatosi (ovunque sia collocata nel complessivo assetto organizzativo aziendale)*»;
- **con una percentuale del 50%:** mediante la previsione di una «*espressa esimente da responsabilità per alcuni reati-presupposto qualora la società abbia adottato oltre il modello 231 altri sistemi di gestione per rischi specifici (ad esempio, per la gestione dei rischi di corruzione lo standard ISO 37001 e in materia di salute e sicurezza lo standard ISO 45001)*».

Il dato interessante è che ciascuna delle due istanze riformistiche proposte ha ottenuto esattamente il **50%** delle scelte espresse senza, pertanto, lasciare emergere, dal punto di vista del campione di società interessate dal quesito in esame, alcuna chiara preferenza sul punto. In entrambi i casi, tuttavia, appare di plastica evidenza che, in una prospettiva aziendalistica, il riconoscimento dell'esonero da responsabilità per l'ente dovrebbe spostarsi da un giudizio esclusivo sull'adozione del modello organizzativo e sulla sua adeguatezza a prevenire il reato presupposto poi verificatosi

ad un giudizio più ampio che vada ad indagare se, nell'ambito dell'intera organizzazione prevenzionistica aziendale, è stata concretamente adottata una specifica e adeguata cautela orientata a contenere, in processi e attività sensibili, il rischio di commissione dello specifico illecito posto in essere dall'apicale e/o dal sottoposto.

2.2.2. LE RAGIONI DEL "NO"

Con riferimento all'opzione del "No", il questionario prevedeva la facoltà per le società di inserire, in un apposito campo libero, osservazioni riguardanti le motivazioni della risposta fornita.

Quattro società su quattordici hanno deciso di rispondere dichiarando che una riforma del Decreto volta a valorizzare il sistema di gestione dei rischi integrato o multi-*compliance*:

- *rischierebbe di comportare un appesantimento dei requisiti organizzativi ai fini dell'esimente;*
- *potrebbe operare come disincentivo all'adozione del modello organizzativo soprattutto per le società di piccole e medie dimensioni*;
- *non sarebbe necessaria in quanto sono sufficienti i modelli di riferimento contemplati nel Decreto*;
- *rischierebbe di comportare un appiattimento dell'organizzazione aziendale in materia di gestione del rischio su standard precostituiti o rigidi modelli legali che potrebbero non essere aderenti alle specifiche esigenze delle singole società.*

Dieci società non hanno, invece, espresso alcuna argomentazione a sostegno della propria scelta.

Per quanto attiene alla **composizione del campione complessivo delle 14 società per le quali non sarebbe necessaria una valorizzazione nel Decreto del sistema di gestione dei rischi integrato o multi-*compliance***, si segnala che dall'analisi emerge quanto segue:

- l'**85,71%** ha un numero di dipendenti inferiore a 5000 e soltanto il **14,29%** superiore a 20.000 dipendenti;
- il **28,6%** ha un fatturato inferiore o uguale a 50 milioni di euro; il **28,6%** tra 50 milioni di euro e 100 milioni di euro; il **21,43%** tra 100 milioni di euro e 500 milioni di euro; il **7%** tra 500 milioni di euro e 1 miliardo di euro; il **7%** tra 1 miliardo di euro e 10 miliardi di euro e, infine, il **7%** superiore a 10 miliardi;
- le società afferiscono a diversi settori merceologici che vanno a coprire la quasi totalità delle categorie previste senza, quindi, potersi delineare un dato significativo in tal senso.

2.2.3. CARATTERISTICHE DEL CAMPIONE DI SOCIETÀ CHE HA SCELTO L'OPZIONE "NON SAPREI"

Dall'analisi del **campione delle 31 società** che ha selezionato l'opzione "Non saprei", emerge quanto segue:

- il **93,3%** ha un numero di dipendenti inferiore a 5000; il **3,3 %** tra 5000 e 10.000 e il **3.3%** superiore a 20.000 dipendenti;
- il **60%** ha un fatturato inferiore o uguale a 50 milioni di euro; il **6,7%** tra 50 milioni di euro e 100 milioni di euro; il **23,3%** tra 100 milioni di euro e 500 milioni di euro; il **3.3%** tra 500 milioni di euro e 1 miliardo di euro; il **6,7%** tra 1 miliardo di euro e 10 miliardi di euro;
- le società afferiscono a diversi settori merceologici tra cui emergono per popolosità le seguenti categorie: Edilizia e materiali (20%), ICT (16,7%) e Prodotti e Servizi Industriali (26,7%).

3. IL *WHISTLEBLOWING* NEL SETTORE PRIVATO

Un ulteriore profilo di indagine affrontato nella *Survey* in esame è relativo all'analisi, alla luce della disciplina dettata dal Decreto, dello strumento del

whistleblowing, quale elemento centrale del sistema di controllo interno e che si pone in stretta connessione con la funzione prevenzionistica del modello organizzativo.

Al riguardo, con l'entrata in vigore della legge 30 novembre 2017, n. 179, recante *"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",* il legislatore, tra l'altro, ha introdotto nel Decreto un insieme di misure *ad hoc* rivolte al c.d. "*whistleblower* privato", ossia a quel dipendente (apicale o sottoposto) che, in ragione delle funzioni svolte nell'ambito del proprio rapporto di lavoro, sia venuto a conoscenza di eventuali comportamenti illeciti rilevanti ai sensi del Decreto, nonché di violazioni – potenziali o effettive - del modello organizzativo e decide di denunciarle. L'ambito delle violazioni che possono essere segnalate è strettamente connesso, per legge, alla finalità di tutelare l'integrità dell'ente.

L'allineamento alle novità introdotte dalla legge sul *whistleblowing* ha reso necessario l'adeguamento, da parte delle società, dei propri modelli 231, al fine di prevedere, *inter alia*, l'implementazione - anche mediante l'adozione di specifiche procedure operative - di uno o più canali (di cui almeno uno telematico) che consentano ad amministratori, dirigenti e collaboratori, sia subordinati che autonomi, di presentare segnalazioni circostanziate di presunte condotte illecite o di violazioni del modello organizzativo.

Tutti i canali comunicativi implementati dall'ente dovranno, inoltre, garantire la riservatezza dell'identità del segnalante in tutte le attività di gestione della segnalazione.

Al riguardo, particolare rilevanza è assunta dall'art. 6, comma 2-*bis*, lett. c) e lett. d), del Decreto, ai sensi del quale, rispettivamente, vengono vietati atti di ritorsione o discriminatori, diretti o indiretti, nei confronti del *whistleblower*, per motivi collegati, direttamente o indirettamente, alla sua segnalazione ed è previsto che il sistema disciplinare interno al modello organizzativo contempli sanzioni nei confronti di chi viola le misure di tutela del segnalante e, in un'ottica di bilanciamento dei contrapposti interessi tra segnalante e segnalato, sanzioni nei confronti di chi effettua con dolo o colpa grave segnalazioni che si rivelano infondate.

Lo stato dell'arte raggiunto nel nostro Paese costituisce un traguardo notevole che, tuttavia, non può considerarsi alla stregua di un obiettivo finale, poiché,

nonostante gli sforzi che sono stati fatti negli ultimi anni, la disciplina in materia - come sarà analizzato più dettagliatamente nel prosieguo del presente lavoro - è ancora lacunosa in alcuni ambiti e non in linea con le *best practices* esistenti in ambito internazionale. Ad esempio, in Italia, a differenza di quanto avviene in altri Paesi europei, allo stato attuale non è prevista una tutela completa della riservatezza dell'identità del segnalante e ciò potrebbe rappresentare uno dei fattori che non ha permesso di raggiungere i risultati sperati.

D'altra parte, la protezione del *whistleblower* nel territorio europeo si presenta piuttosto frammentaria, con diversi livelli e forme di protezione per i soggetti segnalanti.

Allo scopo di rendere il quadro normativo più omogeneo a livello comunitario, il Parlamento Europeo, nel 2019, ha approvato la Direttiva UE 2019/1937, "riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione" (di seguito anche la "Direttiva"), sia nell'ambito pubblico sia nel settore privato. La Direttiva, che rafforza e uniforma le misure di protezione del segnalante e incentiva la realizzazione di cc.dd. "*speak-up policies*", si applica solo a violazioni del diritto comunitario, anche se i Paesi membri hanno la possibilità di estenderne l'applicazione ad altri settori o atti non contemplati specificamente dalla stessa. La disciplina dettata dalla Direttiva dovrà essere recepita dagli Stati membri entro il 17 dicembre 2021 e il suo adeguamento comporterà, per molti aspetti, delle significative modifiche anche al nostro apparato normativo[380].

3.1. LA RILEVANZA E UTILITÀ DELLO STRUMENTO DEL *WHISTLEBLOWING* PER CONTRASTARE LA COMMISSIONE DI REATI ALL'INTERNO DELL'AZIENDA: IL PUNTO DI VISTA DELLE SOCIETÀ

Alla luce delle brevi considerazioni sin qui svolte, è stato chiesto al campione di **211 imprese** partecipante alla *Survey* se, in base alla loro esperienza, **la legge sul**

[380] Le aziende con un numero di dipendenti tra 50 e 249 avranno termini più lunghi per implementare i sistemi di *whistleblowing* interni.

***whistleblowing* è uno strumento utile per contrastare la commissione di reati all'interno dell'azienda**.

A tale quesito, le società hanno risposto nel seguente modo:

- circa il **70%** (148 risposte) ha dichiarato di "Sì";
- circa il **18%** (37 risposte) ha ritenuto di "No"; e
- circa il **12%** (26 risposte) ha scelto l'opzione "Non saprei".

Dall'alta percentuale di risposte affermative, si evidenzia la consapevolezza da parte delle società nel percepire il *whistleblowing* come un elemento centrale e cruciale del sistema di prevenzione e controllo del rischio di commissione di reati-presupposto e di qualsivoglia comportamento deviante dalle regole di *compliance*, maturati spesso nell'ambito di organizzazioni aziendali ampie e stratificate in articolazioni verticali e orizzontali, basate su una molteplicità di funzioni e direzioni, e che resterebbero altrimenti sommersi.

Tuttavia, l'analisi dei dati sopra riportati rileva, altresì, che il numero di preferenze del "No" e del "Non saprei" resta ancora elevato: la percentuale di società che non crede, o non crede pienamente, nelle potenzialità del processo di *whistleblowing* sollecita più di una riflessione sulle motivazioni alla base di tale posizione e su quale possa essere la strada da intraprendere per rendere il processo in esame un elemento effettivamente centrale del sistema prevenzionistico aziendale. Invero, un adeguato sistema di veicolazione delle segnalazioni svolge un'importante funzione special-preventiva nell'ambito del controllo dell'illiceità del colletto bianco.

Incentivare i dipendenti a segnalare internamente potenziali condotte illecite o violazioni del modello organizzativo permette, infatti, un intervento tempestivo da parte dell'ente al fine di accertare e reprimere, all'esito di un'apposita istruttoria, i fatti oggetto di segnalazione, prima che gli stessi possano eventualmente aggravarsi (si pensi a violazioni del modello 231 riconducibili a una fase antecedente all'eventuale commissione di un reato presupposto), con il rischio di incorrere in pesanti sanzioni e pubblicità negativa con conseguente danno reputazionale.

D'altro canto, come si avrà modo di osservare nel prosieguo del presente lavoro, permane un forte timore da parte del potenziale *whistleblower* per i rischi e le

implicazioni cui in concreto potrebbe essere esposto in conseguenza della scelta operata. Al riguardo, per il dipendente rappresentano un forte disincentivo alla denuncia, *inter alia*, il timore che alla propria segnalazione di una irregolarità o di un illecito endoaziendale potrebbe non essere dato alcun seguito effettivo, la preoccupazione che la propria identità sia rivelata e che possano essere adottate dall'ente-datore di lavoro misure ritorsive o discriminatorie e, in generale, il timore di esporsi ad altre forme di pregiudizio per la propria reputazione e per le prospettive di carriera (ad esempio, difficoltà di ottenere promozioni, referenze negative per futuri posti di lavoro ecc.). Di più, si pensi alle ricadute negative nell'ambito del contesto lavorativo: il *whistleblower* potrebbe essere messo da parte dai colleghi, subire dagli stessi ritorsioni "sottili" e "subdole" e trovarsi a prestare la propria attività lavorativa in un clima di sospetto, disistima e scarsa fiducia.

Occorre, quindi, proseguire nell'instaurazione di un clima propositivo da parte delle società nell'incentivare segnalazioni di presunti comportamenti scorretti, vincendo la diffidenza e, talvolta, la paura che aleggia nei potenziali segnalanti, migliorando l'accessibilità dei canali di comunicazione e attuando un'attenta opera di sensibilizzazione dei dipendenti: questi ultimi, infatti, saranno più propensi a segnalare eventuali irregolarità, allorquando vi siano canali di segnalazione maggiormente adeguati, nonché maggiori certezze di tutela e salvaguardia da comportamenti ritorsivi nei confronti del *whistleblower* in tutte le fasi di gestione delle segnalazioni.

3.1.1. LE RAGIONI DEL "SÌ"

Alle **148 società** che avevano risposto affermativamente alla precedente domanda è stato poi chiesto di motivare la propria scelta, selezionando fino a un massimo di due opzioni tra quelle proposte nella *Survey* a sostegno dell'"utilità".

La legge sul *whistleblowing* è stata ritenuta utile al fine di contrastare la commissione di reati perché[381]:

[381] La domanda a risposta multipla prevedeva la possibilità per le società di indicare più di una motivazione (fino ad un massimo di due) tra quelle proposte a sostegno dell'"utilità". Pertanto, la percentuale indicata è calcolata facendo riferimento al numero complessivo di risposte fornite dalle società che hanno risposto "Sì".

- **con una percentuale del 45,08%:** «*contribuisce a sensibilizzare le imprese sull'importanza di puntare anche sulla collaborazione delle risorse interne per creare un sistema efficace di prevenzione degli illeciti, anche corruttivi*»;
- **con una percentuale del 18,94%:** «*l'implementazione di canali alternativi per la segnalazione, di cui almeno uno informatico, e di efficaci misure a tutela della riservatezza dell'identità del segnalante, unitamente a specifiche attività di formazione aziendale sulle finalità e sul funzionamento dell'istituto, comporteranno un aumento delle segnalazioni*»;
- **con una percentuale del 17,42%:** «*la piena tutela contro atti di ritorsione e discriminatori da parte dell'azienda in caso di segnalazione di illeciti ha comportato il superamento di importanti criticità per il segnalante*»;
- **con una percentuale del 11,36%:** «*l'implementazione di un canale di segnalazione gestito all'"esterno" per conto dell'azienda ha favorito una maggiore fiducia del segnalante nell'utilizzo dello strumento*»;
- **con una percentuale del 7,20%:** «*l'istituto ha contribuito in maniera efficace alla prevenzione del rischio commissione reati-presupposto e ha rappresentato la principale fonte attraverso cui sono emerse frodi e comportamenti illeciti*».

L'analisi delle preferenze espresse rileva, innanzitutto, la consapevolezza da parte degli enti che solo puntando sulla collaborazione dei propri dipendenti è possibile aumentare la possibilità di far emergere comportamenti scorretti o condotte illecite che, maturate nell'ambito di contesti aziendali spesso complessi, sono difficili da scoprire o potrebbero essere intenzionalmente nascoste o camuffate da altri dipendenti.

Continuando nella disamina dei dati sopra riportati, con un'alta percentuale di preferenze, le imprese ritengono che, al fine di incrementare le c.d. "soffiate", svolgano un ruolo fondamentale del processo di *whistleblowing* la previsione di canali interni alternativi per la segnalazione, un'adeguata e costante formazione aziendale in materia e l'adozione e implementazione di effettive misure *anti-retaliation* a tutela del *whistleblower*.

Inoltre, da un'analisi complessiva delle risultanze relative alle ragioni per le quali il *whistleblowing* è uno strumento idoneo a contrastare la commissione dei reati-

presupposto e, in generale, a far emergere situazioni pregiudizievoli per l'organizzazione di appartenenza, emerge, in particolare, un dato significativo sul quale occorre una breve riflessione. È importante notare, infatti, come, passando da una teorica idoneità dello strumento al perseguimento dello scopo in esame ad una sua capacità di contrasto effettivamente riscontrata nella pratica dalle imprese partecipanti alla *Survey*, la percentuale di preferenze fornite diminuisce notevolmente: soltanto il 7,20% delle società ha dichiarato, infatti, che le segnalazioni rappresentano la *principale fonte attraverso cui sono emerse potenziali condotte illecite* all'interno del luogo di lavoro.

Questo dato dimostra che la temuta pioggia di segnalazioni che gli enti avrebbero dovuto ricevere con l'introduzione dell'istituto in esame non si è verificata.

Come a dimostrazione del fatto che, nella vita organizzativa aziendale, nonostante si riconosca l'assoluta rilevanza dell'istituto, le sue potenzialità stentano a decollare e non se ne faccia un effettivo e massiccio ricorso, forse perché, come vedremo nel seguito della presente trattazione, permangono dei profili di criticità, delle zone grigie, una serie di lacune normative ed è, purtroppo, ancora carente la c.d. "cultura del segnalare" per il timore del singolo di essere, soprattutto, allontanato dal gruppo di appartenenza.

3.1.2. LE RAGIONI DEL "NO"

Alle **37 società** del campione che hanno dichiarato come, in base alla loro esperienza, la legge sul *whistleblowing* non sia stata "utile" al fine di contrastare la commissione dei reati nel contesto della propria organizzazione aziendale, è stato poi chiesto di selezionare, scegliendo in un ventaglio di opzioni proposte, quelle maggiormente rappresentative delle proprie ragioni.

Dall'analisi delle risultanze emergono le seguenti ragioni[382]:

[382] La domanda a risposta multipla prevedeva la possibilità per le società di indicare più di una motivazione (fino ad un massimo di tre) tra quelle proposte a sostegno dell'assenza di "utilità". Pertanto, la percentuale indicata è stata calcolata facendo riferimento al numero complessivo di risposte fornite dalle società che hanno risposto "No".

- **con una percentuale del 17,86%:** «*timore del dipendente per la sua piena tutela contro atti di ritorsione/discriminazione da parte dell'azienda anche in considerazione della difficoltà di collegare tali atti alla segnalazione effettuata*»;
- **con una percentuale del 14,29%:** «*barriere di tipo sociale e culturale per cui chi segnala viene tendenzialmente isolato per il timore di rompere omertà consolidate con conseguenze sul piano personale*»;
- **con una percentuale del 12,50%:** «*le lacune normative persistenti in materia rappresentano un ostacolo al pieno utilizzo da parte dei dipendenti del processo di whistleblowing*»;
- **con una percentuale del 12,50%:** «*rischio di denunce infondate, pretestuose e mere doglianze con potenziale pericolo che la posizione del soggetto segnalato, nelle more della definizione del giudizio, sia compromessa quanto meno sul piano reputazionale*»;
- **con una percentuale del 8,93%:** «*segnalazione di fatti non pertinenti e informazioni fornite non sufficienti*»;
- **con una percentuale del 8,04%:** «*scarsa conoscenza delle finalità e del funzionamento del sistema*»;
- **con una percentuale del 5,36%:** «*preoccupazione da parte del* whistleblower *per l'esistenza di obblighi di riservatezza/fedeltà e di vincoli normativi a tutela del segreto o a protezione della privacy*»;
- **con la stessa percentuale del 5,36%:** «*mancata previsione di meccanismi incentivanti per il* whistleblower *(premi economici o altri benefits/incentivi). Gli* ***incentivi*** *devono essere riconosciuti* ***a livello aziendale***»;
- **con la stessa percentuale del 5,36%:** «*l'istituto può essere percepito dai dipendenti come un elemento di disturbo nella società di appartenenza poiché capace di mettere a repentaglio la reputazione di quest'ultima e anche il posto di lavoro del segnalante, qualora la società subisse importanti ripercussioni economiche a causa della segnalazione*»;
- **con la percentuale del 4,46%:** «*Aumento delle segnalazioni c.d. difensive (prevalenza della logica* "in dubio pro reporting"*) o di quelle false o dolosamente diffamatorie*»;

- **con la percentuale del 3,57%:** «*segnalazione anonima non adeguatamente circonstanziata*»;
- **con una percentuale dell'1,79%**: *«mancata previsione di meccanismi incentivanti per il* whistleblower *(premi economici o altri benefits/incentivi). Gli* ***incentivi*** *devono essere riconosciuti* ***a livello statale****»*.

Da un'analisi complessiva delle risposte fornite possiamo fare alcune brevi considerazioni.

La prima è che, se persistono dubbi da parte dei dipendenti su una loro piena tutela contro l'adozione di misure ritorsive e/o discriminatorie da parte dell'azienda collegabili alla denuncia effettuata, vuol dire che non basta agli enti (i) mettere a disposizione uno o più canali per le segnalazioni che garantiscano la riservatezza dell'identità del *whistleblower*, anche tramite l'uso di comunicazioni crittografate, (ii) attuare procedure e policy aziendali che prevedano effettive misure *anti-retaliation*, e (iii) implementare il sistema disciplinare interno al modello 231 con quanto previsto dalla normativa in materia, se poi queste attività non sono comunicate in modo appropriato, se non sono state attuate frequenti campagne di sensibilizzazione sul tema con la finalità di "normalizzare" la denuncia, se la formazione non è stata adeguata o se l'insieme di queste attività non ha, comunque, raggiunto l'obiettivo prefissato. D'altra parte, la conoscenza delle finalità e del funzionamento del sistema di *whistleblowing* non può che passare attraverso numerose campagne di comunicazione, efficaci *training activities* rivolte a tutta la popolazione aziendale e specifiche iniziative di *on-boarding* nei confronti dei dipendenti neoassunti, così come non può mancare un forte *commitment* del vertice aziendale che sottolinei come le segnalazioni siano essenziali per sostenere, con risultati soddisfacenti e durevoli nel tempo, l'immagine, il successo e la capacità di operare di un'azienda che adotti un approccio etico al *business*. Ogni dipendente deve sentirsi invogliato a fare una denuncia internamente, perché incoraggiato dal *top management* e perché edotto sul fatto che il sistema di segnalazione garantisce, in ogni fase del processo, la riservatezza dell'identità del segnalante e del contenuto della segnalazione e che non subirà alcuna conseguenza o provvedimento disciplinare per aver sollevato dubbi in buona fede su presunte condotte scorrette (anche nell'ipotesi in cui la denuncia si rivelasse

successivamente errata o infondata). A questo scopo, occorrerebbe potenziare il c.d. *Tone from the Top* e, quindi, l'impegno ed il coinvolgimento di tutti gli apicali e *senior manager* a diffondere e promuovere, all'interno dell'organizzazione aziendale, il processo di *whistleblowing* e la relativa procedura.

Appare significativo notare come, nonostante l'obbligatorietà per le società che hanno adottato un modello organizzativo di prevedere un canale informatizzato idoneo a garantire la riservatezza dell'identità del segnalante in tutte le fasi della gestione del processo di *whistleblowing* e la previsione *ex lege* di una serie di tutele per il segnalante, permane un forte timore da parte di quest'ultimo che la sua identità sia resa disponibile al segnalato e/o che le strutture aziendali coinvolte nel trattamento dei dati e, quindi, nella ricezione e istruttoria delle segnalazioni non riescano ad assicurare l'assoluta riservatezza delle informazioni concernenti il *whistleblower* e del contenuto della denuncia.

Se è pur vero che la legge garantisce la riservatezza dell'identità del segnalante non in termini assoluti, essendo previste delle eccezioni (ad esempio, (i) qualora ne venga accertata, anche con sentenza di primo grado, la responsabilità penale per i reati di calunnia o diffamazione o comunque per reati commessi con la segnalazione, ovvero la responsabilità civile, per lo stesso titolo, nei casi di dolo o colpa grave; oppure (ii) a fronte di richieste dell'Autorità Giudiziaria o altri aventi diritto), dall'indagine in esame sembrerebbe emergere una preoccupazione del segnalante in termini più generali e al di fuori delle situazioni previste *ex lege* che impongono l'obbligo comunicativo del soggetto segnalante. L'analisi complessiva delle risultanze relative al quesito in commento parrebbe evidenziare che, secondo le imprese, i dipendenti non hanno piena fiducia a livello di sistema organizzativo aziendale nel come verranno gestite le segnalazioni.

Questo dato mostra chiaramente uno dei problemi maggiormente riscontrati dalle imprese nell'ambito del processo di segnalazione: le società appartenenti al campione del "No" hanno sottolineato, infatti, il basso livello di percezione di un'effettiva tutela da parte dei potenziali segnalanti privati, nei quali sembrerebbe, quindi, ben radicato un sentimento di profonda diffidenza verso il processo di *whistleblowing* per una supposta inadeguatezza del regime delle tutele, per lacune normative e per il timore delle conseguenze che la segnalazione potrebbe comportare

nella loro vita lavorativa a causa di possibili ritorsioni e vessazioni da parte del *management*.

Dall'indagine svolta si evince, similmente, un altro aspetto che maggiormente preoccupa il potenziale *whistleblower*: il timore dei danni economici che la società potrebbe subire come conseguenza di una segnalazione, perché capace di mettere a repentaglio la reputazione dell'impresa e anche il posto di lavoro del denunciante. Infatti, qualora la società subisse significative ripercussioni economiche in conseguenza di una denuncia interna dalla quale, ad esempio, sia poi scaturita una contestazione "231" e un forte danno reputazionale con conseguenze sull'attività di impresa, potrebbe decidere per drastiche misure, tra le quali, il licenziamento.

Inoltre, sembrerebbe persistere una cultura aziendale, anche sul piano del clima lavorativo in cui offre la prestazione il segnalante, che ancora "identifica" il *whistleblowing* non in termini positivi o almeno "neutrali", ma come una prassi delatoria. Il soggetto "segnalatore" sembrerebbe non essere considerato favorevolmente per aver compiuto, nell'ambito di un rapporto collaborativo di corretta ed aperta comunicazione con la società di appartenenza e con tutti i suoi dipendenti, un atto di coraggio, ma verrebbe invece additato anche dagli altri colleghi come un traditore o una spia che rivela informazioni personali e interne all'organizzazione anche per un proprio tornaconto personale. Si tratta di uno dei dati più significativi emersi dall'indagine in commento: il processo di *whistleblowing* richiede, per la sua effettiva operatività, un cambio "culturale"; cambio, che non è certo automatico e che, probabilmente, richiederà tempi di maturazione maggiori prima di poter assistere ad un effettivo incremento delle segnalazioni all'interno delle organizzazioni aziendali.

Da un'altra prospettiva, occorre evidenziare che le risposte fornite mostrano, altresì, una chiara preoccupazione da parte degli enti per l'oggetto della segnalazione e, in particolare, per un utilizzo strumentale della denuncia, effettuata spesso per finalità diverse da quelle richieste dalla legge.

I dati analizzati ci mostrano, infatti, con diverse percentuali alte di preferenze rispetto alle opzioni proposte, che secondo le società una delle ragioni per cui il *whistleblowing* non può considerarsi uno strumento utile per l'emersione dell'illecito è da ricollegarsi a un aumento di segnalazioni che riguardano eventi fondati su meri "*rumors*" e voci oppure "fuori perimetro" perché afferenti ad accuse strumentali in

quanto collegabili, ad esempio, a contestazioni o rivendicazioni inerenti al rapporto di lavoro; altre sono effettuate per regolare controversie personali o legali, fino ad arrivare a segnalazioni false ed effettuate con dolo o colpa grave, ossia denunce che dagli esiti della fase istruttoria si rivelino prive di riscontro fattuale ed effettuate dal segnalante nella piena consapevolezza dell'insussistenza di una violazione o di una non conformità o dell'estraneità del segnalato alla stessa, ovvero con colpa grave nella valutazione degli elementi di fatto. Si tratta di situazioni in cui sovente il segnalante abusa della procedura di *whistleblowing* per ottenere un vantaggio personale, con un conseguente danno alla posizione e reputazione del segnalato, oggetto di mere delazioni. Inoltre, le risultanze dell'indagine individuano, come ulteriore problematica, le segnalazioni basate su un set informativo generico in cui le asserzioni (ad esempio, periodo di riferimento, luogo, valore, cause e finalità, elementi che consentano di identificare il soggetto che ha posto in essere i fatti segnalati, anomalie relative al sistema di controllo interno ecc.) sono caratterizzate da un grado di dettaglio non sufficiente, almeno astrattamente, a fare emergere fatti precisi e concordanti nonché a consentire di identificare elementi utili ai fini della verifica della fondatezza della segnalazione stessa. È evidente che una denuncia può essere monitorata dalla società solo se contiene informazioni sufficienti da consentire la comprensione dei fatti e sussiste la possibilità di ottenere, qualora necessario, ulteriori informazioni e dati dal *whistleblower*.

Altre ragioni della ritenuta inutilità della legge sul *whistleblowing* ricadono poi su alcuni aspetti della disciplina rinomatamente problematici dal punto di vista aziendale e normativo.

Infine, è interessante notare la bassa percentuale di preferenze accordata dalle società all'opzione secondo cui il *whistleblowing* sarebbe uno strumento poco utile all'interno del proprio contesto di riferimento per l'assenza di un sistema di incentivi premiali economici a favore del segnalante.

Al riguardo, né il legislatore italiano, né quello europeo hanno introdotto forme di premialità e incentivi economici per il *whistleblower*. Nel nostro sistema normativo, infatti, la segnalazione di condotte *contra ius* non prevede una contropartita[383],

[383] L'introduzione di un sistema di incentivi è stato inizialmente ipotizzato anche nelle prime stesure del disegno di legge, poi approvato con la legge. n. 179 del 2017 che, tuttavia, nella versione promulgata non ne ha più fatto menzione.

diversamente da quanto avviene, per esempio, negli Stati Uniti, in cui l'esperienza dei cc.dd. *reward*s è di lunga data.

In merito all'incentivo economico è necessaria qualche riflessione maggiore anche alla luce delle risultanze della *Survey*.

In linea generale, la previsione di forme di premialità per il *whistleblower* potrebbe avere un effetto deterrente per la commissione di reati presupposto poiché aumenterebbe la probabilità che un dipendente apicale o sottoposto riferisca di condotte illecite o irregolari di cui abbia contezza e, in linea teorica, dovrebbe spingere le società - tanto più se a esse venisse anche attribuito l'onere di indennizzare le eventuali ricompense - a essere più propense ad adottare presidi di controllo e gestione dei rischi di *compliance*.

La previsione di una qualsiasi forma di remunerazione monetaria rappresenta ovviamente uno strumento appetibile per i dipendenti al fine di incoraggiare le loro segnalazioni ed evitare che condotte illecite siano insabbiate o ignorate, ma la ricompensa potrebbe ritenersi altresì opportuna in un'ottica di controbilanciamento dei benefici-rischi derivanti per il segnalante dalla sua decisione di denunciare. Non può, infatti, sottacersi che alcuni disincentivi o rischi che potrebbero fermare il singolo a denunciare – seppur ridotti grazie alle tutele di legge in favore del *whistleblower* – comunque permangono in una certa misura (si pensi alle varie conseguenze che, comunque, la segnalazione può comportare nella vita lavorativa del segnalante). Tuttavia, l'esigua percentuale di preferenze per l'opzione in commento solleva qualche riflessione: infatti, l'eventuale previsione di un premio economico per il denunciante quale chiave di successo del meccanismo del *whistleblowing* non è esente da critiche.

Innanzitutto, ci si interroga se sarebbe corretto premiare il *whistleblower* per il compimento di un atto che, seppur non obbligatorio nel sistema di cui al Decreto, appare come un "dovere civico".

Inoltre, da un punto di vista aziendale, è immaginabile che la prospettiva di un premio in danaro andrebbe ad incoraggiare collaborazioni potenzialmente pretestuose o poste in essere per finalità opportunistiche, provocando un significativo sopra incitamento a denunciare. Si tratterebbe di un timore fondato ove si consideri che, come evidenziato nelle considerazioni sopra esposte, vi è già attualmente una forte preoccupazione da parte delle imprese per un utilizzo "abusivo" del processo di

segnalazione. Potrebbero essere queste, allora, le motivazioni alla base dell'esigua percentuale di preferenze ottenuta dall'opzione in commento che motiva l'inutilità della legge sul *whistleblowing* per la mancata previsione di meccanismi incentivanti per il segnalante.

Inoltre, un qualunque intervento legislativo in materia (così come una eventuale autonoma decisione delle imprese di prevedere, anche in assenza di un obbligo giuridico, il riconoscimento di un premio economico per il segnalante), dovrebbe poi regolamentare alcuni aspetti problematici, stabilendo regole rigide ed efficaci anche al fine di evitare possibili abusi. *In primis*, dovrebbero essere regolamentate *ex ante* le modalità di quantificazione dell'incentivo economico e il soggetto tenuto ad elargirlo. Per quanto attiene a quest'ultimo punto, dall'analisi delle risposte fornite traspare una chiara, seppur non netta, preferenza per l'ipotesi di ricompense economiche **riconosciute a livello aziendale** (che, dal punto di vista operativo, potrebbero richiedere alle imprese un accantonamento preventivo in bilancio di una riserva apposita). Infatti, tra le opzioni proposte alla base della non utilità della legge sul *whistleblowing*, la mancata previsione di un meccanismo incentivante a favore del segnalante **riconosciuto a livello aziendale** ha ottenuto una percentuale di preferenze del 5,36%, laddove l'ipotesi di riconoscimento dell'incentivo economico a **livello statale** si è posizionata all'ultimo posto delle ragioni del "No", con una percentuale di preferenze minime dell'1,79%

Infine, l'indagine svolta rileva un altro dato interessante: nonostante l'art. 3 della legge n. 179/2019 abbia introdotto una causa di esenzione da potenziali responsabilità civili o penali per il *whistleblower* correlate alla segnalazione[384] di notizie coperte da segreto d'ufficio, segreto professionale, segreto scientifico o industriale o dall'obbligo di fedeltà all'imprenditore, le società ritengono che una delle ragioni alla base dello scarso utilizzo del processo di segnalazione sia da ricollegare al fatto che persistono preoccupazioni da parte del segnalante per l'esistenza di obblighi di riservatezza/fedeltà e di vincoli normativi a tutela del segreto o a protezione della *privacy*.

[384] L'esenzione presuppone che la segnalazione sia effettuata nei limiti e nelle forme *ex* art. 6 del Decreto e in base ai canali di comunicazione predisposti *ad hoc* dalla società.

Tali timori sarebbero uno dei motivi (con una percentuale di preferenze non trascurabile del 5,36% delle risposte complessive) per cui il sistema *whistleblowing* non ha raggiunto l'obiettivo sperato.

3.1.3. *SEGUE*: ANALISI, TRA LE RAGIONI DEL "NO", DELLE LACUNE NORMATIVE IN MATERIA DI *WHISTLEBLOWING*

Alle **quattordici società** che avevano selezionato alla precedente domanda relativa alle ragioni del "No", l'opzione *"Le lacune normative persistenti in materia rappresentano un ostacolo al pieno utilizzo da parte dei dipendenti del processo di whistleblowing*" (che aveva ottenuto il 12,50% delle preferenze), è stato poi chiesto di selezionare una o al massimo due alternative tra quelle proposte come maggiormente rappresentative di alcune carenze normative attualmente esistenti in materia.

Dalle risposte al questionario emerge che le principali lacune normative riscontrate dalle società interessate al quesito in esame riguardano[385]:

- **con la percentuale del 32,26%:** «*assenza di una specifica disciplina delle segnalazioni anonime ed orali*»;
- **con la percentuale del 22,58%:** «*esistenza di alcuni limiti alla piena tutela della riservatezza del segnalante*»;
- **con la percentuale del 19,35%:** «*assenza di un obbligo per l'ente di designare un soggetto terzo imparziale e competente per dare seguito alle segnalazioni*»;
- **con la percentuale del 16,13%:** «*assenza di un obbligo di informativa al segnalante nel caso in cui i suoi dati siano rivelati per garantire l'esigenza di difesa del soggetto segnalato*»;
- **con la percentuale dell'8,57%:** «*mancata previsione per il* whistleblower *privato di indirizzare le segnalazioni ad organi esterni*».

[385] La domanda a risposta multipla prevedeva la possibilità per le società di indicare più di una motivazione (fino ad un massimo di due) tra quelle proposte. Pertanto, la percentuale indicata è calcolata facendo riferimento al numero complessivo di risposte fornite dalle imprese.

I dati sopra riportati indicano, *in primis*, l'importanza per le imprese di un intervento legislativo volto a introdurre una disciplina *ad hoc* delle segnalazioni anonime. Come noto, tale tipologia di segnalazione non è vietata, in linea generale, dalla normativa nazionale in materia di *whistleblowing*, ma non esiste una specifica trattazione dell'argomento.

La segnalazione in forma anonima, ossia la segnalazione in cui le generalità del *whistleblower* non siano esplicitate, né siano individuabili in maniera univoca, può, pertanto, essere ammessa dalle società nelle procedure aziendali che disciplinano il processo di ricezione, analisi e gestione delle segnalazioni. Nella prassi, infatti, molte imprese prevedono canali per effettuare segnalazioni in forma anonima sulla base del fatto che, in linea di principio, tale ipotesi rappresenta un efficace strumento per favorire un incremento di denunce, in quanto si tratta di una modalità di comunicazione di potenziali condotte illecite o irregolarità che, da un punto di vista psicologico, potrebbe far aprire completamente il *whistleblower* (soprattutto per denunce di fatti particolarmente gravi) dandogli una percezione di maggiore sicurezza contro misure discriminatorie e/o ritorsive[386]. Anche se la segnalazione formulata in forma anonima sembrerebbe rendere più complessa la verifica della fondatezza della denuncia, con il rischio di alimentare in ambito aziendale segnalazioni infondate e mere doglianze, in realtà la conoscenza o meno dell'identità del segnalante non dovrebbe necessariamente incidere sulla qualità della segnalazione ove la stessa sia adeguatamente circostanziata, ossia in grado di far emergere fatti e situazioni relazionandoli a contesti determinati, tali da consentire verifiche ed accertamenti sulla fondatezza delle circostanze fattuali segnalate. Le società dovrebbero poi prevedere un canale tecnologico per rendere comunque possibile un dialogo in forma anonima.

Fatte queste brevi precisazioni, è evidente che l'assenza di una disciplina legislativa *ad hoc* dell'anonimato rappresenti una grave lacuna. La necessità di una regolamentazione normativa *in subiecta materia* appare quanto mai necessaria anche e soprattutto al fine di tutelare il *whistleblower*, inizialmente anonimo, che subisca

[386] Sul punto v. M. Caputo, *La mano visibile. Codici etici e cultura d'impresa nell'imputazione della responsabilità agli enti*, in *Riv. trim. Dir. pen. cont*., 1/2013, in particolare p. 129. Secondo l'Autore l'incentivo alla segnalazione, coltivato dalle società attraverso la promessa dell'anonimato per proteggere segnalanti timorosi, contraddice l'esistenza di una cultura d'impresa *compliant*.

discriminazioni o ritorsioni in un secondo momento per motivi collegati, in via diretta o indiretta, alla propria segnalazione. Pur senza entrare nel merito delle scelte legislative, il sistema dovrebbe ricollegare ai segnalanti anonimi tutte le garanzie successive alla denuncia (in tema di tutela della riservatezza dell'identità del segnalante e divieto di licenziamento e di atti ritorsivi o discriminatori): l'assenza, infatti, di una simile previsione nel panorama normativo nazionale costituisce un fattore deterrente rispetto ad un incremento di tale tipologia di segnalazioni. Il *whistleblower* anonimo, quindi, ove successivamente identificato, dovrebbe essere ugualmente destinatario della protezione riconosciuta dalla legge al segnalante non anonimo. Al riguardo, con il prossimo recepimento in Italia della Direttiva UE 2019/1937 anche le segnalazioni anonime necessiteranno di una specifica trattazione, in modo da tutelare il *whistleblower*, inizialmente anonimo, che subisca discriminazioni in un secondo momento. Infatti, con la normativa europea viene introdotto l'obbligo di prendere in esame anche le segnalazioni anonime, se ben circostanziate. Le tutele apprestate dalla Direttiva saranno quindi estese anche al segnalante anonimo di cui venga svelata poi l'identità.

Tra le altre lacune normative individuate dal campione di società che ha risposto al quesito in esame, particolare rilevanza rivestono, altresì, l'esistenza di alcuni limiti alla piena tutela della riservatezza del segnalante e l'assenza di un obbligo di legge per gli enti di ricorrere a soggetti esterni all'organizzazione aziendale per dare seguito alle segnalazioni.

Con riguardo a tale ultima lacuna, se è pur vero che la funzione di ricezione e gestione delle segnalazioni può essere esternalizzata ad un ente o soggetto esterno di comprovata professionalità, competente in materia di diritto penale ed esperto nel settore, che sarà tenuto a coordinarsi con l'ente, occorre rilevare che - in assenza di un obbligo giuridico in tal senso - la quasi unanimità delle società prevede, nell'ambito delle procedure aziendali in materia di *whistleblowing*, che la ricezione e le attività di istruttoria volte a verificare la fondatezza dei fatti denunciati siano compiute internamente da alcune funzioni aziendali (in particolare, dalla funzione *internal audit*) e dall'Organismo di Vigilanza. Quest'ultimo, inoltre, dati i suoi requisiti di autonomia e indipendenza, è individuato dalle imprese, secondo una prassi consolidata, come

principale destinatario delle segnalazioni ricevute tramite un canale dedicato che garantisca la tutela della riservatezza del *whistleblower*.

Se da un lato, l'esternalizzazione potrebbe ragionevolmente rafforzare nei potenziali segnalanti la percezione di indipendenza nella conduzione del processo di *whistleblowing*, incentivando, quindi, la collaborazione dei dipendenti ai fini dell'emersione di potenziali comportamenti illeciti o eventuali violazioni del modello organizzativo, dall'altro, la tematica in esame non può che essere analizzata, in una prospettiva "231", alla luce delle prescrizioni del Decreto e, in particolare, del ruolo dell'Organismo di Vigilanza.

Invero, un eventuale obbligo giuridico di esternalizzazione dovrebbe, alla luce della normativa in essere, prevedere il coinvolgimento, nelle diverse attività del processo di *whistleblowing*, dell'OdV che, ai sensi dell'art. 6, comma 2, lett. d) del Decreto, è l'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza del modello organizzativo e delle relative procedure e *policy* di attuazione, oltre ad avere un ruolo centrale nell'ambito del sistema disciplinare.

Il processo di *whistleblowing* rappresenta, infatti, per le società che hanno adottato un modello organizzativo una parte di quest'ultimo di cui l'OdV è tenuto, come detto, a monitorare e controllare la sua effettività e a vagliarne altresì l'adeguatezza, ossia la sua reale capacità di prevenzione dei comportamenti vietati.

Lo strumento di segnalazione dovrebbe, quindi, essere ricondotto nel novero dei flussi informativi indirizzati all'OdV, flussi che devono ricomprendere le risultanze periodiche dell'attività di controllo sull'efficace attuazione del modello organizzativo nonché, tra l'altro, qualsivoglia anomalia operativa aziendale e/o abuso e/o violazione, anche potenziale, delle disposizioni normative o dei regolamenti aziendali che sia riscontrata nell'ambito delle informazioni in possesso delle funzioni aziendali.

Alla luce di quanto sopra esposto e in base ad una lettura consapevole e sistematica delle disposizioni del Decreto, si ritiene necessario - nell'ipotesi in cui le segnalazioni fossero indirizzate ad un soggetto esterno che si occuperà, altresì, di effettuare una prima valutazione della denuncia per verificarne l'eventuale rilevanza ai fini della disciplina 231 - un contestuale coinvolgimento dell'OdV o in via

immediatamente successiva a quella della ricezione della denuncia da parte del professionista esterno[387].

Ciò eviterà il rischio che il flusso informativo generato dal sistema di veicolazione delle segnalazioni possa sfuggire al monitoraggio e controllo dell'Organismo di Vigilanza.

Tuttavia, le considerazioni sopra espresse dovranno essere oggetto di necessario approfondimento alla luce delle prossime disposizioni normative di recepimento della Direttiva UE 2019/1937 che, come è noto, contempla l'obbligo, per tutte le società che abbiano più di 50 dipendenti, **indipendentemente dal possesso del modello organizzativo**, di prevedere procedure di segnalazione coerenti con le indicazioni della stessa e idonee a tutelare, oltre al *whistleblower*, altresì la riservatezza dei terzi citati da quest'ultimo.

Un altro aspetto critico che emerge dalle risultanze della *Survey* è la mancata previsione per il *whistleblower* del settore privato di segnalare esternamente. Pertanto, nessuna specifica protezione è prevista quando la denuncia avvenga al di fuori dei canali predisposti dall'ente in ossequio a quanto statuito nel Decreto (ciò potrebbe accadere, ad esempio, se il segnalante riferisse i fatti direttamente all'autorità giudiziaria). In questa ipotesi, la tutela del segnalante contro atti ritorsivi del proprio datore di lavoro sarà affidata alle regole del diritto del lavoro comune, meno intensa e solida rispetto a quella contemplata dalla disciplina 231 e che sul punto rinvia alle elaborazioni giurisprudenziali in materia di diritto di critica del lavoratore. La questione meriterebbe maggiori approfondimenti, non affrontabili in questa sede per l'economia del lavoro: tuttavia, occorre rilevare che tale lacuna normativa in materia di *whistleblowing* sarà, a breve, colmata dal recepimento nel nostro ordinamento di quanto statuito a livello europeo. Infatti, tra le principali novità introdotte dalla citata Direttiva UE 2019/1937, si segnala (i) la creazione di canali sicuri di denuncia sia all'interno delle organizzazioni, private o pubbliche, sia alle autorità competenti che saranno designate da ciascun Stato e (ii) l'indicazione di una gerarchia dei canali di segnalazione che preveda prima il ricorso ai canali interni e poi a quelli esterni indipendenti e autonomi che le autorità pubbliche sono tenute a istituire. In futuro, sarà

[387] V. Confindustria (a cura di), *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo*, 7 marzo 2002 (aggiornate a giugno 2021), p. 63.

quindi possibile per il *whistleblower* privato effettuare segnalazioni, sia all'interno di un'organizzazione aziendale sia all'esterno, rivolgendosi in quest'ultimo caso ad un'autorità pubblica nonché, in casi eccezionali, ai *mass media*. In tale prospettiva, sarà interessante capire come in Italia sarà recepita la normativa europea e se tale recepimento garantirà un equo bilanciamento tra la protezione dei segnalanti e la necessità di salvaguardia delle società contro denunce abusive e/o in mala fede e/o eventuali rivelazioni alle imprese concorrenti di informazioni commercialmente sensibili.

3.1.4. LE RAGIONI DEL "NON SAPREI"

Con riferimento all'opzione "Non saprei", il questionario prevedeva la possibilità di inserire, in un apposto campo libero, osservazioni riguardanti le motivazioni alla base della propria scelta. **Diciassette** società su **ventisei** tra quelle che avevano selezionato l'opzione in commento hanno deciso di rispondere.

Di seguito una selezione delle principali ragioni individuate dalle imprese per motivare la risposta fornita:

- *incertezza sul fatto che le tutele del segnalante contemplate dalla normativa in materia* whistleblowing *abbiano di fatto e in concreto aumentato le segnalazioni. In Italia permane molta diffidenza sull'effettiva tutela da possibili ritorsioni o discriminazioni, complici anche alcuni casi di cronaca che certo non contribuiscono a valutare favorevolmente l'istituto;*
- *pur ritenendo molto utile il* whistleblowing *come strumento per aumentare l'efficacia degli assetti e dei processi previsti dal modello 231, si ritiene che occorra una maggiore sensibilizzazione del personale sulla tematica. Dalla mia esperienza concreta, in generale, su diverse realtà, ho notato come il "*whistleblowing*" venga utilizzato quasi esclusivamente per denunciare fatti collegati a presunti non regolari comportamenti del segnalato, spesso un superiore gerarchico (es. favoritismi, mobbing, ecc.) non collegati a reati presupposto 231;*
- *lo strumento può sicuramente contribuire a sensibilizzare le imprese sull'importanza di puntare anche sulla collaborazione delle risorse interne per creare*

un sistema efficace di prevenzione degli illeciti, tuttavia vi è ancora una "barriera culturale" che deve essere abbattuta sull'utilizzo di tali strumenti;

- *strumento ritenuto utile ma che si scontra ancora con vincoli culturali radicati e con rilevanti lacune normo- applicative;*
- *strumento controverso e spesso usato per denunciare "altro";*
- *la legge sul whistleblowing ha contribuito a sensibilizzare le imprese sull'importanza di puntare anche sulla collaborazione delle risorse interne per creare un sistema efficace di prevenzione degli illeciti. Sarebbe stato tuttavia opportuno prevedere anche meccanismi incentivanti per il* whistleblower *(premi economici o altri benefits/incentivi) al fine di migliorare l'efficacia dello strumento;*
- *presenza di aspetti favorevoli, come la maggiore sensibilizzazione dei dipendenti e attenzione dei livelli superiori, ma anche sfavorevoli, come la possibilità di sollecitare anche report pretestuosi o addirittura malevoli o infondati che comunque obbligano a verifiche e sottraggono tempo a risorse sempre più scarse. Difficile un bilanciamento, che comunque dipende dalla cultura societaria;*
- *istituto ritenuto utile poiché in alcuni ambiti chi svolge l'attività può segnalare in modo appropriato eventuali lacune o alcuni fatti. Incerto invece, poiché in realtà poco strutturate, con scarsa condivisione di valori etici o in situazioni di difficoltà economica, il timore di ripercussioni sulla propria persona o sull'azienda potrebbe prevalere sulla opportunità di fare una segnalazione.*

Un'analisi delle risposte fornite con riferimento all'opzione del "Non saprei" ci mostra lo strumento del *whistleblowing* come un giano bifronte.

Infatti, da una parte, le società riconoscono l'importanza dello strumento di veicolazione delle segnalazioni per individuare e contrastare, anche in funzione preventiva, potenziali comportamenti illeciti commessi all'interno della struttura societaria, diffondendo, altresì, in ambito lavorativo, una cultura dell'etica e della legalità e un senso di partecipazione e appartenenza dei dipendenti; dall'altro, tuttavia, rilevano che una disamina applicativa del *whistleblowing*, evidenzia che il processo è stato sovente utilizzato fuori dal perimetro della normativa, per denunciare "altro", per fini personali e persino in mala fede.

L'alta percentuale di segnalazioni "abusive" riscontrata nella pratica dalle imprese, congiuntamente alle notorie problematiche legate a barriere di tipo culturale e al timore del segnalante di subire ritorsioni da parte degli organi sociali e dei colleghi, rappresentano le principali ragioni per cui alcune società ritengono non sia possibile esprimere un giudizio pienamente positivo sull'utilità della disciplina del *whistleblowing*.

3.2. PROBLEMATICHE GIURIDICHE, OPERATIVE E ORGANIZZATIVE NELLA GESTIONE DELLE SEGNALAZIONI

Nella gestione del processo di *whistleblowing*, molti sono i punti di attenzione e gli aspetti critici che le società devono considerare - anche alla luce delle novità legislative introdotte in materia di *privacy* - nel disciplinare le diverse e complesse attività collegate all'acquisizione della segnalazione e alla conseguente istruttoria e attività di accertamento (*reporting*, indagini interne), alle politiche di sicurezza informatica, al sistema sanzionatorio e alle eventuali azioni correttive sulle aree e sui processi aziendali interessati dai fatti segnalati.

È stato pertanto chiesto al campione di **211 società** partecipanti alla *Survey* di selezionare, in base alla loro esperienza, tra le diverse opzioni proposte, le principali problematiche giuridiche, operative ed organizzative che si sono verificate nella gestione delle segnalazioni**.**

Al quesito proposto, il suddetto campione di società ha rilevato le seguenti problematiche riportate in ordine decrescente di preferenze espresse[388]:

- **con la percentuale del 22,88%:** «*l'attività di verifica delle segnalazioni ricevute potrebbe includere analisi complesse e richiedere competenze specializzate in materia, ad esempio, di* fraud auditing*, di procedure di quantificazione del danno, tecniche investigative ecc.»;*

[388] La domanda a risposta multipla prevedeva la possibilità per le società di indicare più di una opzione (fino ad un massimo di tre) tra quelle proposte. Pertanto, la percentuale indicata è stata calcolata facendo riferimento al numero complessivo di risposte fornite dalle società.

- **con la percentuale del 15,25 %:** «*difficoltà per il datore di lavoro, in presenza di segnalazioni non fondate e con intento diffamatorio, di azionare il procedimento sanzionatorio e irrogare eventuali misure disciplinari nei confronti del segnalante»;*
- **con la percentuale del 14,38%:** «*le investigazioni a seguito di anomalie o irregolarità rilevate/segnalate possono richiedere l'impegno a tempo pieno di risorse interne in un orizzonte temporale non definito a priori»;*
- **con la percentuale del 13,73%:** «*difficoltà di assicurare la riservatezza dell'identità del segnalante se la segnalazione riguarda diversi soggetti e/o funzioni dell'organizzazione aziendale con connesso rischio che si verifichi una fuga di notizie e che le informazioni a supporto della segnalazione siano alterate»;*
- **con la percentuale del 12,20%:** «*le interviste effettuate da personale interno potrebbero risultare poco efficaci, perché carenti sotto il profilo dell'imparzialità e dell'indipendenza rispetto a quelle condotte da soggetti terzi»;*
- **con la percentuale dell'8,28%:** «*criticità derivanti dall'entrata in vigore del GDPR»;*
- c**on la percentuale del 6,97%:** «*difficoltà per il datore di lavoro di provare l'insussistenza dell'intento discriminatorio nel caso di controversie legate all'irrogazione di sanzioni disciplinari o all'adozione di ulteriori misure organizzative con effetti negativi sulle condizioni di lavoro del segnalante quando tali misure non sono collegate alla segnalazione»;*
- **con la percentuale del 5,23%:** «*gli accertamenti possono proseguire oltre l'obiettivo iniziale se emergono informazioni nuove nel corso delle verifiche»;*
- **con la percentuale del 1,09%:** «*incertezza applicativa della disposizione che prevede che il segnalante e l'organizzazione sindacale di riferimento possono denunciare all'Ispettorato Nazionale del Lavoro le misure discriminatorie eventualmente adottate dall'ente, in quanto non sussistono specifiche sanzioni amministrative applicabili a tali condotte».*

Per quanto riguarda le problematiche concernenti i profili più operativi e organizzativi del processo di *whistleblowing*, una disamina delle risposte fornite le colloca nell'ambito dell'attività di accertamento delle segnalazioni, ossia di quelle

attività - successive ad una verifica preliminare che consenta di stabilire se le informazioni su possibili violazioni siano pertinenti ed effettivamente meritevoli di approfondimento - nel cui ambito di indagine si procede ad accertamenti, analisi e valutazioni specifiche circa la fondatezza/veridicità delle circostanze fattuali segnalate.

Al riguardo, le attività di accertamento della segnalazione sono svolte, *inter alia*, ricorrendo a verifiche documentali, procedurali, contabili, ad approfondimenti su controparti, a indagini informatiche (*data analytics*, *e-discovery* ecc.) ecc. In tale ambito, quindi, potrebbero essere necessarie analisi complesse tali da richiedere risorse con competenze specialistiche, anche di natura tecnica e scientifica, in settori come, ad esempio, il *fraud auditing*, l'informatica, le tecniche investigative, le procedure di quantificazione del danno. Inoltre, il grado di complessità tecnica di alcune aree di indagine potrebbe rendere necessario il coinvolgimento di esperti indipendenti dotati di competenze professionali *forensic*.

Proprio per questo motivo, i risultati della *Survey* individuano, con la più alta percentuale di preferenze del 22,88%, quale profilo di criticità nella gestione delle segnalazioni, la tipologia di competenze e capacità richieste per l'assolvimento delle analisi e delle attività da realizzare, specie in fase di verifica dei fatti segnalati. Queste attività, soprattutto in società dotate di una particolare consistenza organizzativa, sono svolte spesso da gruppi multifunzionali ma potrebbero, ove necessario, richiedere il coinvolgimento di consulenti esterni con connessi costi a carico dell'ente.

Inoltre, occorre segnalare, quali ulteriori criticità riscontrate nella prassi dalle imprese, sia l'insufficienza di risorse interne (coinvolte spesso a tempo pieno nelle indagini interne avviate dopo che la segnalazione non sia stata ritenuta *ictu oculi* infondata), sia la difficile previsione di una tempistica di conclusione di tali indagini che, qualora emergessero nuove informazioni, potrebbero proseguire oltre l'obiettivo iniziale.

Particolare attenzione deve poi essere dedicata alle audizioni del segnalante e dei soggetti interessati o portatori di informazioni potenzialmente rilevanti, che normalmente sono condotte da personale interno (appartenente per lo più alle funzioni *human resources* e legale) e dall'OdV. Per le società lo svolgimento dell'attività *de qua* si presenta problematica, tra l'altro, perché la modalità di convocazione e

audizione del segnalante, del segnalato e/o di altri soggetti citati nella segnalazione come informati dei fatti, potrebbe rivelarsi poco efficace poiché, essendo l'intervista condotta da soggetti interni all'azienda, potrebbe essere percepita dai dipendenti come carente sotto il profilo dell'imparzialità e dell'indipendenza.

Se da un lato, gli *in-house counsels* hanno una profonda conoscenza della realtà societaria e sarebbero, pertanto, in grado, durante l'audizione, di far emergere fatti e situazioni utili ai fini dell'analisi della segnalazione, relazionandoli inoltre a contesti determinati e conosciuti, dall'altro, i dipendenti potrebbero verosimilmente preferire di essere intervistati da soggetti terzi, con i quali non sussiste nessuna posizione di dipendenza funzionale o gerarchica ovvero potenziale interesse correlato alla denuncia e nei quali, quindi, in ragione della loro totale estraneità alle logiche interne della società, riconoscono una maggiore imparzialità e indipendenza nella conduzione dell'intervista e, in generale, nella valutazione degli elementi fattuali di cui alla segnalazione.

Al secondo posto delle preferenze espresse dalle imprese partecipanti all'indagine, si colloca, con un'alta percentuale del 15,25%, l'ulteriore problematica collegata alle difficoltà del datore di lavoro di azionare il sistema disciplinare (irrogando, eventualmente, le sanzioni ritenute opportune) nei confronti del *whistleblower* che abbia consapevolmente presentato una denuncia falsa con intento diffamatorio.

Strettamente collegata alle difficoltà inerenti all'adozione - qualora ricorrano i presupposti previsti dalla legge - di iniziative di tipo disciplinare a carico del *whistleblower*, dalle risultanze della *Survey* emerge, altresì, con una percentuale non trascurabile di quasi il 7% delle preferenze, la difficoltà delle società di assolvere, in caso di controversie legate all'irrogazione - successivamente alla presentazione di una segnalazione - di sanzioni disciplinari o di una qualsivoglia misura organizzativa con effetti negativi, anche indiretti, sulle condizioni di lavoro del *whistleblower* (ad es. demansionamento, trasferimento ecc.), all'onere probatorio di dimostrare che tali misure sono fondate su ragioni estranee alla denuncia stessa.

In ordine di preferenze espresse dal campione di 211 società partecipanti alla *Survey*, si presenta, con una percentuale tutt'altro che marginale del 13,73%, un'altra criticità afferente alla difficoltà, soprattutto nell'ambito delle organizzazioni più grandi

e complesse, di assicurare la riservatezza dell'identità del segnalante se la denuncia riguarda più soggetti e/o dipartimenti dell'organizzazione aziendale con connesso pericolo di una fuga di notizie o di alterazione delle informazioni a sostegno della segnalazione.

Da una prospettiva aziendale, vanno inoltre considerate le criticità derivanti dall'entrata in vigore del Regolamento UE 2016/679 (*General Data Protection Regulation* – GDPR), relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, che ha abrogato e sostituito la previgente Direttiva 95/46/CE.

In via preliminare, appare opportuno evidenziare che il sistema di *whistleblowing* si innesta in un quadro normativo che, in tema di protezione di dati personali, si presenta complesso e in evoluzione e, pertanto, nella costruzione del processo di segnalazione sarà fondamentale prestare particolare attenzione ai vincoli normativi in tema di raccolta, trattamento e protezione dei dati personali (Codice della privacy così come modificato dal d.lgs. 101/2018 e nuovi adempimenti GDPR).

Invero, il coordinamento degli adempimenti *privacy* relativi al trattamento e alla protezione dei dati personali con le procedure aziendali che disciplinano il processo di denuncia si presenta per alcuni aspetti problematico. Numerosi sono, infatti, gli elementi di conformità alla vigente normativa in materia di *data protection* che il sistema interno di segnalazione dovrà necessariamente contemplare per essere *compliant*. Basti pensare a tutte le precauzioni organizzative e tecniche che devono essere assunte per tutelare la riservatezza e sicurezza dei dati personali di cui le società vengono a conoscenza a seguito di denuncia e che dovranno essere trattati lecitamente e secondo correttezza nonché limitati a quelli strettamente e obiettivamente necessari per verificare la fondatezza della segnalazione e per la relativa gestione.

4. IL SISTEMA DISCIPLINARE INTERNO AL MODELLO ORGANIZZATIVO

Ulteriore oggetto di approfondimento della *Survey* è il sistema disciplinare interno al modello organizzativo, finora non adeguatamente esplorato nelle sue

molteplici e rilevanti potenzialità, soprattutto in ottica di rafforzamento della funzione preventiva e di controllo di un adeguato assetto organizzativo. La grande sfida del Decreto andrebbe giocata anche in questo sottovalutato campo, al quale dovrebbe essere riconosciuto, al ricorrere di determinate condizioni, un ruolo più significativo ed effettivamente premiale nell'ambito del procedimento a carico dell'ente. In particolare, con l'indagine in esame ci si propone di indagare e approfondire, in una prospettiva *de iure condendo,* le non poche criticità che sono emerse nell'interpretazione e applicazione da parte delle società delle disposizioni normative in materia. Invero, le potenzialità dell'istituto per poter emergere concretamente ed efficacemente esigono da parte del legislatore un'accurata rivisitazione e integrazione della disciplina attualmente in essere che non potrà non tenere in considerazione le difficoltà e i limiti riscontrati dalle imprese, principali destinatari e attuatori della normativa in esame. Un altro profilo di indagine, in stretta connessione con l'apparato disciplinare "231", è afferente all'attività di vigilanza svolta dall'OdV e all'importanza di una regolamentazione *ad hoc* delle investigazioni interne su base spontanea.

Come noto, ai fini dell'efficace attuazione di un *compliance program*, il Decreto richiede, tra l'altro, la predisposizione di un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto dei principi, delle misure e delle regole comportamentali indicate nel modello 231 e nelle relative procedure di attuazione, tanto nei confronti dei soggetti in posizione apicale (art. 6, comma 2, lett. e del Decreto), quanto nei confronti dei soggetti sottoposti all'altrui direzione e controllo (art. 7, comma 4, lett. b). Tuttavia, nonostante la cruciale importanza che il sistema disciplinare riveste, quale elemento strutturale indefettibile, per l'efficace attuazione di un idoneo modello organizzativo, anche ai fini della sua efficacia esimente, il Decreto non offre alcuna indicazione specifica in merito alle sue caratteristiche: invero, il contenuto del sistema disciplinare è definito in modo indiretto e in relazione ad un obiettivo da raggiungere, *i.e.* «sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello».

Gli elementi che dovrebbero comporre il sistema disciplinare, infatti, non sono specificati in modo espresso ma solo attraverso un rinvio funzionale alla loro idoneità sanzionatoria: in particolare, l'assenza di indicazioni normative in merito ai criteri di implementazione di un apparato disciplinare idoneo con riferimento all'individuazione delle condotte censurabili e delle sanzioni applicabili, nonché ai soggetti cui compete

la corrispondente iniziativa e l'esercizio del potere disciplinare rende gli enunciati di cui al Decreto delle mere clausole generali.

Al riguardo, è un dato di fatto che le imprese tendono a ripiegare, nella predisposizione del sistema disciplinare di cui al Decreto, su schemi di matrice prettamente giuslavorista, i quali, essendo diversi per ispirazione, finalità e tecnica normativa, non sempre si conciliano con la *ratio* dell'intero sistema 231. La disciplina del sistema sanzionatorio interno al modello organizzativo si presenta, pertanto, complessa e sebbene si potrebbe indagare se esperienze disciplinari relative ad altri settori regolamentati potrebbero trovare applicazione nel campo specifico oggetto di esame, la materia è ancora tutta da esplorare e molti sono i nodi interpretativi che non hanno trovato soluzione.

Come rilevato dalla giurisprudenza, è bene sottolineare che il sistema disciplinare, per le precipue finalità perseguite, si aggiunge a quello eventualmente esterno penale o amministrativo, dovendo sanzionare qualsiasi infrazione del modello organizzativo e delle procedure ad esso correlate, indipendentemente dal fatto che da quella violazione sia scaturita la commissione di un reato e che il comportamento imputato al lavoratore (sia egli subordinato, in posizione apicale o collaboratore) integri una violazione da cui scaturisca o possa scaturire un procedimento penale e/o l'applicazione di eventuali sanzioni di altra natura. Ne consegue che la valutazione disciplinare effettuata dall'ente-datore di lavoro non deve coincidere con quella eventuale del giudice in sede penale essendo indipendente dall'esito del relativo procedimento.

Le lacune legislative in materia generano dubbi e prassi incerte che sollevano una serie di criticità, sul piano operativo, che non sono state adeguatamente colmate né dalle riflessioni scientifiche né dalle decisioni giurisprudenziali, con la conseguenza che spetta a ciascuna società la difficile ricostruzione sistematica dei requisiti di idoneità e dei contenuti del sistema disciplinare adottato in concreto affinché lo stesso possa essere realmente efficace nel perseguimento dei diversi obiettivi che tale impianto sanzionatorio si prefigge.

Invero, il sistema disciplinare "231" quale punto di forza dell'intera organizzazione prevenzionistica aziendale può svolgere molteplici funzioni delle quali favorisce la reciproca connessione.

Come ampiamente approfondito nel Capitolo I della tesi, un sistema disciplinare efficace ed effettivo può svolgere *in primis*, una funzione deterrente per l'apicale o per il dipendente che saprebbe di andare incontro ad una sanzione certa se non orientasse la sua condotta alla legalità.

In secondo luogo, il sistema sanzionatorio può assumere una rilevanza cruciale nel perseguimento della funzione di prevenzione del modello organizzativo poiché, al pari delle regole cautelari e operative previste nei c.d. protocolli, agisce sull'ipotizzato meccanismo di produzione del reato cercando di impedirne la realizzazione, attraverso l'individuazione e sanzione di quelle condotte che potrebbero costituire le sue fasi prodromiche o preparatorie oppure essere strettamente funzionali alla sua commissione o al consolidamento dei suoi risultati. Inoltre, sotto altro ma connesso profilo, un sistema disciplinare che non sia soltanto idoneo in astratto ma anche effettivamente applicato e ben radicato nella complessa organizzazione dell'ente fatta di plurimi livelli gerarchici, articolati processi decisionali, diversi sistemi informativi e molteplici strutture aziendali operative, rappresenta anche un efficace sistema di vigilanza e monitoraggio del funzionamento del modello organizzativo stesso, poiché in grado di segnalare, seppur indirettamente, le aree di rischio nell'attività della società, le situazioni di criticità, i processi che possono presentare punti di debolezza e le lacune organizzative non adeguatamente presidiate dalle procedure e dai protocolli di *compliance* aziendale.

Per di più, qualora un reato rientrante nel c.d. catalogo 231 fosse commesso dopo la risposta sanzionatoria dell'ente alla condotta irregolare o illecita si potrebbero comunque indagare le potenzialità premiali del sistema disciplinare nell'ambito del procedimento *de societate*. Dal momento, infatti, che la società risponde degli illeciti altrui per il difetto di organizzazione che ha permesso o agevolato l'attività criminosa, la previsione e l'esercizio di un effettivo potere disciplinare potrebbero assumere una precisa valenza processuale, potendo l'ente dimostrare che il modello organizzativo è stato efficacemente attuato; che non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'Organismo di Vigilanza; che i comportamenti scorretti o illeciti sono stati rimossi e i colpevoli adeguatamente sanzionati. A fronte di una tempestiva ed effettiva risposta sanzionatoria dell'ente, anche se non sia stata comunque sufficiente a scongiurare il verificarsi dell'illecito, potrebbe risultare meno diabolica la verifica della fraudolenta

elusione dei protocolli, requisito di controversa interpretazione che notoriamente spezza la corresponsabilità dell'impresa per il fatto del suo apicale.

In questa prospettiva, è interessante notare che la versione aggiornata delle Linee Guida "*Evaluation of Corporate Compliance Programs*" (1° giugno 2020), pubblicata dal Dipartimento di Giustizia degli Stati Uniti, Sezione Penale (DOJ)[389], nel fornire ai *prosecutors* statunitensi importanti indicazioni da seguire nella valutazione circa l'opportunità o meno di sollevare accuse, negoziare patteggiamenti e nella determinazione delle *criminal fines* in caso di commissione di reati da parte di società, individua tra le aree di indagine dell'Accusa, dedicandole, tra l'altro, particolare attenzione, le "*Investigation of Misconduct*". In particolare, il *prosecutor* è tenuto, *inter alia*, a indagare e verificare l'esistenza di procedure disciplinari in caso di violazione delle previsioni contemplate nel *compliance program* nonché il processo investigativo interno attivato a seguito di «*any allegations or suspicions of misconduct by the company, its employees, or agents*» che per essere effettivo «*will also have an established means of documenting the company's response, including any disciplinary or remediation measures taken*».

Mutatis mutandis, nella circolare n. 83607/2012 del Comando Generale della Guardia di Finanza, dal titolo "Attività della Guardia di Finanza a tutela del mercato dei capitali"[390], che descrive le modalità di indagine seguite per l'accertamento della responsabilità degli enti ai sensi del Decreto (si veda, in particolare, il Volume III della circolare), si legge, a pag. 79, che «l'attività della polizia giudiziaria dovrà essere rivolta ad accertare che l'adozione delle regole del modello e di quelle di condotta non si risolva in una mera clausola di stile, ma rifletta un'attenzione costante dell'ente verso la verifica dei comportamenti dei suoi componenti. Se l'organizzazione scopre una violazione è necessario che sia condotta, nei modi dovuti, una vera e propria indagine interna, possibilmente documentata in tutti i suoi passaggi e che sia in grado, attraverso un'approfondita analisi delle cause, di suggerire ai vertici dell'ente le azioni correttive da assumere allo scopo di evitare il ripetersi di casi della specie».

Infine, l'adozione ed efficace attuazione di un idoneo apparato disciplinare potrebbe svolgere un ruolo importante sia nell'ambito dei criteri di attenuazione delle

[389] Reperibile sul sito https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download
[390] Reperibile sul sito https://www.aodv231.it/linee-guida/antiriciclaggio-circolare-gdf/

conseguenze giuridiche ed economiche derivanti dalla responsabilità dell'ente ai sensi del Decreto sia, nella medesima ottica special preventiva che caratterizza l'intero sistema 231, in ambito cautelare.

In una prospettiva *de iure condendo*, è sicuramente auspicabile un intervento del legislatore che, da un lato, miri a specificare quali siano il contenuto e i requisiti di idoneità del sistema disciplinare "231" e la tipologia di poteri dell'OdV nonché gli strumenti a sua disposizione per l'espletamento dei propri compiti, con particolare riferimento all'attività investigativa-ispettiva su potenziali condotte illecite e, dall'altro, preveda effettivi benefici premiali per l'ente a fronte dell'adozione di un apparato disciplinare effettivo ed adeguato e di un comportamento proattivo della società che, mediante l'indagine interna, abbia cercato e poi messo a disposizione del p.m. che indaga o del giudice che accerta, elementi probatori decisivi per la ricostruzione dei fatti, al fine di dimostrare la sua completa estraneità alla commissione del reato presupposto.

Alla luce delle brevi considerazioni sopra esposte, la *Survey* si è posta l'obiettivo di indagare, presso il campione di **211 imprese** partecipanti allo studio, diversi aspetti inerenti al sistema disciplinare emergenti per i loro profili di inesplorata problematicità.

4.1. LA NUOVA SFIDA DEL D. LGS. N. 231 DEL 2001: IL SISTEMA DISCIPLINARE QUALE PUNTO DI FORZA PER IL PERSEGUIMENTO DEGLI OBIETTIVI PREVENZIONISTICI DEL MODELLO ORGANIZZATIVO

Alla domanda: "**Ritiene che un adeguato sistema disciplinare orientato a sanzionare non solo condotte che costituiscono reato ma, in un'ottica precauzionale ed in fase *ante delictum*, soprattutto comportamenti anomali o pericolosi rappresenti un punto di forza per il perseguimento degli obiettivi prevenzionistici del modello 231?**"**,** delle 211 società partecipanti alla *Survey*:

- circa il **76 % (160 risposte)** ha dichiarato "Sì";

- circa il **17% (37 risposte)** ha dichiarato “No”; e
- soltanto il **7% (14 risposte)** ha scelto l’opzione “Non saprei”.

Dall’alta percentuale di risposte affermative traspare la consapevolezza delle società che il sistema disciplinare richiesto dal Decreto deve essere, in una prospettiva finalistica, orientato a sanzionare non solo comportamenti tali da far sorgere la responsabilità amministrativa a carico della società per reati commessi da soggetti apicali o sottoposti nel suo interesse o vantaggio ma, soprattutto, comportamenti anomali o irregolari, posti in essere magari per negligenza ovvero imperizia e anche in assenza di qualunque attuale ed effettivo pregiudizio dell’ente, purché in grado di compromettere o, comunque, attenuare il ruolo di prevenzione del modello organizzativo. Un sistema disciplinare realmente idoneo ed efficacemente applicato dovrebbe essere attivato, in un’ottica di neutralizzazione dei meccanismi genetici dell’illecito, prima che venga commesso il reato presupposto.

Le condotte prodromiche, in sé e per sé considerate, potrebbero non essere autonomamente perseguibili, ovvero non integrare gli estremi di un reato presupposto e, altresì, essere poste in essere da un soggetto diverso dall’eventuale autore del reato. Sarebbe riduttivo e fallace considerare il sistema sanzionatorio interno al modello organizzativo solo in termini di repressione di un illecito già integrato e, quindi, in un’ottica esclusivamente punitiva nei confronti del suo responsabile.

In questa prospettiva, come si accennava in precedenza, il sistema sanzionatorio può assumere una rilevanza cruciale nel perseguimento della funzione di prevenzione e vigilanza del modello organizzativo ove si consideri che, nell’ambito delle imprese, talune condotte contrarie alle regole di comportamento e alle misure organizzative intese a prevenire un illecito 231 – ma non sanzionate penalmente o in via amministrativa – potrebbero disporsi a prodromo di eventuali reati presupposto, ancorché non integranti nemmeno il tentativo *ex* art. 26 del Decreto. Occorre altresì considerare che l’inerzia dell’ente di fronte al comportamento non conforme potrebbe far maturare tra i dipendenti la falsa rappresentazione di una condizione anomica all’interno della *societas*. Invero, l’omesso intervento repressivo a livello disciplinare anche a fronte di inosservanze, infrazioni di lieve entità o semplici irregolarità

potrebbe indurre il lavoratore a considerare la sua condotta come corretta o, perlomeno, accettabile all'interno dell'organizzazione aziendale.

Tuttavia, le risultanze dell'indagine rilevano che per il non trascurabile 17% del campione di società partecipanti alla *Survey*, il sistema disciplinare non rappresenta un punto di forza per il perseguimento degli obiettivi prevenzionistici del modello 231.

Questo dato ci mostra che, ancora oggi, molte imprese non puntano, o non lo fanno con convinzione, sul sistema disciplinare "231" quale strumento che avrebbe, invece, tutti i numeri per contribuire alla neutralizzazione o, quanto meno al contenimento, di condotte illecite o potenzialmente tali poste in essere nell'ambito del tessuto organizzativo.

A ben vedere, non si può escludere che questo disinteresse sia dovuto – tra le possibili ragioni – al fatto che il Decreto, come evidenziato in precedenza, offra scarne indicazioni in merito all'apparato sanzionatorio interno al modello 231, impiegando per lo più formule di stile.

Del resto, in questi primi vent'anni di applicazione del Decreto, è del tutto mancata una riflessione approfondita, da parte della dottrina e della giurisprudenza, in merito alle caratteristiche del sistema disciplinare e al suo ruolo come strumento di prevenzione dei reati all'interno delle organizzazioni aziendali. Con la conseguenza che gli enti si sono trovati completamente sguarniti di indicazioni serie, efficaci ed effettive: ciò potrebbe aver portato alcune società a sottovalutare questa componente fondamentale del modello organizzativo, forse anche in ragione della sottovalutazione di essa da parte della giurisprudenza.

4.2. SOGGETTI MAGGIORMENTE SANZIONATI DALLE IMPRESE A SEGUITO DELL'ATTIVAZIONE DEL PROCEDIMENTO DISCIPLINARE

È stato poi chiesto al campione di **211 società** partecipante alla *Survey* **se, in base alla loro esperienza, il sistema disciplinare interno al modello organizzativo, qualora attivato, abbia riguardato i soggetti apicali o sottoposti**.

I risultati[391] dimostrano che:

- soltanto l'**8%** (17 risposte) ha dichiarato "Apicali";
- circa il **24%** (50 risposte) ha scelto l'opzione "Sottoposti";
- il **29%** (59 risposte) ha scelto l'opzione "Entrambi";
- il **39%** (81 risposte) ha dichiarato "Non saprei".

Cercando di formulare alcune considerazioni di sintesi dei dati sopra riportati, non si può non osservare che la percentuale più bassa di preferenze espresse dal campione di società partecipanti all'indagine riguardi l'ipotesi di sanzioni adottate nei confronti di apicali, ossia di quella categoria di soggetti, posti al vertice della gerarchia aziendale, che, da un'analisi delle pronunce giurisprudenziali, rappresentano i principali autori di condotte rilevanti ai fini dell'integrazione dei cc.dd. reati presupposto.

Tuttavia, un aspetto positivo è rappresentato dall'alta percentuale ottenuta dall'opzione "Entrambi", che riequilibra in un qualche modo il dato negativo riferibile ai soli apicali rispetto all'alta percentuale di preferenze (il 24%) espresse per l'opzione relativa all'ipotesi di sistema disciplinare attivato soprattutto nei confronti dei sottoposti.

A questo proposito, può essere utile fornire alcuni brevi spunti di riflessione in relazione alle possibili motivazioni per cui l'apparato sanzionatorio interno al modello organizzativo sia difficilmente attivato dalle società nei confronti dei propri dirigenti.

Una delle possibili ragioni potrebbe ricollegarsi alle problematiche connesse all'individuazione e predeterminazione di sanzioni conservative del rapporto di lavoro collegabili agli illeciti disciplinari, problema che si pone soprattutto per i soggetti apicali, dal momento che, per i lavoratori dipendenti, è fattibile per l'ente un rinvio alle tipologie di provvedimenti sanzionatori di carattere conservativo contemplati dalla contrattazione collettiva nazionale applicabile al settore di appartenenza dell'ente.

Nonostante il Decreto esiga l'introduzione di un sistema disciplinare *ad hoc* anche nei confronti dei vertici aziendali che preveda, in ossequio dei requisiti - derivabili dalla giurisprudenza giuslavoristica - della proporzionalità e adeguatezza, un ampio reticolato di provvedimenti sanzionatori parametrati alla maggiore o minore

[391] Quattro società su duecentoundici hanno deciso di non rispondere al quesito in esame. Le percentuali riportate, pertanto, sono calcolate su duecentosette risposte.

gravità del fatto addebitato, la questione è particolarmente complessa perché, nei loro confronti, le norme legislative e contrattuali di riferimento contemplano soltanto l'applicazione da parte del datore di lavoro della sanzione "espulsiva" (*i.e.* licenziamento) irrogabile nei casi più gravi. A ciò si aggiunga che l'orientamento giurisprudenziale a lungo maggioritario nel settore del diritto del lavoro, è stato refrattario a considerare forme di responsabilità e procedimento disciplinare nei confronti dei dirigenti, in ragione della "specialità" del rapporto di lavoro dirigenziale, sancendo pressoché l'impossibilità per l'ente-datore di lavoro di ricorrere a sanzioni i tipo conservativo[392]. Se è pur vero che negli anni sono stati rimossi dalla giurisprudenza gli ostacoli di ordine concettuale ad ammettere la possibilità di sottoporre al sistema disciplinare predisposto dalla società anche quei soggetti che, gerarchicamente, si pongono al vertice della stessa[393], sicché oggi non vi sarebbero più remore ad ammettere l'assoggettabilità degli stessi ad un procedimento disciplinare per violazione delle regole di organizzazione e controllo del modello 231 e, correlativamente, alle sanzioni di natura conservativa del rapporto di lavoro che possono essere irrogate all'esito di tale procedimento, resta, tuttavia, l'oggettiva difficoltà per le società di coniugare il peculiare rapporto di lavoro dei soggetti in posizione apicale con provvedimenti disciplinari "atipici" (*id est* non previsti dalla legge e dalla contrattazione collettiva) diversi dal licenziamento. L'impressione è che il legislatore, nella redazione delle prescrizioni del Decreto relative al sistema disciplinare, non abbia tenuto in grande considerazione i limiti e i vincoli posti all'ente

[392] Così Cass. civ., Sez. un., 29 maggio 1995, n. 6041 in *Foro it.*, 1995, I, p. 1778, con nota di G. Amoroso. In tal senso, v. T.A.R. Veneto, Sez. I, 05/10/1999, n. 1473, *inedita*. La giurisprudenza successiva si è per lo più conformata al *dictum* negativo: v. Cass. civ., Sez. lav., 12 ottobre 1996, n. 8934, in *Giust. Civ. mass.*, 1996, p. 1410; Cass. civ., Sez. lav., 1° aprile 1999, n. 3148, in *Foro it.*, 1999, I, p. 1793*;* Cass. civ., Sez. lav., 28 aprile 2003, n. 6606, *ivi*, 2003, p. 4.

[393] Cass. civ., Sez. un., 30 marzo 2007, n. 7880, in *Giur. it.*, n. 1, 2008, p. 70, con nota di M. Vizioli, *Il licenziamento disciplinare del dirigente davanti alle Sezioni unite della Cassazione: una soluzione definitiva?*; in *Corr. mer.*, n. 8-9, 2007, p. 1032, con nota di G. Travaglino, *Licenziamento dei dirigenti di azienda e garanzie ex art. 7 Statuto dei lavoratori*; in *Lav. giur.*, 2007, p. 889, con nota di L. Menghini, *Il licenziamento dei dirigenti: applicabilità della reintegra ai pubblici e delle tutele procedurali ai privati* e *ibidem*, p. 907, con nota di G. Treglia, *Riconfermata l'applicabilità dell'art. 7 dello statuto dei lavoratori*
al licenziamento disciplinare del dirigente. V., *ex multis*, Cass. civ., Sez. lav., 26 marzo 2018, n. 7426, *inedita*; Cass. civ., Sez. lav., 30 luglio 2013, n. 18270, in *Lav. giur.*, 2013, p. 1042, con nota di G. Treglia; Cass. civ., Sez. lav., 10 febbraio 2015, n. 2553, cit., p. 1671.

dalle vigenti norme di legge che circoscrivono il suo potere datoriale anche nella dimensione disciplinare.

Le considerazioni sopra esposte potrebbero essere una della ragioni per cui le società ricorrono a provvedimenti sanzionatori nei confronti dei propri dirigenti soltanto in casi eccezionali, ossia quando durante l'attività di indagine si giunga ad un accertamento di fondatezza degli elementi acquisiti e di imputabilità di un'inosservanza delle disposizioni impartite dall'ente e rilevanti ai sensi del modello organizzativo, che configuri una giusta causa di risoluzione del rapporto di lavoro ovvero esponga l'impresa a situazioni attuali di grave pericolo per l'integrità dei beni dell'azienda o possa comportare l'applicazione delle misure cautelari o delle sanzioni di cui al Decreto (si pensi all'elusione del sistema di controllo previsto dal modello 231 effettuata, ad esempio, mediante la sottrazione, la distruzione o l'alterazione della documentazione prevista dai protocolli aziendali di attuazione del modello stesso).

Il quadro sin qui tratteggiato e che traspare, seppur indirettamente, dalle risultanze della *Survey* sembra inoltre trovare sostanziale riscontro nella prassi dei *compliance program* adottati dagli enti che, quando non eludono il problema attraverso un inutile rinvio alla contrattazione collettiva (che, come detto, quasi nulla contempla in materia di sanzioni disciplinari nei confronti dei dirigenti), preferiscono prevedere per gli apicali sanzioni che vanno dal *minus* del rimprovero (verbale o scritto) al polo opposto rappresentato dal licenziamento per giustificato motivo o per giusta causa, ignorando di fatto sanzioni conservative di tipo intermedio.

4.3. BREVI SPUNTI DI RIFLESSIONE PER UNA POSSIBILE RIFORMA IN MATERIA DI SISTEMA DISCIPLINARE

Il sistema disciplinare è tratteggiato nel *corpus* del Decreto solo con minimi riferimenti: considerata, quindi, la laconicità della disciplina 231 in *subiecta materia*, è stato chiesto alle società partecipanti alla *Survey* **se ritiene necessaria una modifica del Decreto che precisi in maniera puntuale il contenuto e i requisiti di idoneità dell'apparato sanzionatorio interno al modello organizzativo**.

Il campione di **211 imprese** che hanno aderito all'indagine si è espresso nel seguente modo:

- il **62%** (130 società) ha dichiarato di "Sì";
- il **38%** (81 società) ha ritenuto di "No".

I dati sopra riportati mostrano un rilevante divario, seppur meno netto rispetto alle aspettative, tra le due differenti opzioni del "Sì" e del "No".

Se attualmente il contenuto del sistema disciplinare è interamente rimesso a scelte discrezionali di autonormazione privata, dall'alta percentuale di risposte affermative traspare il forte auspicio delle società per un intervento riformatore del Decreto che chiarisca gli elementi strutturali di un idoneo apparato sanzionatorio interno al modello organizzativo.

Pur essendo consapevoli del fatto che non si possa pretendere dal legislatore un dettagliato elenco dei presupposti del sistema disciplinare, anche in ragione dei differenti contesti imprenditoriali in cui tale sistema dovrebbe essere adottato, qualche indicazione in più sarebbe stata, cionondimeno, doverosa. Tanto più ove si consideri che il Decreto non affronta e, quindi, non risolve il problema dei rapporti tra il potere di regolamentazione dell'ente in tema di sistema disciplinare "231" e le concorrenti disposizioni in materia di diritto del lavoro e di diritto societario che si intersecano o possono intrecciarsi con l'obbligo gravante sull'ente che ha adottato un modello 231 di identificare il contenuto e i requisiti di idoneità dell'apparato disciplinare.

In una prospettiva *de iure condendo*, quindi, risulta auspicabile che siano definiti i contenuti del sistema disciplinare richiesto dal Decreto con riguardo, ad esempio, (i) ai criteri di implementazione, (ii) all'individuazione delle sanzioni applicabili, con particolare riferimento a quelle di natura conservativa nei confronti degli apicali (potrebbe essere altresì chiarito se è necessario per gli enti collegare ogni singola condotta censurabile oppure gruppi di infrazioni ad una predeterminata misura sanzionatoria, nel rispetto tuttavia di un margine di discrezionalità), nonché (iii) alle regole procedimentali e di indagine nell'accertamento dell'infrazione.

4.4. ASPETTI PROBLEMATICI NELLA COSTRUZIONE DI UN EFFICACE SISTEMA DISCIPLINARE E NELLA CONDUZIONE DELLE *CORPORATE INTERNAL INVESTIGATIONS*: POSSIBILI RIMEDI *DE IURE CONDENDO* ANCHE IN UN'OTTICA DI COLLABORAZIONE CON L'AUTORITÀ GIUDIZIARIA

Al campione di **211 società** partecipanti alla *Survey* è stato poi **chiesto**, in stretta connessione con il precedente quesito, **quali aspetti**, tra quelli espressamente indicati in un ventaglio di opzioni proposte, **ritenesse più problematici nella predisposizione di un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello 231**.

Al quesito proposto, le società hanno scelto le seguenti problematiche riportate in ordine decrescente di preferenze espresse[394]:

- **con la percentuale del 22,86%:** «*individuazione di quali violazioni del modello 231 possano essere ricondotte alle diverse tipologie di sanzioni previste dalle norme giuslavoristiche nei confronti dei dipendenti (lavoratori subordinati)*»;
- **con la percentuale del 16,43%:** «*determinazione delle sanzioni da applicare ai membri degli organi sociali, non potendosi ricorrere all'apparato normativo e contrattuale tradizionalmente strutturato sulla base della sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato*»;
- **con la percentuale del 14,05%:** «*individuazione di una sequenza di sanzioni "atipiche" - adeguatamente articolata a seconda della gravità della violazione – nei confronti dei lavoratori subordinati con la qualifica di dirigente, in quanto il rinvio del modello 231 alle norme legislative e contrattuali di riferimento potrà riguardare soltanto l'applicazione di sanzioni "espulsive" (*i.e. *licenziamento)*»;
- **con la percentuale del 13,33%:** «*in assenza di precisa determinazione nel Decreto dei requisiti di idoneità, dei contenuti e dei criteri di valutazione del sistema disciplinare, difficoltà nell'individuare tipologie sanzionatorie aventi natura*

[394] La domanda a risposta multipla prevedeva la possibilità per le società di indicare più di una risposta tra quelle proposte (fino ad un massimo di tre). Pertanto, la percentuale indicata è stata calcolata facendo riferimento al numero complessivo di risposte fornite dalle società.

afflittiva graduata che possano ritenersi adeguate a tutti i destinatari del modello 231»;

- **con la percentuale del 12,38%:** «*garanzia di coerenza tra il momento di individuazione della violazione del modello 231 e di tempestiva applicazione della sanzione disciplinare ai fini dell'effettivo rispetto dei principi sanciti dalla normativa sul lavoro*»;
- c**on la percentuale del 11,19%:** «*individuazione delle modalità di svolgimento da parte dell'O.d.V delle indagini interne su potenziali condotte illecite e degli strumenti di investigazione a sua disposizione*»;
- **con la percentuale del 9,76%:** «*Definizione del procedimento disciplinare nei confronti dei soggetti apicali (i.e. individuazione dei soggetti competenti all'iniziativa e all'esercizio del potere disciplinare e indicazione delle corrispondenti regole procedimentali), posto che il sistema disciplinare utilizzato normalmente all'interno della società è concepito e sviluppato, anche mediante specifiche procedure aziendali, con riferimento al rapporto di lavoro subordinato*».

Dall'analisi dei dati si evince che una delle principali criticità individuate dalle società è relativa alla tipizzazione degli illeciti disciplinari (*i.e.* dei comportamenti costituenti inosservanze o violazioni del modello 231) compiuti dai sottoposti da collegare ai diversi provvedimenti sanzionatori irrogabili nei loro confronti e previsti, in particolare, dalle norme pattizie di cui all'applicabile Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro per il personale dipendente.

In linea generale e in considerazione del fatto che l'apparato sanzionatorio interno al modello organizzativo è altro rispetto al sistema sanzionatorio penale, si può ritenere che non sia esigibile, in concreto, che la società rediga una completa e minuziosa tipizzazione di tutte le fattispecie sanzionabili. Invero, alla luce dell'ampia discrezionalità che caratterizza la politica gestionale di impresa e della complessità e varietà delle regole concretamente previste nella parte programmatica del modello organizzativo, sarebbe poco realistico e di difficile attuazione per l'ente prevedere, in maniera puntuale e specifica, tutti i possibili comportamenti, anche omissivi, che in violazione delle suddette regole possono costituire presupposto per l'applicazione di una sanzione disciplinare.

Pertanto, si ritiene che per l'identificazione dei comportamenti sanzionabili nell'ambito del sistema disciplinare interno al modello 231, pur essendo necessario il rispetto dei principi di legalità e tassatività, non se ne può pretendere un'applicazione secondo il rigore formale del sistema sanzionatorio penale. In altre parole, l'ente dovrà sicuramente individuare in maniera chiara le ipotesi di comportamenti integranti infrazioni disciplinari (potendo essere più "elastico" per quei comportamenti il cui disvalore è immediatamente percepibile), ma potrà farlo anche per categorie paradigmatiche, in modo tale che, ove necessario, sia sempre possibile un eventuale adattamento secondo le effettive e concrete inadempienze.

Ciò che conta, dunque, è che il grado di specifica descrizione del comportamento sanzionabile sia sufficiente ad escludere che la collocazione della condotta del lavoratore in una determinata fattispecie disciplinare sia interamente devoluta ad una valutazione unilaterale ed ampiamente discrezionale, o persino arbitraria, dell'ente-datore di lavoro.

Continuando la disamina delle risultanze del quesito in commento, le società hanno espresso un'alta percentuale di preferenze per le problematiche attinenti alla determinazione delle diverse tipologie di sanzioni, soprattutto conservative, concretamente adottabili dall'ente in caso di inosservanza o violazione del modello organizzativo da parte dei soggetti in posizione apicale e dei membri degli organi sociali. Le imprese hanno evidenziato, altresì, l'oggettiva difficoltà – in assenza di qualsivoglia indicazione normativa – nell'individuare tipologie sanzionatorie aventi natura afflittiva graduata che possano ritenersi adeguate verso tutti i destinatari del modello organizzativo.

Come sottolineato nelle riflessioni precedenti, la questione è particolarmente complessa perché, nei confronti dei dirigenti, le norme legislative e contrattuali di riferimento contemplano soltanto l'applicazione da parte del datore di lavoro della sanzione "espulsiva" irrogabile nei casi più gravi mentre, per i membri degli organi sociali, non è possibile ricorrere all'apparato normativo e contrattuale, tradizionalmente strutturato sulla base della sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato. Sicché, ad esempio, nei confronti degli amministratori, risulterebbe applicabile, come meccanismo sanzionatorio per violazioni del modello organizzativo, il provvedimento espulsivo consistente, in questo caso, nella revoca dell'incarico

(certamente sproporzionata in rapporto a talune inosservanze o violazioni del modello 231 di lieve entità) e l'azione sociale di responsabilità *ex* art. 2393 c.c., la cui natura spiccatamente riparatoria *ex post* non sarebbe strutturalmente adatta ad assolvere lo scopo preventivo che caratterizza il sistema disciplinare di cui al Decreto, oltre a costituire un rimedio eccessivo in ipotesi di violazioni non gravi.

Nella pratica, quindi, per il *management* aziendale e per i membri del consiglio di amministrazione si pone la questione concernente la fonte di legittimazione delle sanzioni di natura conservativa in quanto si tratterebbe di sanzioni "atipiche" (*id est* non previste dalla legge o dalla contrattazione collettiva).

La problematica si pone, come già rilevato, in quanto il sistema disciplinare "231", affinché possa considerarsi idoneo, deve contemplare nei confronti di tutti i suoi destinatari sanzioni di tipo conservativo del rapporto di lavoro. Invero, tale apparato sanzionatorio deve necessariamente soddisfare i requisiti della proporzionalità e adeguatezza che impongono all'ente-datore di lavoro di prevedere un'articolata sequenza di provvedimenti disciplinari commisurati alla maggiore o minore gravità della violazione commessa.

Inoltre, se la *ratio essendi* del sistema disciplinare "231" risiede, come si ritiene, nella prevenzione delle condotte prodromiche alla realizzazione di un reato-presupposto, è di fondamentale importanza che lo stesso contempli sanzioni per inosservanze o violazioni di non trascurabile rilievo ma non così gravi da giustificare un provvedimento di carattere espulsivo.

Pur non essendo questa la sede per una disamina approfondita dell'argomento e delle diverse teorie dottrinali in materia, si deve ritenere sempre percorribile la via negoziale e, quindi, la possibilità di vincolare tali soggetti per via pattizia mediante la specifica accettazione, anche tramite l'inserimento di apposite clausole nella contrattazione individuale, di una loro sottoposizione all'apparato disciplinare-sanzionatorio predisposto nel modello organizzativo. Si tratterebbe, in sostanza, di esplicitare, nel contratto individuale stipulato con l'apicale o all'atto di conferimento dell'incarico di amministrazione ovvero, in appositi atti successivi se il rapporto contrattuale o di amministrazione fosse già in essere, le violazioni del modello 231 rilevanti e i relativi provvedimenti disciplinari, soprattutto di natura conservativa.

Infine, il campione di imprese partecipanti alla *Survey* ha evidenziato quale ulteriore criticità nell'implementazione di un idoneo sistema disciplinare, l'individuazione delle modalità di conduzione delle attività ispettive/investigative su potenziali condotte illecite svolte dall'Organismo di Vigilanza (coadiuvato da una o più funzioni aziendali non coinvolte nel *business*) e degli strumenti di indagine a sua disposizione.

Al riguardo, l'OdV - pur non disponendo di poteri disciplinari e sanzionatori diretti - può considerarsi l'organismo che, nell'ambito della sua attività di vigilanza "sul funzionamento e l'osservanza dei modelli organizzativi", evidentemente presidiati dal sistema disciplinare, e in quanto destinatario dei flussi informativi relativi al rispetto dei protocolli e delle procedure di attuazione del *compliance program*, ha il potere/dovere di avviare un'investigazione interna su ogni presunta violazione del modello 231 o di possibile commissione di condotte che possano rilevare in termini di responsabilità dell'ente o di danni alla sua reputazione, nonché a fronte dell'eventuale notizia di indagini penali o della possibile instaurazione di un procedimento giudiziario. Nella sua attività di indagine finalizzata ad accertare la fondatezza e la causa dei fatti segnalati o rilevati, l'OdV potrà avvalersi di una o più funzioni aziendali (*in primis* la funzione *internal audit* ma anche la funzione *compliance*, la funzione di *security* e la funzione legale) ed eventualmente, se ritenuto opportuno, anche di esperti o periti esterni specificamente incaricati. Qualora, al termine delle indagini, emerga che i fatti oggetto di accertamento possano assumere rilevanza sotto il profilo disciplinare, l'OdV dovrà "promuovere" l'instaurazione del procedimento disciplinare da parte degli Organi Sociali e/o delle funzioni aziendali che risultino competenti in virtù dei poteri e delle attribuzioni loro conferiti dalla normativa applicabile, dallo Statuto e dai regolamenti interni delle società. Una volta attivato il sistema sanzionatorio, l'OdV svolgerà, altresì, una funzione consultiva nel corso del procedimento di irrogazione dei provvedimenti disciplinari.

Tuttavia, l'esistenza di alcune zone d'ombra del dettato normativo sui poteri e sui compiti dell'OdV e l'assenza di indicazioni specifiche nel Decreto sulle modalità di conduzione e sui requisiti di idoneità delle attività condotte da tale organismo in funzione inquirente, nei casi in cui lo stesso si imbatta in notizie-segnalazioni riguardanti la violazione delle prescrizioni del modello 231 (soprattutto nel caso in cui

la stessa abbia rilevanza penale), solleva una serie di evidenti criticità sottolineate, come vedremo anche nel seguito della presente trattazione, dalle risultanze della *Survey*.

Alla luce delle precedenti considerazioni e **in una prospettiva di riforma del Decreto**, è stato poi chiesto al campione di 211 società partecipanti alla *Survey* **se ritenga altresì auspicabile che siano specificati la tipologia di poteri dell'OdV e gli strumenti a sua disposizione per l'assolvimento dei propri compiti con particolare riferimento al sistema disciplinare**:

- circa il **72% (151 risposte)** ha dichiarato "Sì";
- circa il **18% (37 risposte)** ha dichiarato "No"; e
- soltanto l'**11% (23 risposte)** ha scelto l'opzione "Non saprei".

Con un'alta percentuale di preferenze, le società ritengono necessaria, in una prospettiva di emancipazione della responsabilità da reato degli enti, che siano espressamente regolamentati poteri e strumenti dell'OdV, con particolare attenzione a quelle attività svolte dallo stesso con riferimento al sistema disciplinare che, come già accennato, può essere attivato su suo impulso e dopo che lo stesso abbia compiuto, nell'ambito della propria attività ispettiva, una valutazione di fondatezza delle circostanze fattuali di presunta *notitia criminis* interna al tessuto organizzativo, appresa dalle varie funzioni aziendali, a seguito di speciali *audits* indipendenti, attraverso altri canali di comunicazione interna ed esterna o comunque rilevata.

A valle poi delle evidenze obiettive raggiunte dalle indagini interne condotte su base spontanea, le società potranno decidere quali misure e azioni correttive adottare per impedire che le violazioni accertate siano ripetute o producano effetti ulteriori.

Inoltre, l'importanza di una disciplina *ad hoc* delle investigazioni interne si evince, altresì, ove si consideri che le attività di indagini interne svolte dall'OdV (in una fase prodromica alla eventuale formalizzazione della contestazione disciplinare) potrebbero assumere poi un ruolo centrale nella costruzione di un'eventuale strategia difensiva dell'ente che, nel caso di contestazione "231", possa "provare" che non vi

sia stata "omessa o insufficiente vigilanza" e, più in generale, che sia da escludere un suo coinvolgimento nel reato presupposto, per aver conosciuto e tollerato, se non addirittura coperto, comportamenti illeciti posti in essere da apicali e sottoposti.

Si rileva, infatti, che soltanto la precisa comprensione di quanto accaduto in seno all'attività d'impresa, oggetto di potenziale addebito, permetterebbe all'ente di identificare e sanzionare tempestivamente i responsabili di condotte illecite, di far emergere circostanze rilevanti per l'accertamento dei fatti da utilizzare in un'ottica di efficace pianificazione di scelte gestorie e difensive. Le investigazioni interne avrebbero, quindi, anche una finalità "esterna" o processuale perché potrebbero consentire, in caso di contemporanea o successiva instaurazione di un procedimento penale, di ricercare e raccogliere elementi probanti difensivi, di evitare che evidenze documentali vengano trascurate, sottratte o distrutte, di attuare condotte riparatorie rilevanti ai sensi del Decreto anche al fine di evitare l'adozione di misure cautelari nei confronti della società.

Tuttavia, il totale vuoto normativo *in subiecta materia* solleva molte criticità e domande, dando adito a prassi incerte che ostacolano un'effettiva valorizzazione di questo imprescindibile strumento di verifica e controllo volto a dimostrare – tramite la ricerca di elementi utili - la completa estraneità della politica aziendale alla commissione del reato. Si pensi, a titolo esemplificativo, all'assenza di una (pur non completa) copertura privilegiata delle informazioni raccolte dall'OdV in esito alla verifica interna su violazioni del modello 231 (sicché lo scambio di comunicazioni e informazioni tra la società e l'OdV – così come tra l'ente e i suoi legali interni – non beneficia di alcuno schermo rispetto alle richieste dell'autorità inquirente); al fatto che in moltissimi casi l'attività di indagine interna svolta dall'OdV, seppur "informale", si scontra con quanto previsto dalle leggi sulla protezione dei lavoratori e dalla normativa a tutela della *privacy* che richiede, per il trattamento dei dati sensibili, il necessario consenso dell'interessato; al silenzio normativo sulle modalità operative con le quali devono essere condotte dall'OdV (eventualmente coadiuvato dalle funzioni aziendali coinvolte nelle indagini) le audizioni e i colloqui con il segnalante o con le persone coinvolte nel fatto reato, con i testimoni o i presunti indagati per ottenere riscontri e informazioni. Di più, in quale veste l'OdV potrebbe intervistare il presunto autore della condotta illecita che non sia assistito da difensore su fatti che, ragionevolmente,

potrebbero coinvolgere responsabilità penali dello stesso dichiarante? Con quali modalità l'OdV dovrebbe evitare di mettere a rischio l'integrità del privilegio contro l'autoincriminazione? Sarebbe necessaria una verbalizzazione analitica delle audizione dell'OdV? E se il dipendente si rifiutasse di firmare il verbale? Al riguardo, occorre considerare che l'intervista condotta dall'OdV in seno ad un'indagine interna su base spontanea si distingue e precede il colloquio - disciplinato dalle norme giuslavoristiche vigenti - che può seguire all'attivazione del sistema sanzionatorio ed è perciò caratterizzato da un minore formalismo. Si pone, quindi, anche un problema di mancanza di operatività delle garanzie processuali a presidio dei diritti dell'indagato nell'ambito delle attività svolte in seno all'indagine interna. Il contesto deformalizzato in cui vengono acquisiti dall'OdV e dalle funzioni aziendali i contributi investigativi solleva invero molte criticità. Potrebbero trovare applicazione, *mutatis mutandis*, le metodologie indicate nel codice di rito? Inoltre, con quali modalità (e per quanto tempo) dovrà essere archiviata la documentazione oggetto del fatto reato e le informazioni raccolte dall'OdV?

Infine, quali potrebbero essere gli spazi di utilizzabilità processuale del compendio di informazioni raccolte nel contesto di un'attività ispettiva non disciplinata da specifiche disposizioni di legge e condotta su base spontanea dalla società per acquisire elementi a carico dell'indagato ed elementi utili alla linea difensiva che si intende coltivare? Ad esempio, una questione dibattuta concerne l'ammissibilità del c.d. "documento dichiarativo" (si pensi ai verbali e agli appunti delle interviste condotte dall'OdV).

Dalle osservazioni proposte emerge la necessità di colmare il vuoto normativo esistente anche al fine di evitare ai membri dell'OdV la potenziale violazione di regole e formalismi che li esponga a contestazione di reati o a violazioni, ad esempio, per trattamento illecito dei dati del Codice sulla *privacy*. Il legislatore dovrebbe tutelare, altresì, con specifiche disposizioni, le informazioni e i dati raccolti e archiviati dall'OdV (con l'ausilio delle competenti funzioni aziendali) nell'ambito delle *corporate internal investigations*, in considerazione del fatto che tale set informativo è sicuramente appetibile per l'autorità inquirente al fine di raccogliere prove.

A chiusura dell'indagine in *subiecta materia* e, quindi, in stretta connessione con il precedente quesito, è stato poi chiesto al campione di 211 imprese partecipanti alla *Survey* **se, in assenza di una regolamentazione espressa della funzione e dei limiti delle indagini interne finalizzate alla ricerca di eventuali comportamenti difformi dalle misure contemplate dal modello 231, si ritenga necessaria una modifica del Decreto che regoli in maniera chiara le *corporate internal investigations* e i relativi rapporti con le indagini dell'autorità giudiziaria**.

Le risultanze evidenziano che:

- circa il **56 % (119 risposte)** ha dichiarato "Sì";
- circa il **25% (53 risposte)** ha dichiarato "No"; e
- soltanto il **18% (39 risposte)** ha scelto l'opzione "Non saprei".

L'alta percentuale di risposte affermative rafforza le risultanze del precedente quesito. Come già evidenziato, per quanto attiene alle caratteristiche e alle modalità di conduzione delle *corporate internal investigations* finalizzate ad accertare comportamenti illeciti posti in essere da apicali o sottoposti nell'ambito dell'organizzazione aziendale, il legislatore non ha specificato alcunché, né nella legge delega né nel testo del Decreto. Per le società, invece, sono ormai maturi i tempi per pensare ad un coinvolgimento proattivo delle stesse nella ricerca di elementi utili all'inchiesta, attraverso la previsione di una disciplina organica dell'attività di investigazione indipendente su base spontanea che, da un lato, definisca in maniera puntuale ruoli, modalità operative ed eventuali limiti delle attività di verifica interna dell'eventuale inosservanza della legge penale e, dall'altro, disciplini i relativi rapporti di tali indagini con quelle dell'autorità giudiziaria.

Non si tratterebbe tanto di "minare" il monopolio dell'iniziativa investigativa, quanto di accettare, a fronte di un premio per l'ente, un'idea di collaborazione nella ricerca di un'effettiva verifica della piena osservanza delle regole. L'ente, quindi, potrebbe diventare un prezioso alleato nello svolgimento di quelle essenziali attività finalizzate ad agevolare l'emersione della condotta illecita, tanto più che il compendio di informazioni ottenuto dalle società in occasione dell'investigazione interna consentirebbe l'acquisizione al processo di importanti fonti di prova, non facilmente accessibili all'organo inquirente.

5. IL NUOVO IMPIANTO SANZIONATORIO "231" DEI REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Nell'ambito dei profili di interesse teorico e applicativo della disciplina 231 e oggetto di approfondimento con la *Survey*, ci si è posti l'obiettivo di indagare se la coerenza e linearità del sistema sanzionatorio delineato dal legislatore - che si esplica nella previsione di un reticolato di sanzioni pecuniarie e interdittive - al quale fa da contrappeso l'eventuale premio (*sub species* di attenuazione della sanzione pecuniaria e inapplicabilità di quella interdittiva) cui può aspirare l'ente che abbia posto in essere, prima dell'apertura del dibattimento, le plurime condotte riparatorie contemplate dalla normativa 231, sia stata, in qualche misura, compromessa o, comunque, alterata dalle varie modifiche normative, con impatto sul Decreto, introdotte dalla legge 9 gennaio 2019, n. 3, recante "Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici" (c.d. "Legge Spazzacorrotti").

In particolare, con la Legge Spazzacorrotti è stato modificato il testo dell'art. 25: (i) inserendo, nel novero dei reati presupposto che possono determinare una responsabilità amministrativa dell'ente, il traffico di influenze illecite di cui all'art. 346-*bis* c.p. (i cui connotati tipici sono stati sostanzialmente riformulati e ampliati nella nuova versione che ha assorbito anche la condotta prevista dall'abrogato delitto di millantato credito); (ii) prevedendo un inasprimento del sistema sanzionatorio di tipo interdittivo per i reati contro la Pubblica Amministrazione (sono rimaste inalterate, invece, le sanzioni pecuniarie) e, infine, (iii) introducendo, a determinate condizioni, una misura premiale a favore dell'ente resipiscente, consistente in una importante decurtazione della durata delle interdizioni.

Con riferimento alla novella di cui al precedente punto (ii), il legislatore *non solo* ha inteso inasprire, in modo vertiginoso, il sistema sanzionatorio di tipo interdittivo - modificando a tal fine il comma 5 dell'art. 25 del Decreto -, *ma* ha altresì introdotto un innovativo criterio di determinazione della sanzione ancorato alla diversa posizione che assume, nell'ambito dell'organizzazione aziendale, il soggetto autore del reato presupposto.

Più nel dettaglio, se di regola, ai sensi dell'art. 13, comma 2, del Decreto i provvedimenti interdittivi avrebbero una durata non inferiore a tre mesi e non superiore a due anni, a seguito del suddetto intervento riformatore (non presente in altri contesti), viene stabilito che, nei casi di condanna per uno dei reati previsti dai commi 2 e 3 dell'art. 25 del Decreto – ossia, dei reati di corruzione –, si applichino le misure interdittive (a) per una durata non inferiore a quattro anni e non superiore a sette, ogniqualvolta il reato sia stato commesso da un soggetto *in posizione apicale* e (b) per una durata compresa tra un minimo di due e un massimo di quattro anni, qualora il reato sia stato realizzato da un soggetto c.d. *sottoposto*.

La scelta di stampo repressivo attuata dal legislatore del 2019 sembrerebbe poggiare sull'assunto che, allorquando il reato presupposto sia stato commesso da un soggetto in posizione apicale, la partecipazione dell'ente può dirsi caratterizzata da una "maggiore adesione", meritevole, pertanto, di una sanzione più afflittiva. Diversamente, la realizzazione del reato presupposto da parte di un soggetto sottoposto denoterebbe un grado di identificazione, tra l'ente e l'autore materiale del reato, minore, riscontrabile di riflesso, anche nell'entità della sanzione. Tuttavia, la soluzione normativa che impone una sanzione interdittiva maggiore o minore a seconda del ruolo rivestito dall'autore del reato presupposto all'interno dell'ente è stata criticata dalla dottrina maggioritaria[395].

Inoltre, prevedere in via automatica una quantificazione differente delle sanzioni interdittive, ancorata al ruolo rivestito dall'imputato nell'organizzazione aziendale *soltanto* per gli illeciti dipendenti da reati contro la pubblica amministrazione appare una scelta priva di una ragionevole giustificazione poiché crea, rispetto alle restanti fattispecie di reato anche con un grado di offensività

[395] V. P. Di Geronimo, *Le modifiche introdotte dalla cd. «spazzacorrotti» in tema di misure cautelari interdittive*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2019, p. 48. Per l'Autore la distinzione tra soggetti apicali e sottoposti, rilevante ai fini della diversificazione del criterio di imputazione soggettivo dell'illecito, non dovrebbe avere alcuna rilevanza una volta verificata la sussistenza della colpevolezza dell'ente: in altre parole, pur essendo la condotta dell'autore del reato un presupposto dell'illecito dell'ente, tale condotta dovrebbe restare del tutto autonoma da quest'ultimo, tanto più ove si consideri che la società risponde anche nel caso in cui non sia individuato l'autore del reato presupposto (art. 8 del Decreto). M. Bonsegna – S. Miceli, *I pesanti effetti della spazzacorrotti sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3/2019, p. 80. Per un'analisi critica della riforma del 2019, v. C. Santoriello, *Decreto "spazza-corrotti" e responsabilità delle società: ovvero come tornare indietro di vent'anni nella prevenzione del reato nelle aziende*, in *Arch. pen.*, 2019, p. 1.

maggiore[396], una disparità di trattamento di cui non si comprende appieno la necessità e che appare difficilmente giustificabile. Né la situazione, come vedremo a breve, potrebbe considerarsi in qualche modo compensata dal nuovo meccanismo premiale di cui al comma 5-*bis* dell'art. 25 del Decreto che, ad un attento esame, non appare in realtà così allettante per gli enti.

Alla luce delle novità introdotte dalla Legge Spazzacorrotti, è stato chiesto alle 211 società partecipanti all'indagine se, in base alla loro esperienza, le modifiche apportate al Decreto con particolare riguardo **all'inasprimento del sistema sanzionatorio di tipo interdittivo abbiano in concreto comportato una maggiore incisività ed efficacia dell'azione di contrasto del fenomeno corruttivo da parte delle società.**

I dati ottenuti mostrano che:

- circa il **27.5% (58 risposte)** ha dichiarato "Si";
- circa il **38.4% (81 risposte)** ha dichiarato "No";
- e, infine, il **34.1% (72 risposte)** ha scelto l'opzione "Non saprei".

Dalle risposte fornite, appare rilevante osservare come quasi il 40% delle società partecipanti alla *Survey* non ritenga che il più rigoroso trattamento sanzionatorio scaturente dalla novella abbia dato vita ad azioni di contrasto maggiormente incisive rispetto al fenomeno corruttivo.

Tale conclusione risulta in linea con la denuncia, avanzata già da anni da una parte della dottrina penalistica, la quale ha evidenziato come il ricorso, in ottica di politica criminale, ad aumenti (talvolta) indiscriminati del carico sanzionatorio costituisca una vera e propria "strumentalizzazione delle valenze simboliche" del diritto penale, priva di un'effettiva maggior efficacia al contrasto di fenomeni devianti.

Sotto un secondo profilo, è possibile altresì evidenziare come l'innalzamento esponenziale dei limiti edittali per gli illeciti conseguenti ai reati contro la P.A. possa esporre le società a un grave e irreversibile pregiudizio per l'operatività d'impresa, in grado di mettere a repentaglio la loro stessa sopravvivenza. Come noto, infatti,

[396] Si pensi, ad esempio, ai delitti di criminalità organizzata *ex* art. 24-*ter* del Decreto o ai delitti contro la personalità individuale *ex* art. 25-*quinquies*.

l'applicazione di sanzioni interdittive costituisce il timore principale per gli enti, soprattutto per quelli la cui principale attività è rappresentata dalla partecipazione ad appalti e commesse pubbliche. In questi casi, l'aggravamento della durata delle sanzioni interdittive temporanee, da un lato, rischia in concreto di avere un effetto deflagrante sulla capacità imprenditoriale delle società (con conseguenze pregiudizievoli che potrebbero finire col colpire tutti i lavoratori estranei al reato) e, dall'altro, incide negativamente sulla possibilità di ravvedimento postumo dell'impresa e su un effettivo recupero della cultura della legalità nell'organizzazione aziendale, finalità queste che rappresentano la cifra caratterizzante dell'intero sistema 231.

Dall'analisi dei risultati emerge, al contempo, che una percentuale significativa del campione di imprese – quasi pari a quella che ha selezionato l'opzione del "No" - ha scelto la risposta "Non saprei", dimostrando indecisione e incertezza sull'effettiva capacità della riforma di fronteggiare efficacemente la corruzione.

Diversamente da quanto sopra osservato, soltanto il 27,5% delle società ha constatato, secondo la propria esperienza, una maggiore incisività ed efficacia dell'azione di contrasto del fenomeno corruttivo a seguito dell'introduzione della novella legislativa. In conclusione, dall'indagine condotta, è possibile dedurre che, in una prospettiva aziendale, la scommessa della riforma di prevedere – attraverso un netto aumento della durata delle sanzioni interdittive - uno strumento importante nella strategia di deterrenza, prevenzione e repressione dei delitti di corruzione non ha ottenuto gli esiti sperati.

5.1. IL NUOVO SISTEMA PREMIALE PER GLI ENTI COLLABORATIVI *EX* ART. 25, COMMA 5 *BIS*, DEL DECRETO: QUALCHE PERPLESSITÀ SUL RAGGIUNGIMENTO DELL'OBIETTIVO

Come accennato nelle brevi note introduttive dell'argomento *de quo*, un'ulteriore novità introdotta con la citata Legge Spazzacorrotti è rappresentata dal nuovo comma 5-*bis*, inserito all'interno dell'art. 25 del Decreto, con il quale il legislatore ha introdotto un innovativo sistema premiale per le *societas* nel cui interesse

o vantaggio è stato posto in essere uno dei reati previsti dai comma 2 e 3 dell'art. 25 del Decreto.

In particolare, l'intervento riformatore consiste nella previsione di una sanzione interdittiva attenuata («non inferiore a tre mesi e non superiore a due anni»), senza distinzione a seconda che il reato presupposto sia commesso da un soggetto apicale o sottoposto, qualora, prima della sentenza di primo grado, l'ente - oltre ad aver eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli 231 idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi - si è efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione dei responsabili, ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite.

La previsione nel *corpus* del Decreto di una specifica fattispecie premiale fondata sull'adozione di una condotta collaborativa della società assume indubbio rilievo: il legislatore – richiamando meccanismi già ampiamente previsti nei paesi di *Common Law* - ha espressamente previsto che la collaborazione processuale dell'ente e la sua dissociazione dall'autore del reato presupposto rappresentano una circostanza attenuante in grado di ridurre la durata delle sanzioni interdittive (riportandole nella forbice edittale prevista dall'art. 13, comma 2, del Decreto).

Tuttavia, occorre osservare che il legislatore, nel prevedere il sistema premiale *ex* art. 25, comma 5-*bis*, non sembra aver operato alcun raccordo con il sistema normativo di riferimento e, in particolare, con la disciplina contenuta nell'art. 17 del Decreto, ai sensi del quale, a fronte di meccanismi di «*riparazione delle conseguenze del reato*» realizzati prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, le sanzioni interdittive «*non si applicano*» *tout court.* In questo secondo caso, gli interventi richiesti all'ente sono: (i) l'integrale risarcimento del danno, (ii) l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato (o l'essersi efficacemente adoperato in tal senso), nonché (iii) l'eliminazione delle carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli 231 idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi e (iv) la messa a disposizione del profitto conseguito ai fini della confisca.

La novella di cui all'art. 25, comma 5-*bis*, affianca dunque all'ipotesi di non applicazione della sanzione interdittiva di cui all'art. 17 del Decreto, una nuova

attenuante speciale, che per alcuni versi si sovrappone a quest'ultima – es. l'eliminazione delle carenze organizzative - ma, per altri versi, se ne discosta sensibilmente presentando un elemento aggiuntivo, costituito dalla necessaria collaborazione richiesta all'ente nell'accertamento dei reati (oltre a prevedere una diversa fissazione del limite temporale entro cui realizzare le condotte collaborative («*prima della sentenza di primo grado*» *ex* art. 25 comma 5- *bis vs*. «*prima della dichiarazione di apertura del dibattimento*» *ex* art. 17).

Alla luce di quest'ulteriore novità legislativa, è stato chiesto alle società protagoniste della *Survey* **se il sistema premiale introdotto all'articolo 25, comma 5-*bis* del Decreto sia soddisfacente dal punto di vista aziendale anche alla luce dell'articolo 17 del Decreto che** – a fronte di determinate condizioni – **prevede l'integrale esenzione dalle sanzioni interdittive.**

Il campione di **211 società** partecipanti all'indagine si è espresso nei seguenti termini:

- circa il **45% (94 risposte)** ha dichiarato di "Si";
- circa il **22% (47 risposte)** ha ritenuto di "No";
- e, infine, il **33% (70 risposte)** ha scelto l'opzione "Non saprei".

Dalle risposte fornite, emerge a prima vista come quasi la metà delle società partecipanti alla *Survey* (45%) abbia ritenuto soddisfacente la nuova disciplina introdotta dall'art. 25, comma 5-*bis* del Decreto, accogliendo, pertanto con favore l'introduzione di ulteriori e nuovi meccanismi di collaborazione processuale e riparazione delle conseguenze dannose del reato, aventi una funzione attenuante della sanzione interdittiva.

Tuttavia, appare di notevole rilievo la presenza di una quota sensibile di società del campione (ben 22%) che, contrariamente a quanto appena detto, ritiene "non soddisfacente", in una prospettiva aziendale, la previsione del nuovo meccanismo di riduzione della sanzione interdittiva *ex* art. 25, comma 5-*bis*, del Decreto, a fronte dell'attuazione delle gravose prescrizioni ivi previste. Inoltre, il 33% delle società del campione ha espresso, selezionando l'opzione "Non saprei", indecisione e incertezza

sul grado di effettiva soddisfazione per il trattamento di favore per l'ente che adotti le condotte di resipiscenza contemplate dalla disposizione *de qua*.

Un'analisi complessiva delle posizioni espresse dal campione di società partecipanti all'indagine porta ad interrogarsi circa l'effettivo vantaggio conseguibile per l'ente con la nuova figura premiale in commento che, pur essendo affine dal punto di vista teleologico e contenutistico con l'altra misura premiale *ex* art. 17 del Decreto, presenta diverse differenze, soprattutto per quanto attiene all'epilogo (mitigazione dell'interdizione *contro* non applicabilità).

Come già rappresentato dalla dottrina[397], sembrerebbe che il legislatore non abbia ben calibrato e armonizzato l'effetto premiale dell'art. 25, comma 5-*bis*, con gli altri simili istituti già previsti nel Decreto: invero, nella situazione corrente, per gli enti potrebbe rivelarsi meno conveniente l'attuazione delle gravose prescrizioni richieste dall'art. 25, comma 5-*bis*, al limitato fine di ottenere come beneficio (solo) una riduzione delle sanzioni interdittive, in luogo dell'adozione delle condotte di riparazione delle conseguenze del reato di cui all'art. 17, che garantiscono alla società, a fronte di un impegno economico ed organizzativo piuttosto simile, un risultato di gran lunga più vantaggioso e allettante, escludendo totalmente l'applicazione delle sanzioni interdittive temporanee.

Tuttavia, considerata la *dead line* prevista dall'istituto di cui all'art. 17 per l'attuazione delle condotte di natura reintegrativa, riparatoria e riorganizzativa («prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado»), è verosimile ritenere che l'ente, il quale non sia riuscito ad ottemperare a tutte le prescrizioni *ex* art. 17 nel termine ivi previsto, potrà avere una seconda *chance* a seguito della riforma in commento, seppur legata a un abbattimento temporale della durata del carico punitivo (e non a un'esenzione).

[397] M. Bonsegna – S. Miceli, *I pesanti effetti della spazzacorrotti sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, cit., p. 77; P. Di Geronimo, *Le modifiche introdotte dalla cd. «spazzacorrotti» in tema di misure cautelari interdittive*, cit., p. 45; C. Piergallini, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, cit., p. 537; A. Gullo, *I reati contro la Pubblica amministrazione e a tutela dell'attività giudiziaria*, in Aa.Vv., *Responsabilità da reato degli enti - Volume I Diritto sostanziale*, a cura di G. Lattanzi-P. Severino, Giappichelli, 2020, p. 436 ss.

6. PREMESSA: SINTETICA RAPPRESENTAZIONE DELLE PRINCIPALI CRITICITÀ IN ORDINE AL "VOLTO" PREMIALE DEL SISTEMA 231

A vent'anni di vigenza del Decreto, sono ormai maturi i tempi per svolgere un primo bilancio storico dei risultati raggiunti e, soprattutto, per mettere a fuoco, al fine di individuare possibili linee evolutive della disciplina in esame, gli aspetti e le questioni connesse all'applicazione della legge che, attualmente, appaiono più problematici e inidonei a costituire il suo volto "premiale", che pur dovrebbe rappresentare l'aspetto più qualificante del sistema 231.

In tale prospettiva, appare evidente che presupposto di ogni riflessione sui potenziali profili di riforma della responsabilità "amministrativa" degli enti, è la conoscenza effettiva dei termini di concreta applicazione della norma, sia in ambito giudiziario sia nel contesto delle realtà imprenditoriali.

Tuttavia, proprio l'assenza in materia di dati empirici e statistici rappresenta un limite per la formulazione di istanze riformistiche che, in termini attendibili, possano individuare correttivi equilibrati e il più possibile condivisi da tutti gli attori coinvolti nella complessa definizione e applicazione della corresponsabilizzazione dei soggetti collettivi.

In quest'ottica, la *Survey* si è proposta, in una prospettiva evolutiva della normativa in esame, di indagare e approfondire presso il mondo imprenditoriale alcune delle principali scelte di carattere sistematico compiute dal legislatore nel *corpus* del Decreto, al fine di individuare quali ambiti della riforma siano ritenuti maggiormente rispondenti agli snodi avvertiti come più problematici dagli enti.

D'altro canto, soltanto allineando la riflessione teorica all'analisi delle implicazioni di interesse applicativo che la disciplina 231 ha comportato nell'attività d'impresa e alle conseguenti criticità sollevate, sarà possibile un approfondimento della materia, con approccio votato a realismo e concretezza, che sia in grado di innovare il precetto normativo sulla base di una maggiore e fruttuosa convergenza di interessi tra tutti i soggetti interessati/protagonisti in gioco.

Come noto, il meccanismo premiale che ispira il Decreto è polarizzato attorno all'adozione e attuazione da parte dell'ente di un idoneo modello organizzativo *ante*

delictum che sia idoneo a prevenire il *predicate crime* della specie di quello contestato. Tuttavia, il sistema premiale di esenzione da responsabilità previsto dal legislatore si è rivelato meno utile di quanto ci si potesse attendere, stante il fallimento, registratosi nella prassi applicativa delle aule di giustizia, dei modelli organizzativi *ante delictum.* Le aspettative delle imprese risultano disattese e presso le realtà aziendali si percepisce un diffuso scetticismo circa l'effettiva capacità del *compliance program* di esercitare una funzione di solido "scudo" dal coinvolgimento dell'ente in un procedimento penale. Lo stesso può dirsi per la previsione di criteri ascrittivi di matrice soggettiva della c.d. colpa di organizzazione (artt. 6 e 7), che si modulano, graduandosi, sulla base della circostanza che il reato presupposto sia commesso da un soggetto apicale o da un soggetto subordinato. Dirimente, quindi, ai fini del modello imputativo della responsabilità dell'ente, diventa il legame funzionale intercorrente con la persona fisica che ha materialmente commesso il fatto tipico. Soprattutto l'ipotesi di reato presupposto commesso dal soggetto in posizione apicale ha fatto emergere numerose criticità; poiché per il legislatore è più intenso il legame tra vertice e soggetto collettivo – essendo fondato sulla presunzione che il vertice esprime sempre la volontà e la politica della società in base al principio del c.d. rapporto di immedesimazione organica (volontà dell'apicale uguale a volontà dell'ente) – più difficile e tortuosa è la strada per l'ente al fine di beneficiare dell'esonero da responsabilità. In particolare, la prova liberatoria appare quasi impossibile da fornire in ordine all'elusione fraudolenta del modello organizzativo da parte dell'apicale.

Alle imprese è richiesto di investire ampie risorse economiche e aziendali nella *compliance* ma ogni eventuale effetto di favore è rimandato alla valutazione dell'autorità giudiziaria tramite la quale viene ricostruita *ex post* la regola di condotta che avrebbe dovuto essere adottata.

Il Decreto, nell'offrire all'ente la *chance* di una estromissione dal procedimento in cambio di una *performance* preventiva, non indica, tuttavia, *ex ante* il contenuto cautelare del modello 231, limitandosi ad una tipizzazione delle principali esigenze che lo stesso deve soddisfare. Pur se, ormai, per le società è possibile desumere maggiori indicazioni in merito alla progettazione e positivizzazione delle specifiche regole cautelari che un idoneo *compliance program* deve contemplare ai sensi del Decreto, grazie ad alcuni approdi giurisprudenziali e al contributo della dottrina e della

soft law (linee guida di categoria[398] e *best practices* accreditate). Cionondimeno, l'assenza in materia di una casistica giurisprudenziale sufficientemente ampia e omogenea e la citata genericità della normativa 231 in merito alle modalità di elaborazione del modello organizzativo e dei relativi presidi procedurali e di controllo idonei a eliminare o contenere significativamente l'area di rischio di responsabilità sollevano significative incertezze ermeneutiche e divaricazioni applicative.

Ciò si riflette inesorabilmente sui criteri di valutazione dell'idoneità del *compliance program* e, al riguardo, sinora i modelli *ante factum* sono stati generalmente valutati inadeguati. Sono infatti esigue, e limitate alla giurisprudenza di merito, le pronunce che hanno escluso la responsabilità dell'ente per l'adozione e corretta attuazione di un idoneo modello organizzativo. Peraltro, anche se il modello è redatto sulla base delle Linee Guida elaborate dalle associazioni di categoria (che abbiano ricevuto una positiva valutazione ministeriale) non sussiste alcuna automatica esclusione della responsabilità, spettando esclusivamente al giudice formulare un giudizio di idoneità concreta del singolo modello 231. L'assenza normativa di parametri prefissati e oggettivati in ordine ai contenuti e alle modalità di costruzione dei modelli 231 che possano, con sufficiente e ragionevole prevedibilità, da un lato, guidare gli enti che intendano conformarsi al Decreto e, dall'altro, supportare, a posteriori, il giudice chiamato ad accertare in sede processuale l'idoneità del *compliance program* concretamente adottato, si riflette nella perenne incertezza applicativa in punto di esenzione da responsabilità.

Sono questi i principali motivi per cui tra i giuristi e presso le realtà aziendali, nonostante si riconosca al legislatore del 2001 il merito di aver introdotto con il Decreto una disciplina, per molti aspetti, anticipatrice e all'avanguardia nel panorama europeo, si percepisce un diffuso scetticismo circa l'effettiva capacità esimente del modello 231 e si sollecitano istanze riformistiche.

[398] Confindustria (a cura di), *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo*, giugno 2021; ABI, *Linee guida dell'Associazione Bancaria Italiana per l'adozione di modelli organizzativi sulla responsabilità amministrativa delle banche (d.lgs. n. 231/2001)*, febbraio 2004.

6.1. IL MODELLO ORGANIZZATIVO TRA PRESENTE E FUTURO

Alla luce delle brevi considerazioni sopra esposte, è stato chiesto al campione di **211 società** partecipanti alla *Survey* quali **sono le proposte di riforma del Decreto maggiormente auspicabili in materia di modello 231**.

Al quesito proposto, le imprese hanno selezionato le seguenti opzioni riportate in ordine decrescente di percentuale di preferenze espresse[399]:

- **con una percentuale del 21,45%:** «*introduzione di un meccanismo di "certificazione"* ex ante *da parte di soggetti esterni di comprovata professionalità dell'idoneità del modello 231 nel suo complesso o delle sue singole procedure in chiave di esonero da responsabilità dell'ente*»;
- **con una percentuale del 14,21%:** «*individuazione di uno standard di riferimento autorevole per le imprese e per i giudici che dovranno valutare l'idoneità dei modelli 231: le migliori prassi in uso a livello nazionale e internazionale dovrebbero essere definite da parte di un organismo privato accreditato in protocolli-tipo rappresentanti il più elevato grado qualitativo di prestazioni esigibili dall'impresa*»;
- **con una percentuale del 13,22%:** «*delimitazione più chiara e razionale dei reati-presupposto (ad esempio, dovrebbero essere eliminati i rinvii a reati ultronei, a tipologie di reati avulse, per oggetto, dalla criminalità d'impresa, o tipicamente ricollegabili a realtà "ontologicamente" illecite e, quindi, inconciliabili con la predisposizione di un modello organizzativo finalizzato al rispetto della legalità, quali quelle direttamente connessi alla criminalità organizzata o a organizzazioni strutturalmente dedite a traffici delittuosi)*»;
- **con una percentuale del 12,47%:** «*individuazione di protocolli-tipo che dovrebbero essere calibrati non solo in relazione allo specifico rischio di reato-presupposto, ma anche alle caratteristiche e dimensioni dell'impresa*»;

[399] La domanda a risposta multipla prevedeva la possibilità per le società di indicare più di una risposta (fino ad un massimo di due) tra quelle segnalate. Pertanto, la percentuale indicata è stata calcolata facendo riferimento al numero complessivo di preferenze fornite dal campione di 211 società partecipanti all'indagine.

- **con una percentuale del 11,47%:** «*maggiore peso riconosciuto in sede giudiziale alla* soft law *con la previsione di una presunzione relativa di idoneità del modello 231 risultato conforme alle Linee Guida elaborate dalle associazioni di categoria*»;
- **con una percentuale del 10,22%:** «*in sede di estensione agli enti della responsabilità per specifici reati-presupposto, il legislatore dovrebbe formulare nel dettaglio il relativo apparato preventivo predisponendo un elenco di protocolli cautelari che possano fungere da guida per le società in fase di aggiornamento del modello 231*»;
- **con una percentuale del 9,73%:** «*maggiore specificazione nel Decreto del contenuto del modello 231 con l'indicazione ex ante dei comportamenti cui la società dovrà attenersi in caso di commissione del reato-presupposto*»;
- **con una percentuale del 7,23%:** «*espressa rilevanza – anche ai fini dell'esimente - delle certificazioni ottenute dalle imprese da parte di organismi accreditati, anche a livello internazionale, come indicatore di uno standard organizzativo particolarmente qualificato e riconosciuto*».

Come era prevedibile, l'analisi dei dati sopra riportati evidenzia che, in una prospettiva aziendale, la proposta di riforma che maggiormente risponde ai *desiderata* delle imprese è relativa all'introduzione di un meccanismo di certificazione preventiva dell'idoneità del modello 231, nel suo complesso o delle singole procedure, da parte di un soggetto terzo altamente qualificato. La proposta di modifica normativa in esame risale al 2010 e fu avanzata da AREL (Agenzia di Ricerche e Legislazione)[400] e recepita dal Governo dell'epoca attraverso uno schema di disegno di legge. Il rilascio della certificazione dovrebbe comportare l'esclusione da responsabilità, sempreché vi sia poi corrispondenza tra il modello certificato e quello concretamente attuato dall'ente e non siano sopravvenute dopo la certificazione significative violazioni delle prescrizioni che abbiano reso manifesta la lacuna organizzativa causa del reato per cui si procede. Per le società, soprattutto di media e grande dimensione, che già

[400] Per un commento delle progetto di modifica, v. G. Meruzzi, *Un nuovo ruolo per i modelli di organizzazione e gestione: il progetto di modifica Arel-PwC alla disciplina della responsabilità degli enti* ex *D.lgs. 231/2001*, in *Contr. impr.*, 2012, p. 211; M. Bortolotto, *D.lgs. 231/2001: quale ruolo per i modelli organizzativi certificati?*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2011, p. 177.

attualmente si rivolgono a società di consulenza e a soggetti esterni di comprovata professionalità per la costruzione del proprio modello organizzativo e per la mappatura dei rischi specifici (anche in un'ottica dinamica ogni qualvolta sia necessario un aggiornamento), l'intervento riformatore in esame avrebbe indubbi vantaggi poiché assicurerebbe all'organizzazione un'effettiva e concreta possibilità di ottenere il beneficio d'esimente, a fronte di una modalità attestativa del *compliance program* che probabilmente non dovrebbe comportare maggiori costi e impegni di quelli al momento sostenuti per adeguarsi alle prescrizioni del Decreto.

Vi sarebbe, quindi, per gli operatori d'impresa, un rapporto più equo tra risorse economiche e organizzative investite nell'elaborazione e implementazione del modello 231 e benefici attesi a fronte di una notevole delimitazione della discrezionalità giudiziale. Il progetto di riforma, tuttavia, è stato sottoposto a numerose e svariate critiche sul versante dottrinale[401] e da parte delle associazioni di categoria mentre reazioni discordanti si sono avute anche nel mondo imprenditoriale. In particolare, l'introduzione di una procedura di certificazione di idoneità del modello 231 con rilascio di un'apposita attestazione da esibire in sede giudiziaria difficilmente potrebbe superare il vaglio di legittimità costituzionale *ex* art. 101, comma 2, della Cost. in quanto vincolerebbe la valutazione del giudice, che al contrario è soggetto solo alla legge. Maggiori *chance* di evitare il conflitto costituzionale avrebbe la proposta di usare la certificazione come uno degli elementi che il giudice deve valutare, senza esserne vincolato[402].

---

[401] Per i profili di criticità della proposta, v. G. M. Flick, *Le prospettive di modifica del d.lgs. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti: un rimedio peggiore del male*?, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4032 ss.; G. De Vero, *Il progetto di modifica della responsabilità degli enti tra originarie e nuove aporie*, in *Dir. pen. e proc.*, 10/2010, p. 1137 ss.; C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo"* ex *d. lgs. 231/2001)*, in *Cass. pen.*, 2013, parte II, p. 862; S. Manacorda, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2017, p. 107; M. Colacurci, *L'idoneità del modello 231, tra difficoltà operative e possibili correttivi,* in *Riv. dir. pen. contemporaneo*, 2/2016, in particolare p. 78 s.; S. Bartolomucci, *Consuntivo e prospettive per una revisione coerente e funzionale del D.Lgs. 231/2001 dopo circa un ventennio di vigenza*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4/2018, in particolare p. 232 ss.; Id., *Lo strumento della certificazione e il d.lgs. 231/2001: polisemia ed interessi sottesi nelle diverse prescrizioni normative*, *ibidem*, 2/2011, p. 47 ss. V. G. Lattanzi-P. Severino, *Introduzione – Prevenzione e repressione della criminalità economica e responsabilità delle persone giuridiche*, in Aa.Vv., *Responsabilità da reato degli enti - Volume I Diritto sostanziale*, a cura di G. Lattanzi-P. Severino, Giappichelli, 2020, p. XXII.

[402] Così R. A. Ruggiero, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, Giappichelli, 2018, p. 56. Cfr. G. Fidelbo, *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale*, in Aa.Vv., *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a*

Continuando la disamina delle risultanze dell'indagine, le società hanno sottolineato la necessità di una riforma che sia tesa a rafforzare la qualità e l'efficacia dell'apparato preventivo del modello 231 attraverso la definizione, da parte di un organismo privato accreditato o dalle associazioni di categoria, di protocolli-tipo rappresentanti le *best practices* a livello nazionale e internazionale in relazione ai diversi rischi di reato-presupposto. Tale positivizzazione dei protocolli cautelari, che dovrebbero essere calibrati anche in base alle dimensioni e alle caratteristiche dell'ente[403], rappresenterebbe, da un lato, il più elevato standard qualitativo di prestazioni esigibili dall'impresa (che potrebbe comunque apportare eventuali integrazioni di dettaglio rese necessarie dal settore merceologico e/o dalla tipologia organizzativa) e, dall'altro, un parametro di riferimento per la valutazione giudiziale caratterizzata attualmente da una notevole componente di soggettività. In tal modo, si aumenterebbe la capacità del *compliance program* di superare, qualora si verifichi nell'ambito della *corporation* un reato presupposto nell'interesse o a vantaggio dell'ente, l'esame processuale ottenendo un giudizio di idoneità (ed efficace attuazione).

Sempre nell'ottica di conferire al modello organizzativo adottato *ante delictum* una reale capacità di ottenere riconoscimenti giurisprudenziali, nelle forme di pronunce assolutorie, il campione di imprese partecipanti alla *Survey* evidenzia la necessità di attribuire, a livello normativo, un maggior peso alla *soft law* mediante il riconoscimento, in sede giudiziale, di una presunzione relativa (nel rispetto quindi del

dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma, cit., p. 174., che rileva come l'alternativa sia tra un sistema di validazione rigida e, quindi, vincolante per il giudice (con il rischio di incostituzionalità) e un sistema di validazione flessibile, alla quale sarebbe da collegare una sorta di presunzione di idoneità del modello «rispetto alla quale il giudice ha un onere di motivazione rafforzato, qualora ritenga di sottoporre a censura l'attestazione». V. N. Selvaggi, *Tre temi sulla «riforma» della responsabilità da reato dell'ente*, in Aa.Vv. *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, a cura di R. Borsari, Padova UP, 2016, in particolare p. 44. Per l'Autore «una disposizione sulla validazione dei modelli preventivi, se tecnicamente ben congegnata, potrebbe valere ad aiutare il lavoro del giudice, non a precluderne i corretti sviluppi». In particolare, il procedimento di validazione offrirebbe al giudice «una traccia precisa da seguire per perfezionare la decisione; ma non impedirebbe né ostacolerebbe il sindacato giurisdizionale sulla modellistica, perché non solo il giudice valuterebbe la "regolarità" dell'attestazione ma verificherebbe anche l'effettiva adozione del "modello" in sintonia con il progetto organizzativo e di gestione».

[403] V. C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo"* ex *d. lgs. 231/2001)*, cit., p. 865; Id., *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Diritto pen. e processo*, 4/2019, p. 535.

potere discrezionale del giudice) di idoneità del modello risultato conforme alle Linee Guida elaborate dalle associazioni di categoria.

Inoltre, al fine di soddisfare l'esigenza delle imprese di avere a disposizione criteri certi e qualificati per la costruzione delle regole cautelari del proprio modello organizzativo, la cui eterogeneità dei contenuti e dell'apparato preventivo secondo il tipo di reato-presupposto genera non poche problematiche, il campione di imprese partecipanti all'indagine ha selezionato, con la quarta percentuale più alta di preferenze, la proposta di riforma che, nel panorama dei contributi dottrinali in materia[404], prevede nel caso di ampliamento del novero dei reati fonte di responsabilità ai sensi del Decreto, che il legislatore formuli nel dettaglio il relativo apparato preventivo, predisponendo un elenco prestabilito di precauzioni sostanziali che possano fungere da guida nell'aggiornamento del singolo modello. In tale prospettiva, per le società partecipanti all'indagine, la disciplina 231 dovrebbe, altresì, prevedere l'espressa rilevanza – anche ai fini dell'esimente – delle diverse certificazioni ottenibili dalle imprese da parte di organismi accreditati, anche a livello internazionale, che forniscono alle organizzazioni aziendali un dettagliato e qualificato programma di specifiche cautele per la gestione di singoli rischi-reato.

Last but non least per preferenze espresse, le imprese richiedono un riordino dei reati presupposto al fine di operare una circoscrizione deli illeciti connessi al diritto penale delle imprese.

In linea generale, le società lamentano il vuoto di chiare e specifiche indicazioni sui corretti presidi procedurali, di prevenzione e controllo, da adottare per i rischi 231: la quasi assoluta etero-normazione del modello organizzativo ha dimostrato negli anni di essere fallace sotto il profilo del riconoscimento dell'esimente.

Tirando le fila dell'indagine in *subiecta materia*, possiamo quindi, alla luce di un'analisi complessiva dei dati raccolti con la *Survey*, segnalare come urgente l'esigenza delle imprese di ottenere dal legislatore, in una prospettiva *de iure condendo*, una predeterminazione di specifiche cautele e regole tecnico-operative che possano fungere da autorevoli linee guida nella costruzione e implementazione del modello organizzativo concretamente adottato. Tanto più ove si osservi che, per alcuni

[404] P. Severino, *Il sistema di responsabilità degli enti ex d.lgs. 231 del 2001: alcuni problemi aperti*, in Aa.Vv., *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di F. Centonze-M. Mantovani, Il Mulino, 2016, p. 75.

specifici settori, il legislatore è già intervenuto in tal senso: si pensi all'art. 30, comma 5, del d.lgs. 80/2008 che, in materia di salute e sicurezza dei lavoratori, prevede – seppur con efficacia circoscritta alla fase di "prima applicazione" – una presunzione (relativa) di idoneità del modello organizzativo conforme alle Linee guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL) del 28 settembre 2001 o al *British Standard* OHSAS 18001:20061[405]. Al riguardo, è comunque necessario tener presente che nella citata ipotesi dell'art. 30 del d.lgs. 81/2008, l'intervento del legislatore era sicuramente più agevole ponendosi soltanto in chiave di prevenzione dello specifico rischio di commissione di reati di omicidio e lesioni colpose commessi in violazione della normativa a tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, laddove, invece, il modello organizzativo *ex* Decreto è finalizzato a prevenire non soltanto i delitti di evento di cui all'art. 25-*septies*, d.lgs. 231/2001, ma anche tutti gli altri reati previsti dal nutrito quanto eterogeneo catalogo contenuto nel Decreto, oggetto altresì di progressivo ampliamento.

Il fatto che le diverse proposte di riforma in materia di modello 231 – ad eccezione della certificazione del *compliance program* - abbiano ottenuto più o meno le stesse percentuali di preferenza da parte del campione di 211 società partecipanti all'indagine sottolinea che, dall'angolo visuale degli operatori d'impresa, diverse possono essere le strade da percorrere (ad esempio, maggiore contributo e incisività del *soft law* o dell'*hard law*) per un *restyling* legislativo in grado di raggiungere l'obiettivo, non più procrastinabile, di una maggiore certezza per le imprese sui requisiti di idoneità preventiva del modello 231 e, di conseguenza, dei benefici ottenibili in sede processuale circa il buon esito della valutazione giudiziale del *compliance program*. In definitiva, le imprese chiedono una chiara riconoscibilità delle regole cautelari concernenti lo specifico reato-presupposto da prevenire, una più accurata, oggettiva e puntuale descrizione normativa dei riferimenti dell'attività preventiva dell'ente, per una maggiore garanzia in ordine alla predeterminabilità delle verifica giudiziale di idoneità dell'apparato preventivo adottato dall'ente.

[405] V. Colacurci M., *L'idoneità del modello 231, tra difficoltà operative e possibili correttivi,* cit., p. 78.

6.2. I *CHIAROSCURI* DEL SISTEMA DEGLI INCENTIVI CONTEMPLATO DAL DECRETO: UNA RIFORMA NON PIÙ PROCRASTINABILE

Un altro tema di crescente attenzione, qui indagato, attiene ad uno degli aspetti che caratterizzano maggiormente il sistema 231 e attorno al quale ruotano le numerose proposte di riforma attualmente in campo.

In particolare, il meccanismo premiale che, a fronte dell'adozione di una corretta organizzazione prevenzionistica aziendale del rischio reato, prevede attenuazioni della sanzione, l'inapplicabilità o la sospensione della misura cautelare e, soprattutto, esclusioni di responsabilità dell'ente, può considerarsi una scelta soddisfacente dall'angolo visuale delle società? Il ricorso del legislatore ad un *carrot-and-stick approach* può ritenersi, in una prospettiva aziendale, efficace perché in grado, allorché si verifichi un reato-presupposto, di offrire - quale contropartita giudiziaria – garanzie sufficienti ed oggettive di tutela per l'impresa virtuosa?

Come vedremo nell'analisi delle risultanze, gli aspetti problematici del sistema premiale 231 sono numerosi, ma, per quel che rileva ai fini della nostra riflessione, preme evidenziare l'ampia discrezionalità giurisprudenziale nell'applicazione del Decreto per assenza di parametri di valutazione e perizia del modello 231 sufficientemente specifici e riconoscibili e l'assenza nel *corpus* normativo di strumenti di diversione processuale in grado di promuovere effettive forme di collaborazione dell'impresa, dopo la commissione di un reato-presupposto, nel corso del processo a suo carico.

Alla luce delle brevi considerazioni sopra esposte, è stato chiesto al campione di società partecipanti alla *Survey* **se ritiene che il Decreto contempli un efficace meccanismo premiale.**

Il campione di **211 società** partecipanti all'indagine si è espresso nei seguenti termini:

- circa il **24.6% (52 risposte)** ha dichiarato di "Si";
- circa il **59.2% (125 risposte)** ha ritenuto di "No";

- e, infine, il **16.1% (34 risposte)** ha scelto l'opzione "Non saprei".

Dall'alta percentuale di risposte negative, appare di plastica evidenza una chiara presa di posizione da parte delle imprese sull'inefficacia dell'attuale sistema premiale contemplato nel Decreto. Come vedremo nel prosieguo, pure su questo fronte, laddove per gli enti il beneficio dell'esenzione da responsabilità non possa essere conseguito, nonostante gli sforzi economici e operativi profusi per adeguare l'organizzazione aziendale alle cautele e misure di prevenzione e controllo richieste dal Decreto, gli obiettivi che il sistema degli incentivi contemplati dalla disciplina 231 si prefigge non possono ritenersi raggiunti.

Soltanto una percentuale minima del campione di imprese ritiene, invece, che il meccanismo premiale attualmente esistente possa considerarsi efficace e soddisfacente in una prospettiva aziendale e che non sia necessario, di conseguenza, introdurre nel Decreto nuove forme di incentivi.

6.2.1. LE RAGIONI DEL "SÌ"

Con riferimento all'opzione del "Sì", il questionario prevedeva la possibilità di inserire, in un apposto campo libero, osservazioni riguardanti le motivazioni alla base della propria scelta. **14** società su **52** tra quelle che avevano selezionato l'opzione in commento hanno deciso di rispondere.

Di seguito una selezione delle principali ragioni individuate dalle imprese per motivare la risposta fornita:

- *un modello adeguatamente e concretamente disegnato, attuato e verificato, non solo preclude la responsabilità dell'ente, ma garantisce una maggiore possibilità di raggiungimento degli obiettivi strategici;*
- *l'esimente accordata, in caso di efficace adozione di un modello 231, consente alla società di pianificare la propria attività al riparo da rischi*

e conseguenze di carattere penale causate dalle azioni dei soggetti apicali e subordinati appartenenti alla società;

- *il Decreto consente la valorizzazione della storia virtuosa della Società e segnatamente dei comportamenti doverosi posti in essere in ottica general preventiva;*
- *fermo restando che, per la società le sanzioni di natura interdittiva sono le più "temute" (direi giustamente per gli effetti delle stesse sulla stessa vita dell'Ente), la possibilità di evitarne l'applicazione con condotte riparatorie effettive e con la messa a disposizione del profitto del reato, pare estremamente utile sia per la sopravvivenza dell'ente che per lo stesso epilogo processuale;*
- *se la società adotta ed attua efficacemente un modello 231 (attraverso, ad es., attività formative) è in grado di andare esente da responsabilità amministrativa ex d.lgs. 231/2001 che, talvolta, può comportare finanche misure interdittive;*
- *consente alle aziende di definire in modo chiaro i processi con conseguente responsabilizzazione dei soggetti apicali;*
- *consente sicuramente alla società di avere uno strumento di difesa di fronte ad ipotesi di reato. Le inefficienze del modello 231 e le eventuali disavventure processuali dipendono dalla non corretta applicazione dello stesso più che dalla mancanza di un sistema premiale;*
- *il modello organizzativo diffonde una cultura aziendale improntata sulla trasparenza, correttezza e legalità. Inoltre, una corretta predisposizione e diffusione comporta una sinergia con i presidi interni di controllo;*
- *responsabilizzazione funzioni apicali con naturale riverbero a valle della catena.*

Le risultanze dell'indagine evidenziano che, per una parte, seppur esigua, del campione di imprese partecipanti alla *Survey*, la misura premiale dell'esenzione da responsabilità del soggetto collettivo conseguente, tra l'altro, all'adozione di un adeguato modello 231 in funzione preventiva dei cc.dd. reati presupposto può ritenersi

efficace: l'impegno organizzativo e di presidio richiesto alla *societas* sarebbe, quindi, accompagnato da meccanismi premiali soddisfacenti perché, a fronte della commissione di un illecito commesso nell'interesse o vantaggio dell'ente, permetterebbero a quest'ultimo di essere estromesso dal processo.

Inoltre, da una prospettiva aziendale, è interessante notare che l'efficacia del sistema premiale contemplato nel Decreto e derivante dall'adozione del modello 231 travalica il profilo squisitamente processuale legato all'esenzione da responsabilità e all'attenuazione/non applicazione delle rilevanti sanzioni previste dalla normativa in commento.

Le società hanno rilevato, infatti, che l'implementazione – a fronte dell'adozione di un modello 231 – di misure organizzative virtuose, in grado di prevenire comportamenti irregolari o illeciti da parte di tutti coloro che a diverso titolo sono coinvolti nell'attività di impresa, comporta un riconoscimento "premiale" più ampio rispetto alla disciplina "231", riscontrabile sotto diversi profili: strategici, economici, reputazionali, di *compliance* ecc.

In questa prospettiva, si pensi al miglioramento e all'efficace coordinamento dell'operatività dei diversi processi aziendali con valenza di controllo e alla chiara definizione delle diverse responsabilità del *management*; all'utilizzo sinergico dei presidi organizzativi posti a vari livelli del sistema di controllo interno; ad un rilevante supporto in vista del raggiungimento degli obiettivi strategici aziendali; ad una maggiore diffusione e ad un rafforzamento della cultura della legalità, con effettivi e positivi risvolti in termine di reputazione aziendale e di percezione da parte di tutti gli *stakeholders* e dei terzi di una gestione corretta, trasparente ed etica del proprio *business*. Fattori imprescindibili per rendere l'azienda maggiormente competitiva sul mercato in un'ottica di medio-lungo termine.

6.2.2. LE RAGIONI DEL "NO"

Le ragioni per cui il sistema premiale contemplato dal Decreto è ritenuto in parte inefficace sono molteplici e ben note agli operatori di diritto che si confrontano con la materia e che, specie in questi ultimi anni, hanno dato vita a un acceso dibattito,

ancora in corso, su quali profili della disciplina 231 meritassero un tempestivo intervento legislativo.

Con la *Survey* abbiamo cercato di comprendere quali fossero le cause principali, da una prospettiva aziendalistica, alla base dell'inefficacia della misura premiale dell'esonero da responsabilità contemplata dal sistema 231 e se le motivazioni dei giuristi d'impresa potessero ritenersi allineate a quelle della dottrina.

In ragione di ciò, alle **125 società** del campione che hanno dichiarato che il Decreto non contempla un efficace meccanismo premiale, è stato chiesto di selezionare, tra le diverse opzioni proposte, quelle maggiormente rappresentative della proprie ragioni.

Dall'analisi delle risultanze emergono le seguenti motivazioni riportate in ordine decrescente di preferenze espresse[406]:

- **con una percentuale del 25,82%:** «*incertezza sul giudizio di idoneità concreta del singolo modello 231 formulato dal giudice e quindi sul riconoscimento a favore dell'ente dell'esimente in giudizio*»;
- **con una percentuale del 16,34%:** «*assenza nel Decreto di ipotesi di automatica esclusione della responsabilità dell'ente, spettando esclusivamente al giudice formulare un giudizio di idoneità concreta del singolo modello 231*»;
- **con una percentuale del 14,05%:** «*indeterminatezza dei parametri prefissati dal Decreto in ordine ai contenuti e alle modalità di costruzione dei modelli 231 ai fini di una effettiva funzione esimente degli stessi*»;
- **con una percentuale del 13,73%:** «*mancata valorizzazione dei presidi di gestione e controllo del rischio esistenti nelle imprese di grandi dimensioni (Enterprise Risk Management, procedure e controlli societari, Certificazioni ISO, sistemi di compliance integrata, programmi anticorruzione e antifrode, programmi antitrust, attività di audit)*»;
- **con una percentuale del 11,44%:** «*meccanismi di imputazione della responsabilità delle persone giuridiche previsti dal Decreto che rendono, di fatto,*

[406] La domanda a risposta multipla prevedeva la possibilità per le società di indicare più di una motivazione (fino ad un massimo di tre) tra quelle proposte a sostegno dell'inefficacia del meccanismo premiale contemplato nel Decreto. Pertanto, la percentuale indicata è stata calcolata facendo riferimento al numero complessivo di risposte fornite dalle società che hanno risposto "No".

impossibile la difesa della società in ipotesi di reato commesso da un soggetto in posizione apicale»;

- **con una percentuale del 10,46%:** «*assenza di valorizzazione della storia virtuosa dell'impresa e del complessivo assetto organizzativo della stessa*»;
- **con una percentuale del 8,17%:** «*aggravio di oneri organizzativi e costi gestionali non associato ad alcun prevedibile e concreto beneficio*».

Il primo dato rilevante che emerge dalle risultanze dell'indagine è che l'inefficacia del meccanismo premiale contemplato nel Decreto è strettamente collegato, da un lato, alla sua sostanziale inapplicabilità per alcuni limiti originari d'impianto normativo, dovuti a scelte di compromesso del legislatore (e derivanti, in parte, dalla convinzione che a fronte dell'estrema varietà in Italia delle realtà imprenditoriali per settori produttivi, dimensioni e strutture organizzative, non fosse possibile fornire un prontuario di dettagliate disposizioni e regole cautelari tecnico/operative di riferimento per il giudice e l'impresa) e, dall'altro, per l'assenza di benefici collegabili alla collaborazione processuale delle imprese.

Con una percentuale elevata di preferenze, il campione di società interessate dal quesito in esame, ha sottolineato, infatti, come l'incertezza e l'imprevedibilità del giudizio di idoneità del singolo modello organizzativo adottato dall'ente, che appare demandato alla totale discrezionalità valutativa dell'organo giudiziario (spesso sprovvisto, per formazione e prassi, delle competenze necessarie a confrontarsi con organizzazioni aziendali molto complesse), rappresenti il problema principale di tutto il sistema premiale congegnato dal legislatore del 2001.

Come più volte anticipato, se l'adozione e attuazione di un idoneo modello 231 e gli altri adempimenti di *compliance* richiesti dal Decreto non costituiscono, sovente, la "prova legale" in grado di escludere la *culpa* dell'ente collettivo, allora sussiste uno squilibrio in sede applicativa tra misure di prevenzione concretamente adottate nelle singole realtà imprenditoriali e misure premiali effettivamente riconosciute dall'autorità giudiziaria.

Se le due diverse misure non operano congiuntamente ed appare eccessivamente aleatorio per gli enti il giudizio di adeguatezza (con riferimento allo specifico reato *sub iudice*) del modello organizzativo concretamente adottato, non può

che derivarne un depotenziamento della funzione di prevenzione della disciplina 231 e una crescente sfiducia da parte delle società verso il sistema degli incentivi contemplato nel Decreto.

In questa prospettiva, non stupisce poi che, con la seconda più alta percentuale di preferenze, le società hanno evidenziato che il sistema premiale 231 non può considerarsi efficace perché non contempla *ipotesi di automatica esclusione della responsabilità*, spettando all'autorità giudiziaria di formulare – in assenza di specifici e riconoscibili criteri normativi che possano supportarlo nella sua valutazione - un giudizio di idoneità concreta delle regole cautelari in funzione preventiva adottate dall'ente per lo specifico reato presupposto poi verificatosi.

Appare di plastica evidenza che, strettamente collegato ai precedenti motivi alla base dell'inefficacia del meccanismo premiale 231, è quello del totale affidamento della predisposizione delle cautele e dei presidi organizzativi-preventivi contemplati nel modello 231 e nelle relative procedure di attuazione ad un'autoregolamentazione degli enti che, in tal modo, finiscono per ricoprire il gravoso e duplice ruolo di ideatore e destinatario dei precetti cautelari volti all'eliminazione o minimizzazione del rischio di commissione di un reato-presupposto.

In particolare, a fronte del progressivo ampliamento del catalogo dei reati presupposto della responsabilità dell'ente, l'indeterminatezza e genericità dei parametri prefissati dalla normativa in commento in ordine ai contenuti e alle modalità di costruzione dei *compliance programs* rende, in sostanza, la misura premiale dell'esonero da responsabilità per efficienza organizzativa una vera chimera. *Rebus sic stantibus*, nonostante gli oneri organizzativi e costi gestionali e burocratici affrontati dagli enti non è possibile per gli stessi poter fare ragionevole affidamento, in ipotesi di commissione di un reato presupposto nel loro interesse o vantaggio, su un prevedibile e concreto beneficio in sede processuale. Nella sostanza, sarebbe necessario raggiungere un maggior grado di dettaglio e certezza in ordine a quali siano i requisiti e precetti cautelari (adattabili alle caratteristiche delle singole società) che devono essere adottati ai fini del riconoscimento di un'organizzazione virtuosa in ottica precauzionale di fatti penalmente rilevanti. Le società lamentano, altresì, l'assenza di valorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria della storia virtuosa

dell'impresa e del suo complessivo investimento per un effettivo miglioramento della *governance* in chiave preventiva.

Inoltre, da una prospettiva aziendale, il meccanismo premiale contemplato dal sistema 231 non può ritenersi efficace per la mancata valorizzazione nel Decreto dei presidi di identificazione, valutazione, gestione e monitoraggio dei rischi d'impresa ulteriori rispetto a quelli della disciplina 231, adottati ed attuati dalle società di media e grande dimensione, in un'ottica di *compliance* integrata, nell'ambito del proprio sistema di controllo interno. Deve rilevarsi, infatti, che, soprattutto negli ultimi anni, le società – indipendentemente dal proprio specifico *business* - sono state progressivamente chiamate ad adeguarsi a diverse e complesse normative (non sempre tra loro coordinate), nonché a *standard* e *framework*, anche internazionali, di gestione e controllo dei rischi aziendali. Ciò ha comportato per le stesse la necessità di garantire un utilizzo sinergico, integrato e coerente dei diversi sistemi di controllo interno e delle diverse procedure che ne derivano (con obiettivi anche parzialmente coincidenti), al fine di assicurare che eventuali rischi di non conformità nei processi operativi dell'ente possano essere identificati e valutati in modo più agile tale da consentire la tempestiva adozione delle opportune misure di mitigazione e delle necessarie azioni di rimedio. Questo approccio unitario del rischio di non conformità non ha, tuttavia, trovato alcun riferimento nell'ambito del Decreto che non sembra considerare che il modello organizzativo, per quanto fondamentale, è soltanto uno dei molteplici strumenti precauzionali di controllo aziendale.

Infine, dall'angolo visuale delle realtà imprenditoriali, alla base dell'inefficacia del sistema premiale contemplato 231 vi sarebbero i meccanismi di imputazione della responsabilità degli enti che, soprattutto in ipotesi di reato commesso da soggetti in posizione apicale (ipotesi nella prassi statisticamente prevalente), rendono estremamente difficile per l'impresa esercitare il proprio diritto di difesa (si pensi alla *probatio diabolica* del requisito dell'elusione fraudolenta ad opera del vertice delle barriere preventive predisposte nel modello organizzativo).

6.3. NUOVE LINEE EVOLUTIVE DEL SISTEMA PREMIALE "231": POSSIBILI PERCORSI DI UNA RIFORMA INCENTRATA SULLA COLLABORAZIONE DELL'ENTE, SU LOGICHE NEGOZIALI E MODELLI INTEGRATI DI *COMPLIANCE*

Le risultanze della *Survey* nella materia oggetto di analisi fotografano una crescente crisi di fiducia delle imprese verso i benefici premiali contemplati dall'impianto di legge per una serie di divisati profili di criticità dell'attuale disciplina.

Se questo è l'affresco concernente le motivazioni per cui le società ritengono insoddisfacente il meccanismo premiale contemplato nel Decreto, la *Survey* si è posta altresì l'obiettivo di capire quali possano essere, in un'ottica aziendale, le azioni da intraprendere per recuperare l'efficienza del sistema degli incentivi, al fine di ristabilire quel necessario equilibrio, sul quale si basa la stessa credibilità ed effettività dell'intero sistema 231, tra funzione di prevenzione e funzione premiale.

È stato quindi chiesto al campione di **211 società** partecipanti alla *Survey*, **quali sono le proposte di riforma,** prospettate da diversi rappresentanti della più autorevole dottrina e da associazioni di categoria**, auspicabili per recuperare l'efficienza premiale prevista dalla disciplina 231**[407].

Tra le diverse opzioni proposte, le imprese hanno indicato le seguenti ipotesi di riforma riportate in ordine decrescente di preferenze espresse:

- **con una percentuale del 24,46%:** «*previsione di un sistema sanzionatorio in termini effettivamente premiali che tenga conto dell'attività di collaborazione prestata dall'ente durante le indagini e/o delle misure di prevenzione già adottate ovvero che si prevede di adottare in sede di conclusione indagini*»;
- **con una percentuale del 20,60%:** «*introduzione della circostanza esimente dell'adozione da parte della società, oltre al modello 231, di determinati standard internazionali (ad esempio, per il reato di corruzione adozione ISO 37001)*»;

[407] La domanda a risposta multipla prevedeva la possibilità per le società di indicare più di una proposta di riforma (fino ad un massimo di tre) tra quelle segnalate. Pertanto, la percentuale indicata è stata calcolata facendo riferimento al numero complessivo di risposte fornite dal campione di 211 società partecipanti all'indagine.

- **con una percentuale del 19,31%:** «*esclusione della responsabilità dell'ente o causa di archiviazione rappresentata da un accordo pre-processuale a fronte della collaborazione dell'ente nelle indagini e assunzione di determinati impegni*»;
- **con una percentuale del 17,38%:** «*rilevanza dell'istituto del* self-reporting*: previsione di una causa di non punibilità per l'ente che, a determinate condizioni, denunci illeciti commessi nel proprio contesto organizzativo*»;
- **con una percentuale del 8,80%:** «*applicazione di sanzioni diverse da quella pecuniaria solo in caso di reiterazione di più reati della medesima natura*»;
- **con una percentuale del 7,08%:** «*in presenza di determinate condizioni, impiego dell'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova anche nel procedimento che coinvolge le persone giuridiche*»;
- **con una percentuale del 2,36%:** «*eliminazione dell'esimente prevista dal Decreto ed applicazione di un sistema sanzionatorio ispirato al principio della sanzione pecuniaria quale sanzione tipica*».

Le risultanze della *Survey* al quesito in esame, individuano, in una prospettiva aziendale, la strada che si auspica possa essere intrapresa per un *restyling* legislativo che assicuri un più consistente ed effettivo sistema degli incentivi a favore dell'ente virtuoso, anche in termini di sostanziali *chances* difensive, garanzie processuali e introduzione di strumenti di «diversione» o, comunque, di ulteriori possibilità, rispetto a quelle attualmente previste dalla disciplina 231, di rapida uscita dal processo a fronte di una effettiva condotta collaborativa con l'autorità giudiziaria.

In una prospettiva di riforma del Decreto, il campione di società partecipanti all'indagine ha sottolineato che, per un efficace recupero di un sistema sanzionatorio in termini effettivamente premiali, il legislatore dovrebbe, innanzitutto, valorizzare la buona condotta dell'ente dopo il compimento del reato e, in particolare, l'attività di cooperazione con l'autorità inquirente prestata dallo stesso nel corso delle indagini.

Come noto, ad oggi, la collaborazione della società con l'autorità giudiziaria può essere valorizzata solo per avviare la realizzazione delle condotte riparatorie e chiedere poi la non applicazione delle misure interdittive e un più mite trattamento sanzionatorio ma non è contemplata un'esclusione di responsabilità.

In una prospettiva *de iure condendo*, l'ente che, a seguito di investigazioni interne, offra il proprio contributo conoscitivo, seppur con tutti gli aspetti problematici che la questione pone e di cui si è detto e che abbia altresì adottato effettive misure e presidi aziendali di prevenzione o che prevede di adottarli o rafforzarli in sede di conclusione delle indagini dovrebbe beneficiare di un trattamento premiale *ad hoc*. Si potrebbe valutare la possibilità di riconnettere a tale collaborazione processuale e all'autocorrezione o implementazione dei propri presidi di controllo endosocietari in funzione preventiva l'esonero da responsabilità o una nuova causa di archiviazione rappresentata da un accordo pre-processuale con la pubblica accusa procedente con assunzione da parte della società di determinati impegni (il cui mancato rispetto comporterebbe la riapertura delle indagini) ovvero, in alternativa, una sostanziale attenuazione della risposta sanzionatoria (ad es. riduzione delle sanzioni pecuniarie e inapplicabilità della sanzione interdittiva).

Continuando nella disamina dei dati raccolti, per il campione di società partecipanti all'indagine una possibile evoluzione del sistema premiale del Decreto dovrebbe contemplare incentivi simili a quelli previsti per le persone giuridiche nei paesi di *common law* e, in particolare, nei sistemi anglo-americani della *corporate criminal liability*[408]. Si potrebbe altresì valorizzare l'istituto del *self-reporting* permettendo la chiusura "negoziata" delle indagini preliminari con meccanismi alternativi al patteggiamento (si pensi al *non prosecution agreement* o al *deferred prosecution agreement* statunitensi). La soluzione normativa in esame prevederebbe una causa di non punibilità nel caso di *disclosure* da parte dell'ente all'autorità giudiziaria di un fatto illecito commesso da dipendenti o apicali nell'ambito della propria organizzazione aziendale. L'ente dovrebbe fornire elementi utili all'avvio e alla prosecuzione delle indagini e dovrebbe mettere a disposizione l'eventuale profitto conseguito. La collaborazione volontaria dell'ente dovrebbe avvenire in un termine prestabilito dalla scoperta della condotta illecita e, comunque, prima che lo stesso abbia avuto – tramite i suoi gestori – formale conoscenza, con riferimento al reato-

[408] Per una riflessione sui limiti del "modello americano", v. W. S. Laufer – N. Selvaggi, *Responsabilità penale degli enti ed eccezionalismo americano,* in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2019, p. 47; R. A. Ruggiero, Non prosecution agreements *e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, cit., p. 1 ss.

presupposto che si intende denunciare – di ispezioni, accessi verifiche o dell'inizio di qualunque attività di accertamento amministrativo o di procedimento penale[409].

All'interno di questo percorso di analisi e sempre con l'obiettivo di ricercare nuove forme di composizione processuale della vicenda penale, una parte del campione di imprese partecipanti alla *Survey* ha selezionato la proposta di riforma che suggerisce di impiegare l'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova anche nel procedimento che coinvolge le persone giuridiche nel caso in cui il modello *ante delictum* sia stato ritenuto non idoneo e l'ente offra un reale affidamento sulla prospettiva di una riorganizzazione "virtuosa"[410].

Il procedimento in esame (previsto dall'ordinamento processuale italiano originariamente in ambito minorile e poi esteso a quello ordinario degli adulti) calato nel sistema 231, dovrebbe riguardare l'intera categoria dei reati contemplati dalla normativa e potrebbe essere richiesto dall'ente non recidivo o che non ne abbia già usufruito sin dalla fase delle indagini preliminari. Nella prospettiva della proposta *de iure condendo*, l'istanza dell'ente di messa alla prova sospenderebbe il procedimento e, qualora la *probation* funzionasse, determinerebbe l'estinzione dell'illecito

[409] Così F. Centonze-M. Mantovani, *Dieci proposte per una riforma del d.lgs. 231/2001*, in F. Centonze e M. Mantovani (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Il Mulino, 2016, p. 287 ss.; M. Mantovani-M. De Rosa, *Prospettive di miglioramento dei sistemi legislativi finalizzate a incentivare la cooperazione del settore privato con le pubbliche autorità sul tema della lotta alla corruzione: il self-reporting e la cooperazione delle aziende nelle attività di indagine*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2014, p. 56; D. Novello, *La* self-disclosure *e il* monitor *nella esperienza applicativa del* foreign corrupt practices act. *Spunti per una possibile modifica della disciplina della responsabilità "da reato" degli enti*, in *Dir. comm. internaz.*, 4/2015, p. 1027. Cfr. T. E. Epidendio, *Collaborazione dell'ente e alternative al processo*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4/2018, in particolare p. 156, il quale propone di introdurre una nuova causa di archiviazione (rappresentata da un accordo pre-processuale con impegni) per la *self-disclosure* da parte dell'ente. Inoltre, «l'archiviazione potrebbe essere subordinata a un periodo di *probation* […], in modo da rassicurare sull'effettiva volontà di rispettare gli impegni assunti, e resterebbe comunque il controllo sull'archiviazione da parte del Procuratore generale che, a tal fine, potrebbe adottare opportune linee-guida sul contenuto degli accordi pre-processuali»; F. Consulich, *Punibilità di organizzazione. Possibilità e limiti dell'astensione dalla punizione per l'ente colpevole*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4/2020, p. 263.

[410] Proposta presentata da G. Fidelbo – R. A. Ruggiero, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, cit., p. 3; R. A. Ruggiero, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, cit., p. 171. In materia, v. L. Bartoli, *Verso una non punibilità d'organizzazione? Note a margine di un caso modenese*, in *Cass. pen.*, 2021, p. 2540; Riccardi M.-Chilosi M., *La messa alla prova nel processo "231": quali prospettive per la* diversion *dell'ente?*, in *Riv. trim. Dir. pen. cont.*, 10/2017, p. 47 ss.

amministrativo e l'ente viene dichiarato esente da responsabilità (o viceversa, in caso di esito negativo, il procedimento riprenderebbe).

Nell'ottica di una *compliance* integrata preventiva, occorre evidenziare che il campione di 211 società partecipanti alla *Survey* ha selezionato, con la seconda più alta percentuale di preferenze espresse, la proposta di riforma che prevederebbe l'introduzione della circostanza esimente dell'adozione da parte della società, oltre del modello 231, di determinati standard e modelli accreditati anche a livello internazionale (ove pertinenti). Ad esempio, le certificazioni ottenute dalle società da parte di organismi accreditati (si pensi a UNI ISO 37001) dovrebbero essere valorizzate nell'ambito della valutazione giudiziaria delle specifiche cautele adottate dall'ente *ante delictum* al fine di impedire la commissione del reato presupposto poi verificatosi.

È indubbio che una simile previsione non potesse essere contemplata nell'impianto originario della responsabilità da reato delle imprese e che fosse necessario un periodo di rodaggio in cui ci si potesse abituare a confrontarsi e, soprattutto, a "conoscere" il nuovo soggetto da indagare. Tuttavia, a distanza di due decenni, con l'evolversi e il diffondersi nelle organizzazioni imprenditoriali di processi articolati e integrati di prevenzione e gestione dei rischi aziendali (tra cui, in particolare, il rischio della commissione di illeciti da parte di soggetti intranei all'ente) sono maturi i tempi per una riforma del sistema dei modelli 231 introdotto dal Decreto.

Invero, soprattutto nel corso degli ultimi anni, l'approccio delle società alla gestione dei numerosi rischi di non conformità è stato oggetto di una vera e propria rivoluzione: si è passati da modelli tradizionali basati su sistemi di gestione e controllo sviluppati per silos e, quindi, per rispondere a singole esigenze normative e informative, ad una visione integrata, allineata alle dinamiche aziendali e coordinata dei rischi di *compliance*, che - grazie al supporto di nuove tecnologie, in particolare *Data Analytics*, *Process Mining*, Intelligenza Artificiale e *Robotic Process Automation* - consente l'integrazione e la semplificazione della gestione dei differenti rischi, una razionalizzazione ed una mappatura trasversale dei processi aziendali e dei controlli interni, un maggiore capacità di monitorare rischi e pericoli (con riflessi immediati in ordine all'emersione di *red flags*) e, altresì, di ottimizzare e automatizzare il relativo *reporting*.

Ammettere, accanto al modello 231, l'importanza di prassi e cautele organizzative diverse ma comunque finalizzate ad una gestione aziendale più efficiente ed efficace dei rischi di non conformità, significherebbe, da un lato, riconoscere una moderna concezione della *compliance* e della funzione di prevenzione di cui al Decreto e, dall'altro, dare atto dell'evoluzione, nelle organizzazioni aziendali soprattutto di media e grande dimensione, dell'esistenza di sistemi *multi-compliance,* quali standard organizzativi in funzione preventiva particolarmente qualificati e riconosciuti anche a livello internazionale, ove pertinenti, come rispondenti alle *best practices* in materia.

In tal modo si passerebbe da un giudizio esclusivo sull'adeguatezza del modello 231 adottato dall'ente ai sensi del Decreto ad una effettiva valutazione sull'esistenza o meno, nell'ambito del sistema di controllo interno, di una specifica ed efficiente regola cautelare in funzione di prevenzione dello specifico comportamento illecito verificatosi.

Una simile riforma avrebbe l'indubbio vantaggio di aumentare il grado di probabilità sul riconoscimento da parte del giudice – ferma restando la sua discrezionalità decisionale - di adeguatezza del modello organizzativo ai fini dell'esimente e, quindi, della concreta attuabilità del beneficio prospettato dal sistema 231. Inoltre, risponderebbe in pieno alla finalità di prevenzione del Decreto, assicurando proporzionalità e ragionevolezza della sanzione a fronte dell'impegno della società a evitare un *deficit* organizzativo.

In conclusione, non possiamo decidere il futuro del sistema 231 semplicemente rivedendo il passato: in una prospettiva di riforma del meccanismo premiale di cui al Decreto, occorre tener conto che da anni è iniziata per le organizzazioni imprenditoriali una nuova era nei processi di gestione dei rischi (compreso, soprattutto, il rischio di commissione di reati-presupposto).

Su un altro fronte, è interessante notare che la percentuale più bassa di preferenze espresse dal campione di società partecipanti alla *Survey* è stata ottenuta dalla proposta di riforma secondo cui dovrebbe essere eliminata l'attuale forma di esimente contemplata nel Decreto e dovrebbe essere prevista l'applicazione di un sistema sanzionatorio ispirato al principio della sanzione pecuniaria quale sanzione tipica. In altre parole, la violazione di specifici obblighi di prevenzione dei rischi reato potrebbe essere sanzionata solo sul piano pecuniario in via amministrativa,

rinunciando, altresì, alla comminazione di misure cautelari interdittive. Questo dato evidenzia che nella prospettiva aziendalistica, l'impianto premiale dell'esonero da responsabilità connesso, in particolare, all'adozione di un idoneo modello organizzativo è valutato in termini positivi. D'altra parte, le risultanze della *Survey*, anche relative ad altri ambiti d'indagine oggetto della presente trattazione, hanno già ampiamente evidenziato che, in una prospettiva aziendale, i vantaggi per le società derivanti dall'adozione di un modello 231 sono indubbiamente evidenti e molteplici.

Per le società partecipanti all'indagine non occorre, quindi, stravolgere il sistema degli incentivi ma aggiungere nuove e diverse possibilità di riconoscimento dell'esimente nell'ottica di promuovere maggiormente, nel tessuto imprenditoriale italiano, una cultura della legalità e dell'etica.

In conclusione, dalle risultanze della *Survey* emerge con sempre maggiore urgenza la tematica di un approccio incentivante della disciplina 231 che, in un'ottica di rafforzamento della logica di prevenzione sottesa al Decreto, preveda l'introduzione di effettivi meccanismi premiali per le imprese che dopo il compimento del reato, indagano, denunciano e, soprattutto, collaborano con l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria, ferma restando la necessaria riorganizzazione interna. Inoltre, per dare nuova spinta all'obiettivo prevenzionistico della disciplina 231, il legislatore dovrebbe espressamente equiparare il modello organizzativo al sistema di controllo interno e, quindi, all'insieme delle regole, procedure e strutture organizzative finalizzate ad una effettiva ed efficace identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi, ovunque esse siano rinvenibile nell'ambito dell'organizzazione aziendale. Dall'angolo visuale delle società, queste potrebbero essere le sfide da intraprendere in una prospettiva di efficace ed effettiva evoluzione dei benefici premiali contemplati nel Decreto.

6.4. LA COOPERAZIONE DELL'ENTE NELLE INDAGINI: I POSSIBILI RISCHI ED EFFETTI DISTORSIVI DELL'AUTODENUNCIA (O *SELF REPORTING*) DAL PUNTO DI VISTA DELLE IMPRESE

La proposta di riforma che prevede l'introduzione, nel sistema 231, della causa di non punibilità a fronte di un'iniziativa di *self-reporting* in favore dell'autorità

giudiziaria e, quindi, della tempestiva denuncia da parte dell'ente del reato presupposto scoperto, con la condivisione dei risultati dell'attività di investigazione interna svolta anche in ordine all'individuazione delle singole responsabilità emerse, presenta taluni rischi da tenere in considerazione.

In questa sede abbiamo tralasciato l'analisi delle perplessità e rilievi avanzati da parte della dottrina[411] e della magistratura in merito alla costituzionalità dell'ipotesi di riforma in esame (si pensi a una possibile violazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale e alle disparità di trattamento che si porrebbero rispetto al diritto penale individuale), per soffermarci sull'individuazione di quelle eventuali problematiche maggiormente "sentite" dalle società.

In particolare, in un'ottica aziendale, l'ente che intenda valutare se procedere o meno ad una spontanea denuncia di un fatto illecito, rientrante nel catalogo dei reati presupposto *ex* art. 24 e ss. del Decreto, che sia stato oggetto di segnalazione o che lo stessa abbia rilevato nell'ambito della propria attività di vigilanza, dovrà considerare una serie di aspetti, bilanciando i benefici alle eventuali conseguenze pregiudizievoli che potrebbero derivare dal *self reporting*.

Alla luce delle brevi considerazioni sopra esposte, è stato chiesto alle **211 società** partecipanti alla *Survey* **quali rischi o criticità potrebbero verificarsi con riferimento all'introduzione nel Decreto di una specifica disciplina premiale per l'ente che decida di portare ad emersione l'illecito commesso al suo interno**[412].

Al quesito proposto, le società hanno scelto le seguenti problematiche riportate in ordine decrescente di percentuale di preferenze espresse:

- **con una percentuale del 26,58%:** «*timore che la volontaria denuncia di fatti illeciti potrebbe determinare per la società significative conseguenze pregiudizievoli nel presente con un effetto boomerang (si pensi al danno reputazionale e alla svalutazione del valore di mercato delle azioni)*»;

[411] V. G. Fidelbo – R. A. Ruggiero, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, cit., p. 8 ss.; A. Sereni, *Colpa e cooperazione investigativa nella responsabilità dell'ente da reato. Un confronto tra ordinamenti nella prospettiva della globalizzazione*, cit., 639; V. Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, cit., p. 374 ss. e, in particolare, 380 ss.

[412] La domanda a risposta multipla prevedeva la possibilità per le società di indicare più di una risposta (fino ad un massimo di due) tra quelle segnalate. Pertanto, la percentuale indicata è stata calcolata facendo riferimento al numero complessivo di preferenze fornite dal campione di 211 società partecipanti all'indagine.

- **con una percentuale del 20,51%:** «*una valorizzazione della sola condotta processuale, a prescindere dall'efficace adozione di concrete misure di riorganizzazione per il recupero della legalità dell'impresa, rischierebbe di vanificare le finalità di prevenzione della disciplina 231, disincentivando l'efficace attuazione del modello 231* ante factum»;
- **con una percentuale del 17,72%:** «*in caso di cambio di management, la collaborazione con l'autorità giudiziaria potrebbe prestarsi a possibili usi strumentali da parte dei nuovi manager aziendali, ad esempio con una sorta di "caccia all'uomo" al solo fine di operare una netta demarcazione dalla precedente gestione di impresa e salvare la propria reputazione personale*»;
- **con una percentuale del 13,16%:** «*potrebbero esserci ripercussioni all'interno della vita dell'impresa, dove verrebbe a crearsi un clima di conflittualità che potrebbe pregiudicare l'ordinario svolgimento dell'attività*»;
- **con una percentuale del 11,90%:** «*rischio di spostare nel processo le aspettative del beneficio dell'esonero da responsabilità per le imprese, depotenziando la portata preventiva della disciplina 231*»;
- **con una percentuale del 6,58%:** «*criticità in merito alle modalità di conduzione delle investigazioni interne e alle procedure di accesso alla corrispondenza, ai documenti e alla posta elettronica dei dipendenti*»;
- **con una percentuale del 3,54%:** «*criticità in merito all'individuazione del soggetto o dei soggetti che collaborando con l'autorità giudiziaria possano impegnare l'ente*».

Con la più alta percentuale di preferenze, le società hanno segnalato, quale criticità maggiormente avvertita, la possibilità che la *voluntary* e *timely disclosure* all'autorità giudiziaria (o ad altra autorità individuata in una possibile riforma) possa poi avere un effetto *boomerang* per l'impresa denunciante. Si pensi, ad esempio, all'auto-esposizione mediatica e, quindi, alla pubblicità della notizia relativa all'autodenuncia e alle pesanti conseguenze per la società sotto il profilo reputazionale o all'eventualità che l'autorità italiana, nel caso di reato avente natura transnazionale, trasferisca l'informazione alle autorità di altri giurisdizioni che potrebbero avviare indagini e procedimenti nei confronti della società per i medesimi fatti illeciti. Inoltre,

l'ente non potrebbe a priori avere l'assoluta certezza che l'autorità giudiziaria, a valle dei propri accertamenti e dell'analisi della documentazione consegnata dalla società, applicherà la causa di esclusione della responsabilità. Vi sarebbe sempre un'alea di rischio per la persona giuridica che potrebbe diffidare da una rivelazione spontanea all'autorità delle proprie eventuali inadempienze: invero, fermo restando in ogni caso il sequestro cautelare del profitto dell'asserito reato presupposto, sussisterebbe sempre la teorica possibilità che, a seguito della volontaria emersione dell'illecito, possano essere applicate misure cautelari interdittive qualora l'autorità non ritenga vi fossero le condizioni per procedere con la *diversion* decidendo di esercitare l'azione penale.

Inoltre, le imprese hanno evidenziato criticità in ordine a possibili ripercussioni e conseguenze pregiudizievoli per l'efficace operatività aziendale, atteso che l'autodenuncia creerebbe verosimilmente un clima di conflittualità all'interno dell'organizzazione, con possibili ricadute per il raggiungimento degli obiettivi di *business*.

Altre criticità individuate dalle società attengono a un possibile disincentivo "a monte" per le imprese all'efficace attuazione *ante delictum* di un *compliance program*: invero, valorizzare, ai fini del beneficio dell'esonero da responsabilità, la sola condotta processuale, a prescindere da un'analisi delle misure di prevenzione, controllo e repressione del rischio "231" adottate dagli enti prima della commissione del reato-presupposto, rischierebbe di vanificare le finalità di prevenzione del Decreto .

Con una percentuale elevata di preferenze, le società hanno, altresì, denunciato la possibilità di un uso strumentale del *self disclosure* e della collaborazione con l'autorità giudiziaria, soprattutto in ipotesi di cambio dei vertici societari. Nel *self reporting* potrebbe, infatti, annidarsi il rischio di una semplice ricerca da parte dei nuovi *manager* di un "capo espiatorio" collegabile alla precedente direzione, al fine di salvare la propria reputazione personale ed operare una netta demarcazione dalla passata gestione d'impresa.

Inoltre, poiché verosimilmente l'effetto di esclusione di responsabilità non potrà coincidere con la semplice comunicazione delle informazioni raccolte dalla società ma sarà necessaria la presentazione di documentazione rilevante dal punto di vista probatorio, in quanto comprovante fatti ed elementi attinenti all'accertamento della condotta criminosa e potenzialmente idonei a permettere di individuare i soggetti

apicali o sottoposti autori materiali del reato e a provare le loro responsabilità, gli enti hanno evidenziato, quale ulteriore problematica dell'autodenuncia, le difficoltà e i limiti che incontrerebbero nella conduzione delle necessarie attività di indagine interna (ivi comprese le interviste dei soggetti presunti autori della condotta illecita) e delle procedure di accesso alle corrispondenza, ai documenti e alla posta elettronica dei dipendenti.

La scelta della società di prestare la propria piena collaborazione (necessaria ai fini delle condotte di *self reporting*) non potrà che essere frutto di un'attenta ponderazione strategica che dovrà altresì considerare le criticità e problematiche che gli enti incontrano nella conduzione delle proprie *internal investigations* su base volontaria. Tanto più ove si consideri che il materiale probatorio che la società dovrà mettere a disposizione dell'autorità inquirente, al fine del riconoscimento della causa di non punibilità, dovrebbe contenere una chiara ed esaustiva ricostruzione dei fatti, evidenze della condotta illecita con fondati elementi di imputabilità al soggetto individuato come responsabile.

Le perplessità che sono emerse dall'indagine in esame sottolineano la necessità, in una prospettiva *de iure condendo*, che l'eventuale introduzione nel sistema 231 di un meccanismo di *self reporting*, dovrà essere necessariamente accompagnata da una serie di interventi normativi che prevedano, altresì, una esaustiva disciplina *ad hoc* delle investigazioni interne, che contemperi esigenze di difesa dell'ente con esigenze di tutela dell'*intraneus* coinvolto.

6.5. L'APPARATO SANZIONATORIO E CAUTELARE DI CUI AL DECRETO

Un ulteriore aspetto meritevole di approfondimento con l'indagine in commento è afferente a uno dei profili più rilevanti e interessanti del *corpus* del Decreto e che desta maggiore preoccupazione presso il mondo imprenditoriale: l'apparato sanzionatorio e, in particolare, l'applicazione all'ente, ove previsto dalle singole disposizioni sanzionatorie, di misure cautelari interdittive.

Accanto a un meccanismo premiale considerato dalle imprese inefficace e non attuabile in concreto, il legislatore ha previsto un sistema sanzionatorio che è articolato in base a una distinzione binaria, nel senso che prevede l'irrogazione di una sanzione pecuniaria (indefettibile) e di eventuali sanzioni interdittive nei casi di particolare gravità. Al di fuori di tale perimetro, il Decreto prevede, inoltre, la confisca del prezzo o del profitto del reato e la pubblicazione della sentenza di condanna.

Il complesso e articolato apparato sanzionatorio, avente una finalità al contempo punitiva e preventiva, contempla, quindi, una risposta punitiva che colpisce non solo il patrimonio della società, ma incide, altresì, sull'esercizio della sua attività d'impresa (quando non addirittura sulla sua stessa esistenza), con effetti potenzialmente devastanti in ipotesi, soprattutto, di sanzioni applicate come misure cautelari e, quindi, in una fase prodromica alla dimostrazione di un'effettiva responsabilità dell'ente.

Occorre poi considerare il ricorso frequente e indiscriminato, nel processo penale contro gli enti, alle sanzioni interdittive e, come si è visto in precedenza, il recente inasprimento di queste misure ad opera della legge 9 gennaio 2019, n. 3, qualora sia stato commesso un reato di concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità o corruzione.

L'applicazione di misure sanzionatorie dal contenuto estremamente afflittivo e che possono rivelarsi fortemente invasive nella vita dell'ente dovrebbe sempre rispondere ai principi di proporzionalità e adeguatezza della pena, ma molte sono le criticità emerse nel corso di questi venti anni di vigenza della normativa 231, anche per alcune applicazioni giurisprudenziali - in particolare in tema di profitto confiscabile - che hanno sollevato una serie di dissidi interpretativi.

Alla luce di queste brevi considerazioni, consentite dai limiti di questo scritto, è stato chiesto alle imprese partecipanti alla *Survey* **se ritenesse auspicabile una modifica dell'apparato sanzionatorio e cautelare previsto dal Decreto**.

Il campione di 211 società si è espresso nei seguenti termini:

- circa il **69% (145 risposte)** ha dichiarato di "Si";
- circa il **10% (21 risposte)** ha ritenuto di "No";

- e, infine, il **21% (45 risposte)** ha scelto l'opzione "Non saprei".

L'elevata percentuale di risposte affermative sottolinea che, dal punto di vista delle imprese che hanno aderito all'indagine, in una prospettiva di riforma occorre intervenire sull'impianto sanzionatorio *ex* Decreto e, come vedremo, su quei profili ritenuti più critici dalle aziende, quali, ad esempio, i criteri guida di cui il giudice dovrà tener conto per stabilire tipo e durata della misura cautelare e fattispecie di applicazione delle sanzioni interdittive, già oggetto di ampio dibattitto sul versante dottrinale.

È di intuitiva evidenza che gli effetti dell'applicazione delle misure repressive e sanzionatorie della disciplina 231, soprattutto quando applicate in via cautelare, incidono, con diversi gradi di impatto a seconda della tipologia di sanzione irrogata, su molteplici e diversi aspetti della vita dell'ente, creando, inoltre, situazioni di rischio anche per tutto l'indotto ad esso collegato a vario titolo.

Non può sottacersi, infatti, che l'applicazione di misure cautelari di natura interdittiva potrebbe coinvolgere un numero elevato di soggetti estranei al reato presupposto (si pensi, a titolo di esempio, al rischio di perdita di posti di lavoro, all'impossibilità o maggiore difficoltà per la società di pagare i propri fornitori, ai danni di immagine che coinvolgerebbero anche gli azionisti e gli investitori, al potenziale danneggiamento dell'economia locale o nazionale) e che, per tale motivo, rappresentano un tema "sensibile" e preminente per gli operatori di impresa che chiedono, come vedremo nella prosecuzione del presente lavoro, una disciplina meno afflittiva e l'introduzione di nuove ipotesi di non applicabilità.

6.6. BREVI SPUNTI PER UNA RIVISITAZIONE *DE IURE CONDENDO* DELL'APPARATO SANZIONATORIO E CAUTELARE

Alle **145 società** che al quesito precedente hanno risposto "Sì", dichiarandosi favorevoli ad una riforma dell'impianto sanzionatorio contemplato nel Decreto, è stato poi chiesto di scegliere, selezionando fino ad un massimo di tre opzioni tra quelle

contemplate nel questionario, le proposte di riforma in materia ritenute maggiormente auspicabili.

Di seguito, riportiamo in ordine decrescente di percentuale di preferenze espresse le proposte di riforma selezionate dalle società coinvolte nel quesito[413]:

- **con una percentuale del 21,84%:** «*applicazione delle misure cautelari interdittive solo qualora ricorrano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza*»;
- **con una percentuale del 21,52%:** «*limitazione dell'applicazione delle più gravi misure interdittive in via cautelare previste dal Decreto ai soli casi in cui la finalità dell'ente sia quella di realizzare il reato oggetto di accertamento o a seguito di sentenza di condanna di primo grado e su richiesta del p.m., confermata in secondo grado, purché in presenza di un grave pericolo di reiterazione del reato. Negli altri casi dovrebbero essere previste solo le misure del sequestro preventivo e del sequestro conservativo*»;
- **con una percentuale del 13,61%:** «*minore afflittività della disciplina tenendo anche conto delle caratteristiche "soggettive" dell'impresa: dimensioni, capacità patrimoniale, stabilità economico-finanziaria, tutela dei livelli occupazionali ecc.*»[414];
- **con una percentuale del 12,34%:** «*sanzioni diverse da quella pecuniaria solo in caso di reiterazione di più reati della medesima natura*»;
- **con una percentuale del 8,23%:** «*i presupposti di cui all'art. 45 del Decreto (Applicazione delle misure cautelari) dovrebbero essere estesi in maniera esplicita anche al sequestro preventivo nei confronti degli enti ex art. 53 del Decreto: anche ai fini del sequestro preventivo, il giudice dovrebbe accertare la necessaria sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza nonché i "fondati e specifici elementi" che*

[413] La domanda a risposta multipla prevedeva la possibilità per le società di indicare più di una proposta di riforma (fino ad un massimo di tre) tra quelle segnalate. Pertanto, la percentuale indicata è stata calcolata facendo riferimento al numero complessivo di risposte fornite dal campione di 211 società partecipanti all'indagine.

[414] V. Note e Studi Assonime - "Prevenzione e governo del rischio di reato: la disciplina 231/2001 e le politiche di contrasto dell'illegalità nell'attività d'impresa", Gruppo di lavoro della Giunta Assonime coordinato da Pietro Guindani (5/2019), p. 43.

rendono concreto il pericolo di commissione di un illecito della stessa della stessa indole di quello per cui si procede»[415];

- **con una percentuale del 6,96%:** «*per evitare il rischio di un utilizzo strumentale della richiesta di misure cautelari interdittive al fine dell'interruzione del decorso della prescrizione (art. 22 del Decreto), bisognerebbe collegare in modo esplicito l'interruzione della prescrizione esclusivamente all'applicazione – e non alla mera richiesta - di misure cautelari, oltre che al rinvio a giudizio dell'ente e/o all'emissione della sentenza di condanna*»[416];
- **con una percentuale del 6,65%:** «*dovrebbe essere inserito all'art. 46 del Decreto - che disciplina i criteri guida di cui il giudice dovrà tener conto nella scelta della misura cautelare da applicare nel caso concreto - un esplicito richiamo ad alcuni parametri da considerare come indici dell'eventuale futura solvibilità della società, quali le condizioni economiche e patrimoniali dell'ente richiamate dall'art. 11 del Decreto (Criteri di commisurazione della sanzione pecuniaria)*»;
- **con una percentuale del 5,38%:** «*per evitare violazioni del principio del ne bis in idem, previsione di una forma di compensazione tra sanzione applicabile alla persona fisica autore del reato-presupposto e sanzione applicabile all'ente nell'ipotesi in cui quest'ultimo abbia una base organizzativa ristretta (in cui vi è coincidenza tra proprietà e management)*» [417];
- **con una percentuale del 3,48%:** «*dovrebbe essere altresì soppresso il potere della polizia giudiziaria di disporre il sequestro preventivo nei casi di urgenza*»[418].

---

[415] V. la proposta formulata dall'Associazione dei componenti degli organismi di Vigilanza (AODV[231]) nel documento "Proposta di riforma del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231" (9 marzo 2016), p. 8, consultabile sul sito dell'associazione *www.aodv231.it*.

[416] V. "Principi consolidati per la redazione dei modelli organizzativi e l'attività dell'organismo di vigilanza e prospettive di revisione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231", a cura di un Gruppo di Lavoro multidisciplinare (CNDCEC, Confindustria, Consiglio Nazionale Forense, ABI, ricercatori) (febbraio 2019), p. 48, reperibile su https://oldsite.commercialisti.it/Portal/Documenti/Dettaglio.aspx?id=4f625302-c189-41eb-a58a-549767bcfc9b

[417] V. Note e Studi Assonime- "Prevenzione e governo del rischio di reato: la disciplina 231/2001 e le politiche di contrasto dell'illegalità nell'attività d'impresa", cit., p. 43.

[418] V. la proposta formulata dall'Associazione dei componenti degli organismi di Vigilanza (AODV[231]) nel documento "Proposta di riforma del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231" (9 marzo 2016), p. 9.

Un'analisi complessiva dei dati raccolti individua, in una prospettiva *de iure condendo*, la necessità di interventi correttivi all'impianto normativo, peraltro già oggetto in passato di proposte di riforma, aventi la finalità di limitare l'applicabilità delle sanzioni interdittive in via cautelare solo quale *extrema ratio*, al fine di salvaguardare – in attesa della definizione del giudizio - la stabilità e prosecuzione dell'attività di impresa e i relativi livelli occupazionali.

Le misure interdittive potrebbero essere comminabili solo qualora ricorrano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza oppure in ipotesi di particolare "pericolosità" dell'ente, nel senso che lo stesso abbia agito avendo come unico obiettivo la commissione dell'attività illecita oggetto di accertamento.

Al contempo, le società hanno evidenziato l'opportunità, per una minore afflittività della disciplina sanzionatoria, di arricchire il telaio legislativo inserendo l'esplicito richiamo a parametri afferenti alle caratteristiche soggettive dell'ente quali, ad esempio, le dimensioni, la condizione patrimoniale, i livelli occupazionali, la stabilità economica-finanziaria ecc., quali indici indicatori di una sua futura solvibilità.

Ciò, da un lato, eviterebbe che l'afflittività della misura interdittiva applicata all'ente oltrepassi le finalità del Decreto nella materia in esame, fino a pregiudicare in modo definitivo quelle realtà imprenditoriali di piccole dimensioni che potrebbero non sopravvivere ai suoi effetti e, dall'altro, assicurerebbe al sistema cautelare un maggiore equilibrio e una più "razionale" ed effettiva proporzionalità.

Da un angolo visuale delle società si potrebbe poi considerare la possibilità di applicare sanzioni diverse da quella pecuniaria esclusivamente in ipotesi di reiterazione di più reati della medesima natura. In questa prospettiva, potrebbe anche prevedersi un inasprimento della sanzione pecuniaria attualmente contemplata dalla disciplina 231.

Inoltre, tra le opzioni selezionate dalle società, merita particolare attenzione, sul versante cautelare, una rivisitazione dei presupposti in presenza dei quali potrebbe disporsi, nei confronti dell'ente, il sequestro preventivo *ex* art. 53 del Decreto che mira a garantire la futura confisca del prezzo o del profitto. Al riguardo, i presupposti di applicazione della cautela reale del sequestro preventivo dovrebbero includere esplicitamente – analogamente a quanto previsto per le altre misure - la sussistenza dei gravi indizi di responsabilità nonché i "fondati e specifici elementi" che rendono

concreto il pericolo di commissione di un illecito della stessa indole di quello per cui si procede. La proposta di riforma in esame è finalizzata ad arginare la prassi giurisprudenziale che ricorre a un diffuso impiego del sequestro preventivo dei beni a seguito della solo astratta configurabilità dell'illecito e, quindi, del fatto che la condotta posta in essere dall'apicale o dal dipendente possa integrare un reato presupposto, senza una verifica sulla sussistenza dei gravi indizi in ordine alla responsabilità della società e, quindi, all'imputabilità dell'illecito[419].

6.7. FUTURI SCENARI PER UN RAFFORZAMENTO DELLA POSIZIONE PROCESSUALE DELL'ENTE

Infine, al campione di **211 società** partecipanti alla *Survey* è stato chiesto di selezionare, tra le diverse opzioni proposte (fino ad un massimo di tre), le **azioni che il Decreto dovrebbe contemplare per un rafforzamento della posizione processuale dell'ente**.

Di seguito le risultanze dell'indagine al quesito in commento, riportate in ordine decrescente di percentuale di preferenze espresse:

- **con una percentuale del 16,45%:** «*il Decreto dovrebbe differenziare i requisiti cogenti del modello 231 in base alle dimensioni e alla complessità dell'ente*»;
- **con una percentuale del 15,53%:** «*dovrebbe essere spostato sul pubblico ministero l'onere di dimostrare il deficit di organizzazione dell'ente in caso di reato commesso da soggetti in posizione apicale*»;
- **con una percentuale del 14,05%:** «*in sede processuale dovrebbe essere valutata e valorizzata la storia virtuosa della società, l'investimento economico e professionale effettuato dalla stessa in cultura della prevenzione, l'adozione di precauzioni sostanziali che vanno oltre le indicazioni normative e il complessivo assetto organizzativo dell'ente*»;

[419] V. A. Bernasconi, *I progetti di riforma del d.lgs. 231/2001 in Parlamento, tra aspettative e anticipati traguardi*, in *Proc. pen. e giust.*, 5/2017, in particolare p. 769.

- **con una percentuale del 9,80%:** «*dovrebbe essere incentivata la piena collaborazione nelle indagini da parte dell'ente come strumento per beneficiare di sconti di pena*»;
- **con una percentuale del 9,61%:** «*dovrebbero essere rivisti i criteri di applicazione delle sanzioni interdittive in considerazione delle gravi ripercussioni delle stesse sull'attività produttiva e/o economica dell'impresa: le sanzioni interdittive dovrebbero essere applicate come misure estreme per i casi di acclarata e gravissima reiterazione di reati assurti a "modello operativo" d'impresa*»;
- **con una percentuale del 8,32%:** «*bisognerebbe adeguare il sistema sanzionatorio ai principi di proporzionalità e adeguatezza e tutelare il bene giuridico della continuità aziendale, anche attraverso la valorizzazione delle buone condotte nel processo*»;
- **con una percentuale del 7,95%:** «*il Decreto dovrebbe introdurre, quale elemento di valutazione dell'efficacia di un modello 231* ante delictum*, il rispetto delle Linee Guida emanate dalle associazioni di categoria maggiormente rappresentative*»;
- **con una percentuale del 7,02%:** «*dovrebbe essere valorizzato l'istituto del self-reporting permettendo la chiusura "negoziata" delle indagini preliminari con meccanismi alternativi al patteggiamento*»;
- **con una percentuale del 5,18%:** «*dovrebbero essere modificati i criteri di ascrizione della responsabilità da reato degli enti*»;
- **con una percentuale del 3,51%:** «*ai fini dell'esonero da responsabilità dovrebbe essere eliminato il requisito dell'elusione fraudolenta del modello 231 nel caso in cui il reato sia commesso da un soggetto in posizione apicale*»;
- **con una percentuale del 2,59%:** «*ai fini dell'esenzione dovrebbe essere espressamente riconosciuto uno specifico ruolo al sistema disciplinare come effettivo strumento di monitoraggio e governo del rischio commissione reati-presupposto*».

Le risultanze della *Survey* al quesito in commento evidenziano, in una prospettiva aziendale, la necessità *in primis* di una differenziazione di regolamentazione della disciplina 231 in termini di graduazione degli adempimenti

preventivi richiesti in funzione della dimensione organizzativa-economica degli enti. Inoltre, per ragioni di simmetria del codice di rito penale e di rigore sistematico, dovrebbe essere eliminata l'inversione dell'onere della prova attualmente previsto per i reati posti in essere da soggetti in posizione apicale[420].

La "restituzione" alla pubblica accusa dell'onere della prova del mancato rispetto dei presupposti di cui all'art. 6 del Decreto, permetterebbe di superare uno dei profili più critici della disciplina 231, ampiamente criticato da autorevole dottrina[421] e dagli operatori d'impresa (soprattutto per la *probatio diabolica* dell'elusione fraudolenta) e sospettato, altresì, di illegittimità costituzionale per violazione del principio costituzionalmente garantito di non colpevolezza.

In una prospettiva di riforma del Decreto che punti ad un rafforzamento della posizione processuale dell'ente, un ulteriore profilo degno di attenzione è relativo all'effettiva valorizzazione della storia virtuosa della società e del costo economico e professionale affrontato dalla stessa nell'adozione e implementazione non solo del modello 231, ma dell'insieme di regole cautelari, organizzative, procedurali e di controllo riferibili al rischio di commissione del reato poi verificatosi che potrebbero portare ad escludere una sostanziale responsabilità *ex delicto* in capo alla *societas*.

La c.d. *blame culture* dovrebbe, quindi, portare il giudice a considerare l'intero sistema prevenzionale aziendale in relazione allo specifico reato presupposto contestato e, quindi, il complessivo assetto *organizzativo* dell'ente. Il che non significa, ovviamente, voler disincentivare l'adozione di un idoneo modello organizzativo, ma evitare il rischio che una società che abbia sempre investito e creduto nella diffusione al proprio interno della cultura della legalità (investendo anche

---

[420] V. la proposta formulata dall'Associazione dei componenti degli organismi di Vigilanza (AODV[231]) nel documento "Proposta di riforma del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231" (9 marzo 2016), consultabile sul sito dell'associazione *www.aodv231.it*.

[421] V. C. Piergallini, *La "maggiore età'" della responsabilità dell'ente: nodi ermeneutici e pulsioni di riforma*, in *Arch. pen.*, 1/2021, p. 3 s., per il quale «si tratta di un requisito pretenzioso, che depotenzia l'architrave imputativo della colpevolezza di organizzazione, delineato nell'art. 6, aprendo il campo ad una vera e propria *probatio diabolica*, specie se lo si intende come "replicativo" delle condotte di frode che trovano il loro archetipo nel reato di truffa». Per l'Autore, in ottica di riforma del Decreto, il riferimento all'"elusione fraudolenta" dovrebbe essere sostituito «dalla "violazione" del modello, cioè da un elemento "neutro", che non abbraccia soltanto le condotte elusive, destinato a rilevare, *contra societam*, quando è dipeso da una carente attività di controllo o vigilanza». V. C. E. Paliero, *Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo* de profundis? (nota a Cass., Sez. V, 18 dicembre 2013, n. 4677), cit., p. 476 s.

in ulteriori e concorrenti sistemi di gestione e controllo dei rischi di non conformità), possa incorrere in *culpa* per un qualche profilo di criticità gestionale nel *compliance program* che potrebbe essere "altrove" smentita. Dall'angolo visuale delle società, la verifica processuale dovrebbe essere il più *comprehensive* possibile e contemplare, quindi, accertamenti ulteriori e a più ampio spettro rispetto a quelli attualmente previsti dal Decreto.

Nella prospettiva accennata di una "dimensione" esterna del modello organizzativo, il campione di società partecipanti all'indagine ha individuato, altresì, nella collaborazione volontaria nelle indagini da parte dell'ente uno strumento che dovrebbe essere valutato e valorizzato dall'autorità giudiziaria, al fine di poter beneficiare di un trattamento sanzionatorio più benevolo.

L'autorità giudiziaria dovrebbe, quindi, non solo accertare ciò che l'ente ha fatto in ordine all'adozione di un assetto organizzativo in grado di prevenire il rischio di commissione dello specifico reato contestato, ma anche ciò che ha fatto successivamente alla scoperta della condotta illecita, compresa la buona condotta processuale e la disponibilità a fornire indicazioni utili e concrete per l'accertamento dei fatti e per l'individuazione dei colpevoli.

Inoltre, tra le richieste di riforma auspicate dal campione di imprese partecipanti all'indagine in esame, particolare rilevanza rivestono quelle in materia di apparato sanzionatorio di tipo interdittivo, considerato un vero *vulnus* per il bene giuridico della continuità aziendale. Le società richiedono, in un'ottica di possibile riforma normativa, che siano soprattutto rivisti i criteri di applicazione delle sanzioni interdittive, anche in fase cautelare, e un maggiore adeguamento del sistema sanzionatorio ai principi di proporzionalità e adeguatezza.

BIBLIOGRAFIA

Aa.Vv., *Responsabilità da reato degli enti*, Volume II, Diritto processuale, a cura di G. Lattanzi-P. Severino, Giappichelli, 2020

Abriani N.-Giunta F., *Il sistema disciplinare all'interno del modello di prevenzione dei reati di cui al d.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3/2013, p. 261

Alessandri A., *Diritto penale e attività economiche*, Il Mulino, 2010

Amati E., Sub *Art. 13*, in Aa.Vv., *Compliance - Responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di a cura di D. Castronuovo-G. De Simone-E. Ginevra-A. Lionzo-D. Negri-G. Varraso, Wolters Kluwer, I edizione, 2019, p. 387

Amato G., *Un regime diversificato per reprimere gli illeciti*, in *Guida dir.*, 2001, 26, p. 67

Amodio E., *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità dell'ente*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 320

Angelini M. A., Sub *Art. 26*, in Aa.Vv., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. n. 231/2001*, di A. Presutti-A. Bernasconi-C. Fiorio, Cedam, 2008, p. 308

Antonetto L., *Diritto del lavoro: i sistemi disciplinari e l'*enforcement *in azienda del modello organizzativo*, in *Atti del Convegno AODV 231 "231 e altri diritti"*, 3 ottobre 2018, Aodv231.it

Antonetto L., *Sistemi disciplinari e soggetti apicali*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2006, p. 55

Aristotele, *Etica Nicomachea*, X, 9, 1180a

Balducci P., *L'ente imputato – Profili di efficienza e di garanzia nel processo* De societate, Giappichelli, 2013

Balducci P., *Misure cautelari interdittive e strumenti riparatorio-premiali nel nuovo sistema di responsabilità "amministrativa" a carico degli enti collettivi*, in *Ind. Pen.*, 2002, p. 571

Balzarini P., *L'organismo di vigilanza*, in Aa.Vv., *Assetti Adeguati e Modelli Organizzativi nella* corporate governance *delle società di capitali*, opera diretta da M. Irrera, Zanichelli, 2016, p. 447

Barbieri A., Whistleblowing *e* Internal Investigation*: una prospettiva di collaborazione dell'ente*, in *Sist. Pen.*, fasc. 6/2020, p. 197

Bartoli R., *Un'introduzione alla responsabilità punitiva degli enti*, in www.sistemapenale.it, 25 ottobre 2021

Bartoli R., *Le Sezioni Unite prendono coscienza del nuovo paradigma punitivo del "sistema 231"* (nota a Cass., Sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343), in *Società* (Le), n. 2/2015, p. 215

Bartoli R., *Alla ricerca di una coerenza perduta… o forse mai esistita. Riflessioni preliminari (a posteriori) sul "sistema 231"*, in www.penalecontemporaneo.it, 10 marzo 2016 ok

Bartoli L., *Verso una non punibilità d'organizzazione? Note a margine di un caso modenese*, in *Cass. pen.*, 2021, p. 2540

Bartolomucci S., *Reato dell'amministratore e parametro oggettivo di imputazione della persona giuridica*, in *Società* (Le), n. 6/2006, p. 756

Bartolomucci S., *Il modello di organizzazione e gestione con finalità penal-preventiva*, in *Corr. giur.*, speciale 2/2010, p. 5

Bartolomucci S., *Consuntivo e prospettive per una revisione coerente e funzionale del D.Lgs. 231/2001 dopo circa un ventennio di vigenza*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4/2018, p. 223

Bartolomucci S., *Lo strumento della certificazione e il d.lgs. 231/2001: polisemia ed interessi sottesi nelle diverse prescrizioni normative*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2011, p. 47

Bartolucci M. A., *Per chi suona il fischietto? Qualche nota sul c.d. paradosso del whistleblowing tra «autore» e «osservatore» in "ambito 231"*, in Aa.Vv., *Responsabilità degli enti: problematiche e prospettive di riforma a venti anni dal d. lgs. 231/2001*, fasc. monotematico *Giurisprudenza pen.*, 2021-1BIS, p. 143

Bassi L.-Morelli M. M., Internal Investigation: *uno strumento di monitoraggio e governo del rischio nell'ottica dell'efficace attuazione del modello organizzativo*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4/2019, p. 291

Bassi A.-D'Arcangelo F., *Il sistema della responsabilità da reato dell'ente. Disciplina e prassi applicative*, Giuffrè, 2020

Baudino A.-Piovano L., *La responsabilità civile dei componenti dell'organismo di vigilanza*, in Aa.Vv., *Modello organizzativo D.Lgs. 231 e organismo di vigilanza*, a cura di P. Vernero-M. Boidi-R. Frascinelli, Eutekne, 2019, p. 611

Belluta H., *Le indagini e l'udienza preliminare*, in Aa.Vv., , *Diritto penale delle società*, Tomo II, a cura di G. Canzio-L. D. Cerqua-L. Luparia, Cedam, 2014, p. 1349

Beltrani S., *Modelli organizzativi e gestionali e criteri di imputazione della responsabilità dell'ente* (commento a Cass. Pen., Sez. VI, n. 36083/09), in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2010, p. 193

Beltrani S., *La revoca delle misure cautelari interdittive in danno degli enti* (commento a Cass. n. 40749/09), in *Resp. amm. soc. enti*, 3/2010, p. 173

Beltrani S., *Condotte riparatorie e revoca delle misure interdittive* (commento a Cass. pen., 8 gennaio 2014, n. 326), in *Resp. amm. soc. enti*, 4/2014, p. 195

Benatti F., *Etica, impresa, contratto e mercato. L'esperienza dei codici etici*, Il Mulino, 2014

Bernasconi A.-Beghé E., *Sistema disciplinare per soggetti apicali, apparato sanzionatorio e stock options: profili problematici*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2007, n. 2, p. 43

Bernasconi A., Sub *Art. 5*, in Aa.Vv., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. n. 231/2001*, di A. Presutti-A. Bernasconi-C. Fiorio, Cedam, 2008, p. 97

Bernasconi A., Sub *Art. 6*, in Aa.Vv., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. n. 231/2001*, di A. Presutti-A. Bernasconi-C. Fiorio, Cedam, 2008, p. 110

Bernasconi A., *«Razionalità» e «irrazionalità» della Cassazione in tema di idoneità dei Modelli organizzativi* (nota a Cass. pen., Sez. V, 30 gennaio 2014, n. 4677), in *Dir. pen. e proc.*, 12/2014, p. 1429

Bernasconi A., *I progetti di riforma del d.lgs. 231/2001 in Parlamento, tra aspettative e anticipati traguardi*, in *Proc. pen. e giust.*, 5/2017, p. 767

Berti C., *I "modelli di organizzazione e gestione" previsti dal d.lgs. n. 231/01: natura e inquadramento giuridico*, in *Contr. Impr.*, 2012, p. 1239

Bianchi D., *Appunti per una teoria dell'autonormazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 1477

Bitonti A., *Sulla emissione di misure interdittive in via cautelare contro gli enti*, in *Giur. it.*, 2008, II, p. 467

Bonsegna M.-Miceli S., *I pesanti effetti della spazzacorrotti sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3/2019, p. 77

Bordiga F., Sub *Art. 5, 6 e 7 – Profili aziendali*, in Aa.Vv., *Compliance - Responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di D. Castronuovo-G. De Simone-E. Ginevra-A. Lionzo-D. Negri-G. Varraso, Wolters Kluwer, I edizione, 2019, p. 299

Borsari R.-Falavigna F., Whistleblowing, *obbligo di segreto e «giusta causa» di rivelazione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2018, in particolare, p. 41

Bortolotto M., *D.lgs. 231/2001: quale ruolo per i modelli organizzativi certificati?*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2011, p. 177

Bourtin N.-Houle A., *Investigazioni interne: uno sguardo all'esperienza americana*, in Aa.Vv., *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di F. Centonze-M. Mantovani, Il Mulino, 2018, p. 199

Bruno S.-Bottiglioni G., Sub *Art. 17*, in Aa.Vv., *Compliance - Responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di D. Castronuovo-G. De Simone-E. Ginevra-A. Lionzo-D. Negri-G. Varraso, Wolters Kluwer, I edizione, 2019, p. 430

Buzzelli S., *Chiamata in correità ed indizi di colpevolezza ai fini delle misure cautelari nell'insegnamento delle Sezioni unite della Corte di Cassazione* (nota a Cass., Sez. un., 21 aprile 1995, n. 11), in *Cass. pen.*, 1995, p. 2838

Calamandrei I., *La prova documentale*, Cedam, 1995

Calleri M., *Spunti penalistici per l'indagine e l'accertamento avanti l'Organismo di Vigilanza*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2009, p. 73

Campanella S., *Profili problematici in tema di documenti dichiarativi*, in *Ind. Pen.*, 2008, p. 105

Camplani F., *Il ruolo dell'organismo di vigilanza o compliance officer fra interpretazioni giurisprudenziali ed istanze di riforma*, in *Arch. pen.*, 3/2016, p. 1

Cappa E., *La figura del giurista d'impresa*, in *Analisi giur. econ.*, 2005, p. 170

Capparelli O.-Lanzino L., *Modelli di gestione del rischio e* compliance ex *D.Lgs. 231/2001*, Ipsoa, 2016

Caputo M., *La mano visibile. Codici etici e cultura d'impresa nell'imputazione della responsabilità agli enti*, in *Diritto penale contemporaneo*, in *Riv. trim. Dir. pen. cont.*, 1/2013, p. 101

Caputo M., *Colpevolezza della persona fisica e colpevolezza dell'ente nelle manovre sulla pena delle parti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 148

Carchio C., *La Suprema Corte conferma l'applicabilità dell'art. 7 St. lav. al licenziamento disciplinare del dirigente* (nota a Cass. civ., Sez. lav., 10 febbraio 2015, n. 2553), in *Giur. It.*, 2015, p. 1671

Cardia M., *I modelli organizzativi e la nozione di profitto del reato: le considerazioni del G.i.p. di Napoli*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4/2007, p. 163

Carnà A. R., *L'Organismo di Vigilanza* ex *D.Lgs. 231/2001. L'attività di vigilanza e le investigazioni interne*, in Aa. Vv., Internal Investigations. Best practices *e istanze di regolamentazione*, a cura di F. Centonze-S. Giavazzi, Giappichelli, 2021, p. 115

Catalano G., *Organismo di Vigilanza e dinamica dei controlli interni: le novità del codice di autodisciplina alla luce della recente normativa e dell'esperienza americana*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2007, p. 17

Centonze F., *La co-regolamentazione della criminalità d'impresa nel d.lgs. 231 del 2001. Il problema dell'importazione dei "*compliance programs*" nell'ordinamento italiano*, in *Analisi giur. ec.*, 2009, p. 219

Centonze F., *Responsabilità da reato degli enti e* agency problems. *I limiti del d.lgs.vo n. 231/2001 e le prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 945

Centonze F.-Giavazzi S., *Le indagini interne: un inventario delle questioni attuali*, in Aa.Vv., Internal Investigations. Best practices *e istanze di regolamentazione*, a cura di F. Centonze-S. Giavazzi, Giappichelli, 2021, p. IX

Centonze F.-Mantovani M., *Dieci proposte per una riforma del D.Lgs. n. 231/2001*, in Aa.Vv., a cura di F. Centonze e M. Mantovani, *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Il Mulino, 2016, p. 283

Ceresa Gastaldo M., *Procedura penale delle società*, Giappichelli, 2017

Cernuto G., Sub *Art. 13*, in Aa.Vv., *La responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, a cura di A. Giarda-E. M. Mancuso-G. Spangher-G. Varraso, Ipsoa, 2007, p. 123

Cerqua F., *Cautele interdittive e rito penale. Uno studio sulle alternative ai modelli coercitivi personali*, Maggioli, 2015

Chimici S., *Il processo penale a carico degli enti: il* quantum *della prova della colpa di organizzazione*, in *Dir. pen. e proc.*, 5/2004, p. 617

Colacurci M., *L'idoneità del modello 231, tra difficoltà operative e possibili correttivi,* in *Riv. trim. Dir. pen. cont.*, 2/2016, p. 66

Colella A., *Il trattamento dei dati personali nelle attività di* internal investigation, in Aa. Vv., Internal Investigations. Best practices *e istanze di regolamentazione*, a cura di F. Centonze-S. Giavazzi, Giappichelli, 2021, p. 265

Consulich F., *Punibilità di organizzazione. Possibilità e limiti dell'astensione dalla punizione per l'ente colpevole*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4/2020, p. 249

Conti G. L., *Nota in materia di sanzioni disciplinari nel pubblico impiego*, in *Giur. it.*, 1996, p. 1606

Coppola F., *Il* Whistleblowing: *la "scommessa etica" dell'anticorruzione*, in *Dir. pen. e proc.*, 4/2018, p. 495

Coratella C., *Il d.lgs. 231/2001 e la nuova frontiera delle indagini difensive*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2015, p. 145

Corti M.-Varraso G., *Whistleblowing*, in Aa. V.v., *Compliance - Responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di D. Castronuovo-G. De Simone-E. Ginevra-A. Lionzo-D. Negri-G. Varraso, Wolters Kluwer, 2019, p. 1731

Corso S. M., *La Direttiva UE 2019/1937 sul whistleblowing e le possibili ricadute nel diritto interno*, in *Lav. giur*., 6/2020, p. 600

Corso S. M., *La responsabilità del committente persona fisica e persona giuridica per un infortunio sul lavoro all'interno di locali di appartenenza*, in *Indice pen*., 2015, p. 117

Corso S. M., *Il codice disciplinare di fronte alla responsabilità delle persone giuridiche: riflessi lavoristici*, in *Riv. it. dir. lav*., fasc. 2, 2015, p. 297

Corso S. M., *Lavoro e responsabilità di impresa nel sistema del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giappichelli, 2015

D'Acquarone V., *Rischio reato, investimento in prevenzione, dimensionamento del modello esimente*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2010, p. 75

D'Acquarone V-Roscini-Vitali R., *L'investigazione interna nel procedimento a carico dell'ente: alcuni spunti per l'integrazione del modello di organizzazione e gestione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2020, p. 317

D'Acquarone V.-Roscini-Vitali R., Internal corporate investigation: *la lezione americana*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2019, p. 93

D'Acquarone V.-Roscini-Vitali R., *Sistemi di diversione processuale e d.lgs. 231/2001: spunti comparati*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2018, p. 123

D'Arcangelo F., *Il ruolo e la responsabilità dell'Organismo di Vigilanza nella disciplina antiriciclaggio*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2009, p. 65

D'Arcangelo F., *Il* Whistleblowing, in A. Bassi-F. D'Arcangelo, Il sistema della responsabilità da reato dell'ente. Disciplina e prassi applicative, Giuffrè, 2020, p. 214

De Crescenzo U., *I profili di responsabilità degli amministratori nei confronti delle società,* in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2006, p. 163

de Falco G., *Delitto tentato e profili di responsabilità dell'ente*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2013, n. 2, p. 77

de Falco G., *Le modalità di intervento dell'ente nella fase delle indagini preliminari*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4/2006, p. 99

de Falco G., Sub *Art. 26,* in Aa.Vv., *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti (d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231)*, a cura di M. Levis-A. Perini, Zanichelli, 2014, p. 782

De Mozzi B., *Le Sezioni Unite si pronunciano sulle conseguenze sanzionatorie della violazione del principio di immediatezza nella contestazione d'addebito (nota a Cass. civ. Sez. Unite Sent., 27 dicembre 2017, n. 30985)*, in *ADL*, 3/2018, p. 804

De Simone G., *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Edizioni ETS, 2012

Dezzani G.-Dell'Agnola L., *La prevenzione dei reati informatici nel rispetto dei diritti del lavoratore*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2009, p. 133.

Di Bitonto M. L., *Le indagini e l'udienza preliminare*, in Aa.Vv., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di G. Lattanzi, II ed., Milano, 2010, p. 591

Di Giovine O., *Il criterio di imputazione soggettiva*, in Aa.Vv., *Responsabilità da reato degli enti - Volume I Diritto sostanziale*, a cura di G. Lattanzi-P. Severino, Giappichelli, 2020, p. 203

Di Giovine O., *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in Aa.Vv., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di G. Lattanzi, Giuffrè, II ed., 2010, p. 3

Dulio R., *La Cassazione ribadisce l'autonomia tra procedimento penale e procedimento disciplinare* (nota a Cass. civ., Sez. lav., 28 agosto 2018, n. 21260), in *Diritto & Giustizia*, fasc.148, 2018, p. 6

De Maglie C., *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa. Crisi e innovazioni nel diritto penale statunitense*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*,1995, p. 88

De Vero G., *Trattato di diritto penale. Vol IV: La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, 2008

De Vero G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, 2008

De Vero G., *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2001, p. 1126

De Vero G., *Il progetto di modifica della responsabilità degli enti tra originarie e nuove aporie*, in *Dir. pen. e proc.*, 10/2010, p. 1137

Di Geronimo P., *Responsabilità da reato degli enti: l'adozione di modelli organizzativi* post factum *ed il commissariamento giudiziale nell'ambito delle dinamiche cautelari (nota a G.i.p. Trib. Roma, 4 aprile 2003)*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2803

Di Geronimo P., *Le modifiche introdotte dalla cd. «spazzacorrotti» in tema di misure cautelari interdittive*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2019, p. 45

Donini M., Compliance, *negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici. Il delitto riparatorio oltre la* restorative justice, in Aa.Vv., *La pena, ancora fra attualità e tradizione – Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C. E. Paliero-F. Viganò-F. Basile-G. L. Gatta, Giuffrè, 2018, p. 579

Duzioni R., *Attività "investigativa-ispettiva" e attività "preventiva-difensiva ex art. 391-nonies c.p.p." Quale attività dell'OdV: due ipotesi a confronto di documentazione dell'effettiva attuazione del modello 231 nei casi di presunto o sospetto accertamento di fatti reato commessi o in itinere,* in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2012, p. 51

Epidendio T. E., *Collaborazione dell'ente e alternative al processo*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4/2018, p. 145

Epidendio T. E., *Reati da cui dipende l'illecito*, in *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, di A. Basssi-T. E. Epidendio, Giuffrè, 2006, p.113

Epidendio T.E.*, I modelli di organizzazione dell'ente,* in *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, di A. Bassi – T. E. Epidendio, Giuffrè, 2006, p. 179

Epidendio T. E., *Le sanzioni*, in *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, di A. Bassi – T. E. Epidendio, Giuffrè, 2006, p. 275

Epidendio T.E., *Le misure cautelari*, in *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, di A. Bassi – T. E. Epidendio, Giuffrè, 2006, p. 379

Epidendio T. E., Sub *Art. 6*, in Aa.Vv., *La responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, a cura di A. Giarda-E. M. Mancuso-G. Spangher-G. Varraso, Ipsoa, 2007, p. 61

Esposito A., *L'impetuosa avanzata della compliance. La 231/01 ha compiuto 20 anni*, in *Arch. pen.*, 2/2021, p. 1

Evaristi G. M., *Whistleblowing, tutela dell'anonimato e processo penale: tra limiti costituzionali e orizzonti convenzionali*, in *Dir. pen. e proc.*, 7/2021, p. 970

Fatta C., *L'OdV nel procedimento penale*, in Aa. Vv., *L'Organismo di Vigilanza nel sistema 231*, a cura di E. Di Fiorino-C. Santoriello, Pacini Giuridica, 2021, p. 227

Federici F. M., *L'Organismo di Vigilanza, non solo ai tempi del Covid-19*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2020, p. 105

Ferone R., *Revoca della sanzione interdittiva emessa in via cautelare: condizioni* (nota Trib. Firenze, 15.5.2012), in *Giur. mer.*, 2013, p. 1601

Ferrante V., *Controllo sull'adempimento della prestazione lavorativa e rispetto della privacy dei lavoratori*, in Aa. Vv., Internal Investigations. Best practices *e istanze di regolamentazione*, a cura di F. Centonze-S. Giavazzi, Giappichelli, 2021, p. 215

Ferraro G., *Il potere disciplinare dell'imprenditore nei confronti dei propri lavoratori subordinati*, in *Impresa*, 2003, p. 6

Fidelbo G., *Le misure cautelari*, in Aa.Vv., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, a cura di G. Lattanzi, Giuffrè, 2010, II edizione, p. 503

Fidelbo G.-Mongillo V., *Le recenti modifiche introdotte dalla "spazzacorrotti" e dal decreto legislativo di attuazione della direttiva PIF al regime della responsabilità dell'ente in materia di reati contro la pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *Il contrasto ai fenomeni corruttivi dalla "spazzacorrotti" alla riforma dell'abuso d'ufficio*, a cura di G. Fidelbo, Giappichelli, 2020, p. 367

Fidelbo G.-Ruggiero R. A., *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4/2016, p. 3

Fidelbo G., *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale*, in Aa.Vv., *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, a cura di A. M. Stile-V. Mongillo-G. Stile, Jovene, 2013, p. 173.

Fidelbo G.-Silvestri P., *Le cautele interdittive: fisionomia e procedimento applicativo*, in Aa.Vv., *Responsabilità da reato degli enti – Volume II Diritto processuale*, a cura di G. Lattanzi-P. Severino, Giappichelli, 2020, p. 131

Figurati S., *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: aspetti lavoristici*, in *Giur. piemontese*, 2002, p. 34

Figurati S., *I nuovi profili di responsabilità delle persone giuridiche: aspetti lavoristici e disciplinari*, intervento al convegno di studi Unione Industriale Torino - AGAT - AIGI del 6 ottobre 2005, in *www.rivista231.it*

Figurati S., *Il sistema sanzionatorio interno al modello di cui al decreto 231/01*, intervento al seminario "Responsabilità delle persone giuridiche *ex* D.lgs 231/2001 e modelli organizzativi" organizzato dall'Unione Industriale di Torino in data 25.2.2008, in *www.rivista231.it*

Filippi L., *Le Sezioni unite decretano la morte dell'agente segreto «attrezzato per il suono» (nota a Cass. pen., Sez. un., 28 maggio 2003, n. 36747)*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2094

Fiorella A-Selvaggi N., Compliance programs *e dominabilità "aggregata" del fatto. Verso una responsabilità da reato dell'ente compiutamente personale*, in *Diritto penale contemporaneo*, in *Riv. trim. Dir. pen. cont.*, 3-4,/2014, p. 105

Fiorelli G., *La* vocatio in iudicium *dell'ente. Tra istanze di semplificazione probatoria e forme di responsabilità "senza fatto"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, p. 1258

Flick G. M., *Le prospettive di modifica del d.lgs. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti: un rimedio peggiore del male*?, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4032

Foglia Manzillo F., *Nessun obbligo per l'Organo di vigilanza di impedire illeciti penali*, in *Dir. prat. soc.*, 2003, p. 34

Fortunato S.-Di Nocco C., Corporate Governance – *Le fasi e i processi operativi di un'indagine interna o* «internal investigation», in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, 2/2018, p. 233

Fortunato S., *La prassi di* internal investigation, in Aa. Vv., Internal Investigations. Best practices *e istanze di regolamentazione*, a cura di F. Centonze-S. Giavazzi, Giappichelli, 2021, p. 161

Franzoni C., *Il sistema sanzionatorio e cautelare. Riflessioni sull'effettività*, in Aa.Vv., *Il processo penale* de societate, a cura di A. Bernasconi, Giuffrè, 2006, p. 105

Frigeni C.-Presciani C., Sub *Art. 5-6-7 - L'Organismo di Vigilanza (§ F)*, in Aa.Vv., *Compliance - Responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di D. Castronuovo-G. De Simone-E. Ginevra-A. Lionzo-D. Negri-G. Varraso, Wolters Kluwer, 2019, p. 251

Fusco E., *Le indagini preliminari nei confronti degli enti. Questioni controverse*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2017, p. 175

Gallo F. M., *Tempestività ed immutabilità della contestazione disciplinare in presenza di procedimento penale* (commento a Cass. civ., Sez. lav., 20 giugno 2014, n. 14103), in *Lav. nella giur.*, 2015, p. 69

Gargani A., *Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irrelati?*, in *Dir. pen. e proc.*, 9/2002, p. 1061

Gennaro V., *La documentazione delle attività di pianificazione e di esecuzione delle verifiche da parte dell'Organismo di Vigilanza*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3/2008, p. 177

Ghini P.-Fruscione L., *Controllo del personale tra esigenze di tutela dell'azienda e di «tenuta», effettività ed efficacia delle regole interne*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3/2013, p. 315

Ghini P., *La formazione sul modello 231: contenuti e metodi per garantire effettività e concretezza*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2015, p. 295

Ghini P., *OdV: obbligo di riservatezza e di tutela dei dati personali, segreto aziendale/professionale*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2011, p. 249

Giarda E. M.-Giarda F. M., Sub *Art. 26*, in Aa. Vv., *La responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, a cura di A. Giarda-E. M. Mancuso-G. Spangher-G. Varraso, Ipsoa, 2007, p. 207

Giarda E. M.-Giarda F. M., Sub *Art. 11*, in Aa. Vv., *La responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, a cura di A. Giarda-E. M. Mancuso-G. Spangher-G. Varraso, Ipsoa, 2007, p. 116

Giavazzi S., Sub *Art. 17*, in Aa.Vv., *La responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, a cura di A. Giarda-E. M. Mancuso-G. Spangher-G. Varraso, Ipsoa, 2007, p. 157

Ginevra E.-Forlani F., *Le sanzioni disciplinari*, in Aa.Vv., *Compliance - Responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di Aa.Vv., Wolters Kluwer, I edizione, 2019, p. 283

Ginevra E., *Le sanzioni disciplinari degli amministratori di S.p.a. ex art. 6 d.lgs. 231/2001*, in Aa. Vv., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber Amicorum Antonio Piras*, Giappichelli, 2010, p. 694

Giordanengo G.-Valentini S., *Le attività, i poteri e gli obblighi*, in Aa.Vv., *L'Organismo di Vigilanza nel sistema 231*, a cura di E. Di Fiorino-C. Santoriello, Pacini Giuridica, 2021, p. 133

Giunta F., *Il reato come rischio d'impresa e la colpevolezza dell'ente collettivo*, in *Analisi giur. ec.*, 2009, p. 243

Giunta F., *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. trim., dir. pen. econ.*, 2006, p. 597

Grindatto S., *Sulla revoca delle sanzioni interdittive applicate all'ente per il reato commesso nel suo interesse* (nota a Cass., Sez. VI, 2 febbraio 2012, n. 6248), in *Giur. it*., 2012, p. 2637

Gullo A., *I modelli organizzativi*, in Aa.Vv., *Responsabilità da reato degli enti - Volume I Diritto sostanziale*, a cura di G. Lattanzi-P. Severino, Giappichelli, 2020, p. 241

Gullo A., *La disciplina del tentativo*, in Aa.Vv., *Responsabilità da reato degli enti - Volume I Diritto sostanziale*, a cura di G. Lattanzi-P. Severino, Giappichelli, 2020, p. 359

Gullo A., *I reati contro la Pubblica amministrazione e a tutela dell'attività giudiziaria*, in Aa.Vv., *Responsabilità da reato degli enti - Volume I Diritto sostanziale*, a cura di G. Lattanzi-P. Severino, Giappichelli, 2020, p. 423

Ielo P., Compliance programs*: natura e funzione del sistema delle responsabilità degli enti. Modelli organizzativi e d.lg. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, n. 1, p. 99

Ielo P., *Le indagini preliminari nel procedimento di accertamento della responsabilità degli enti*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2012, p. 87

Invernici G., Sub *Artt. 5-6-7* – Whistleblowing *(§ E)*, in Aa.Vv., *Compliance - Responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di D. Castronuovo-G. De Simone-E. Ginevra-A. Lionzo-D. Negri-G. Varraso, Wolters Kluwer, 2019, p. 228

Jannone A., *231 e difesa post delictum: tecniche, metodi e framework legale di case management*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3/2010, p. 43

Jennifer A.-Buell S. W., *L'importanza della regolamentazione delle indagini interne nella giustizia negoziata degli enti*, in Aa.Vv., Internal Investigations. Best practices *e istanze di regolamentazione*, a cura di F. Centonze-S. Giavazzi, Giappichelli, 2021, p. 4

Kalb L., *Il documento nel sistema probatorio*, Giappichelli, 2000, p. 107

La Rosa M., *Teoria e prassi del controllo "interno" ed "esterno" sull'illecito dell'ente collettivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2006, p. 1297

Lasco G., Sub *Art. 5*, in G. Lasco-V. Loria-M. Morgante, *Enti e responsabilità da reato. Commento al d.lgs. 2001, n. 231*, Giappichelli, 2017, p. 58

Lasco G., Sub *Art. 6*, in G. Lasco-V. Loria-M. Morgante, *Enti e responsabilità da reato. Commento al d.lgs. 2001, n. 231*, Giappichelli, 2017, p. 76

Lasco G., Sub *Art. 11*, in G. Lasco-V. Loria-M. Morgante, *Enti e responsabilità da reato. Commento al d.lgs. 2001, n. 231*, Giappichelli, 2017, p. 153

Lasco G., Sub *Art. 12*, in G. Lasco-V. Loria-M. Morgante, *Enti e responsabilità da reato. Commento al d.lgs. 2001, n. 231*, Giappichelli, 2017, p. 162

Lasco G., Sub *Art. 13*, in G. Lasco-V. Loria-M. Morgante, *Enti e responsabilità da reato. Commento al d.lgs. 2001, n. 231*, Giappichelli, 2017, p. 171

Lattanzi G.-Severino P., *Introduzione – Prevenzione e repressione della criminalità economica e responsabilità delle persone giuridiche*, in Aa.Vv., *Responsabilità da reato degli enti - Volume I Diritto sostanziale*, a cura di G. Lattanzi-P. Severino, Giappichelli, 2020, p. XVII

Lattanzi R., *Dallo Statuto dei lavoratori alla disciplina di protezione dei dati personali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, p. 151

Laufer W. S.-Selvaggi N., *Responsabilità penale degli enti ed eccezionalismo americano*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2019, p. 47

Ledda F., *Modelli 231 e Funzione Compliance. Punti di contatto e differenze*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2017, p. 229

Ledda F.-Ghini P., *L'importanza delle attività di comunicazione, formazione e informazione per l'efficacia del sistema 231*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4/2009, p. 149

Lepore M., *L'apparato sanzionatorio*, in *Dir. relaz. Ind.*, 2008, fasc. 2, p. 461

Levi A., *Il controllo difensivo a distanza e l'inoperatività dell'art. 4 dello Statuto* (commento a Cass. civ., Sez. lav., 10 novembre 2017, n. 26682), in *Lav. nella giur.*, 2018, 5, p. 471

Locurto C., *Prevenzione e contrasto della corruzione: le novità di diritto sostanziale introdotte con legge cd. Spazzacorrotti*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4/2019, p. 67

Lombardi S., *Il modello organizzativo di gestione e controllo e l'organismo di vigilanza ex d.lgs. 231/01*, Cedam, 2020

Longo M., *La testimonianza indiretta della polizia giudiziaria: un «banco di prova» dei principi sul giusto processo* (*nota a Cass. pen., Sez. un., 28 maggio 2003, n. 36747)*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 4182

Loria V., Sub *Art. 26 Delitti tentati*, in Aa.Vv., *Enti e responsabilità da reato. Commento al d.lgs. 2001, n. 231*, di G. Lasco-V. Loria-M. Morgante, Giappichelli, 2017, p. 400

Loria V., Sub *art. 58 Archiviazione*, in Aa. Vv., *Enti e responsabilità da reato. Commento al d.lgs. 2001, n. 231*, di G. Lasco-V. Loria-M. Morgante, Giappichelli, 2017, p. 602

Lorusso S., *La responsabilità da reato" delle persone giuridiche: profili processuali del d.lgs. 231/2001*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2522

Lottini R., *Le principali questioni in materia di modelli di organizzazione di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. n. 231 del 2001*, in *Giur. merito*, fasc.10, 2013, p. 2255B

Lunghini G., *L'idoneità e l'efficace attuazione dei modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001*, in Aa.Vv., *I modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001 – Etica di impresa e punibilità degli enti*, a cura di C. Monesi, Giuffrè, 2005, p. 251

Lunghini G., *Responsabilità amministrativa degli enti: soggetti, interessi infragruppo e requisiti di idoneità e di attuazione dei modelli (nota a Trib. Bari (ord.), 18 aprile 2005)*, in *Corr. mer.*, 2005, 1, p. 85

Mainardi S., *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, UTET Giuridica, 2012, Milano

Mainardi S., *Codici etici nella prevenzione dei reati di lavoratori e collaboratori, modello organizzativo e sistema disciplinare*, in Aa. Vv., *Modelli organizzativi ai sensi del D.Lgs. n. 231/2001 e tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, a cura di D. Fondaroli e C. Zoli, Torino, 2014, p. 107

Mainieri N.-Grella P., *Antiriciclaggio*, in Aa. Vv., *L'Organismo di Vigilanza nel sistema 231*, a cura di E. Di Fiorino-C. Santoriello, Pacini Giuridica, 2021, p. 287

Malavasi M., *La struttura del sistema disciplinare nel modello organizzativo* ex. *D.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2010, p. 99

Manacorda C., Whistleblowing: *verso una disciplina europea unitaria*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3/2018, p. 185

Manacorda S., *La dinamica dei programmi di compliance aziendale: declino o trasfigurazione del diritto penale dell'economia?*, in *Società* (Le), n. 4/2015, p. 473

Manacorda S., *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2017, p. 49

Mancuso E. M., *Le investigazioni interne nel sistema processuale italiano: tra vuoto normativo e prassi applicative incerte*, in Aa.Vv., *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di F. Centonze e M. Mantovani, Il Mulino, 2018, p. 217

Mancuso E. M., *Le investigazioni interne nel procedimento a carico dell'ente,* in Aa.Vv., *Compliance - Responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di D. Castronuovo-G. De Simone-E. Ginevra-A. Lionzo-D. Negri-G. Varraso, Wolters Kluwer, I edizione, 2019, p. 1933

Mancuso E. M., *Le investigazioni interne nel procedimento penale: sussidiarietà regolatoria e nuovi scenari cooperativi*, in Aa.Vv., Internal Investigations. Best practices e istanze di regolamentazione, a cura di F. Centonze-S. Giavazzi, Giappichelli, 2021, p. 241

Mancuso E. M., Sub *Art. 58 - Archiviazione*, in Aa.Vv., *Compliance - Responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di D. Castronuovo-G. De Simone-E. Ginevra-A. Lionzo-D. Negri-G. Varraso, Wolters Kluwer, I edizione, 2019, p. 1132

Mancuso E. M., *Esigenze da bilanciare nel whistleblowing*, in *quotidianolavoro.ilsole24ore.com*, 2/8/2018

Mancuso E. M., Sub *Art. 58*, in Aa.Vv., *La responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, a cura di A. Giarda-E. M. Mancuso-G. Spangher-G. Varraso, Ipsoa, 2007, p. 440

Manes V., *Realismo e concretezza nell'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo*, in *Giur. comm.*, 2021, p. 633

Manico A., *La responsabilità civile*, in Aa.Vv., *L'Organismo di Vigilanza nel sistema 231*, a cura di E. Di Fiorino-C. Santoriello, Pacini Giuridica, 2021, p. 177

Mannacio G., *Tutela dei dirigenti e sanzioni disciplinari* (nota a Cass. civ., Sez. lav., 13 maggio 2005, n. 10058), in *Dir. prat. lav.*, 2006, p. 270

Manno M. A., *Non è colpa mia! Alla ricerca della colpevolezza perduta nella responsabilità "da reato" degli enti collettivi*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2/2018, p. 123

Mantovani M., *Il d.lgs. n. 231/2001 e gli incentivi alla persona giuridica: il punto di vista dell'impresa*, in Aa.Vv., *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di F. Centonze-M. Mantovani, Il Mulino, 2016, p. 117

Mantovani M.-De Rosa M., *Prospettive di miglioramento dei sistemi legislativi finalizzate a incentivare la cooperazione del settore privato con le pubbliche autorità sul tema della lotta alla corruzione: il self-reporting e la cooperazione delle aziende nelle attività di indagine*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2014, p. 53

Marazza M., *I controlli a distanza del lavoratore di natura difensiva*, in Aa. Vv., *Controlli a distanza e tutela dei lavoratori*, a cura di P. Tullini, Giappichelli, 2017, p. 27

Marazza S., *Nuovi e vecchi problemi in tema di trasferimento disciplinare*, in *Giur. it.*, 1996, p. 731

Maresca A., *Compliance Programs e diritto del lavoro. Alcune brevi notazioni*, in Aa.Vv., *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. First Colloquium*, a cura di Fiorella-Stile, Napoli, Jovene, 2012, p. 65

Martone M., *La repressione della corruzione e la tutela del whistleblower alla luce della L. 30 novembre 2017, n. 179,* in *Argomenti Dir. Lav.*, 2018, 1, p. 61

Martuscelli A., *Idoneità dei MOG e ruolo dell'OdV: prevenzione del rischio-reato e impedimento dell'evento-reato*, in *Bilancio e Revisione*, 2021, p. 57

Menghini L., *Il licenziamento dei dirigenti: applicabilità della reintegra ai pubblici e delle tutele procedurali ai privati*, in *Lav. giur.*, 2007, p. 899

Mereu A., *La responsabilità ''da reato'' degli enti collettivi e i criteri di attribuzione della responsabilità tra teoria e prassi*, in *Ind. Pen.*, 2006, p. 26

Meruzzi G., *Un nuovo ruolo per i modelli di organizzazione e gestione: il progetto di modifica Arel-PwC alla disciplina della responsabilità degli enti* ex *D.lgs. 231/2001*, in *Contr. impr.*, 2012, p. 211

Mongillo V., *La vigilanza sull'attuazione del sistema aziendale di prevenzione dei reati in Italia e nei principali ordinamenti ispanoparlanti: circolazione dei modelli e specificità nazionali*, in *Riv. trim. Dir. pen. cont.*, 3/2018, p. 149

Mongillo V., *L'Organismo di Vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell'ente: paradigmi di controllo, tendenze evolutive e implicazioni penalistiche,* in *Resp. amm. soc. enti*, 4/2015, p. 83

Mongillo V., *Profili critici della responsabilità da reato degli enti alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale* (seconda parte: misure cautelari interdittive e sequestro preventivo ai fini di confisca), in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2010, p. 155

Mongillo V., *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Giappichelli, 2018

Mongillo V., *Presente e futuro della* compliance *penale*, in *www.sistemapenale.it*, 11 gennaio 2022

Mongillo M.-Bellacosa M., *Il sistema sanzionatorio*, in Aa.Vv., *Responsabilità da reato degli enti - Volume I Diritto sostanziale*, a cura di G. Lattanzi-P. Severino, Giappichelli, 2020, p. 289

Mongillo V., *Profili critici della responsabilità da reato degli enti alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale (seconda parte: misure cautelari interdittive e sequestro preventivo ai fini della confisca)*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2010, p. 155

Montalenti P., *Organismo di vigilanza e sistema dei controlli*, in *Giur. comm.*, 2009, p. 643

Montesano M., *Una prima pronuncia di legittimità che interviene sul tema più volte sollevato in dottrina del possibile coinvolgimento dei componenti dell'Organismo di vigilanza nel caso di illeciti commessi all'interno dell'ente: "un caso particolare" di esclusione (commento a Cass. pen., n. 18168, 20 gennaio 2016)*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3/2016, p. 163

Morgante M., Sub. *Art. 45*, in G. Lasco-V. Loria-M. Morgante, *Enti e responsabilità da reato. Commento al d.lgs. 2001, n. 231*, Giappichelli, 2017, p. 510

Morgante M., Sub *Art. 49*, in G. Lasco-V. Loria-M. Morgante, *Enti e responsabilità da reato. Commento al d.lgs. 2001, n. 231*, Giappichelli, 2017, p. 541

Muscatiello V., *Il ruolo della autonormazione nel diritto penale della società del rischio l'euristica del prima, la maledizione del dopo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2/2020, p. 311

Musella A.-Formenti O., *I modelli di organizzazione e l'OdV*, in Aa. Vv., *Responsabilità amministrativa degli enti (D. lgs. 231/01)*, a cura di F. Sbisà-E. Spinelli- Studio Legale Bonelli Erede *with* Lombardi, Wolters Kluwer, 2020, p. 58

Negro M. S., Legal privilege *e tutela difensiva dell'ente*, in Aa.Vv., *Compliance - Responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di D. Castronuovo-G. De Simone-E. Ginevra-A. Lionzo-D. Negri-G. Varraso, Wolters Kluwer, I edizione, 2019, p. 1949

Nicolicchia F., Corporate internal investigation *e diritti dell'imputato da reati presupposto nell'ambito della responsabilità «penale» degli enti: alcuni rilievi sulla base della «lezione americana»*, in *Riv. trim. dir. pen. econ*., 2014, (3-4), p. 781

Nicotera A., *Modelli organizzativi e gestionali: l'esperienza di ASSTRA*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2006, p. 223

Novara P., *Principali criticità della disciplina italiana in materia di* whistleblowing *alla luce della nuova direttiva europea: limitato campo di applicazione e scarsi incentivi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2020, p. 737

Novello D., *La* self-disclosure *e il* monitor *nella esperienza applicativa del* foreign corrupt practices act. *Spunti per una possibile modifica della disciplina della responsabilità "da reato" degli enti*, in *Dir. comm. internaz.*, 4/2015, p. 1027

Pacciolla C., *Il rapporto tra la Compliance ed il ruolo dell'In-House Legal*, in Aa.Vv., *L'organismo di vigilanza nel sistema 231*, a cura di E. Di Fiorino-C. Santoriello, Pacini Giuridica, 2021, p. 253

Padovani T., *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in Aa.Vv., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia punitiva*, a cura di G. De Francesco, Giappichelli, 2004, p. 13

Padula L., *L'archiviazione nel procedimento per gli "illeciti amministrativi dipendenti da reato" ascrivibili agli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2799

Paliero C. E., *Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo* de profundis? (nota a Cass., Sez. V, 18 dicembre 2013, n. 4677), in *Società* (Le), 4/2014, p. 474

Paliero C. E., *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi,* societas delinquere (et puniri) potest?, in *Corr. Giur.*, 7/2001, p. 845

Paliero C.E., *La società punita:* del *come*, del *perché e del per cosa*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1516

Paliero C. E., *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza: decisione «lassista» o interpretazione costituzionalmente orientata*? (nota a Trib. Milano, 17 novembre 2009), in *Società* (Le), 4/2010, p. 476

Paliero C. E., *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2/2018, p. 175

Paliero C.E.-Piergallini C., *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3/2006, p. 167

Pansarella M., *Problematiche giuridiche ed organizzative del whistleblowing nei modelli 231*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2018, p. 275

Paone M., *Contestazione dell'illecito amministrativo: controlli giurisdizionali e oneri motivazionali* (nota a Cass. pen., Sez. IV, 24 settembre 2019, n. 43656), in *Dir. pen. e proc.*, 8/2020, p. 1089

Parrella A., Internal investigations: *note in tema di benefici interni e limiti esterni*, in Aa.Vv., Internal Investigations. Best practices *e istanze di regolamentazione*, a cura di F. Centonze-S. Giavazzi, Giappichelli, 2021, p. 207

Pederzoli C., *Pubblicità del codice disciplinare e sanzioni conservative in caso di violazioni del c.d. "minimo etico"* (nota a Cass., 26 marzo 2014, n. 7105), in *Riv. it. dir. lav*., fasc. 1, 2015, p. 100

Pellegrini L., *Il sistema disciplinare del d.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2022, p. 61

Perini S., *La valutazione giudiziale del modello organizzativo* ex *D.Lgs. n. 231/2001*, in *Lav. Giur.*, n. 10/2016, p. 874

Pelissero M.-Fidelbo G., *La "nuova" responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *Leg. Pen.*, 2002, p. 575

Piergallini C., *La "maggiore età'" della responsabilità dell'ente: nodi ermeneutici e pulsioni di riforma*, in *Arch. pen.*, 1/2021, p. 1

Piergallini C., *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 11/2001, p. 1342

Piergallini C., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d. lg. n.231/2001)* (parte I), in *Cass. pen.*, 2013, fasc. 1, p. 376

Piergallini C., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d. lg. n.231/2001)* (parte II), in *Cass. pen*., 2013, fasc. 2, p. 842

Piergallini C., *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Diritto pen. e processo,* 4/2019, p. 530

Piergallini C., *Autonormazione e controllo penale,* in *Dir. pen. e proc.*, 3/2015, p. 261

Piergallini C., *I reati presupposto della responsabilità dell'ente e l'apparato sanzionatorio,* in Aa. Vv., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, a cura di G. Lattanzi, II ed., Milano, 2010, p. 211

Piergallini C., *Globalizzazione dell'economia, rischio-reato e responsabilità* ex crimine *delle multinazionali,* in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2/2020, p. 152

Piergallini C., *I modelli organizzativi*, in Aa.Vv., *Reati e responsabilità degli enti*. *Guida al d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, a cura di G. Lattanzi, Giuffrè, II ed., 2010, p. 153

Piergallini C., Societas delinquere et puniri non potest: *la fine tardiva di un dogma,* in *Riv. trim., dir. pen. econ.*, 2002, p. 571

Pinto V., *I controlli "difensivi" del datore di lavoro sulle attività informatiche e telematiche del lavoratore*, in Aa. Vv., *Controlli a distanza e tutela dei lavoratori*, a cura di P. Tullini, Giappichelli, 2017, p. 139

Pintucci E., *Disciplina e formazione: come trasformare l'applicazione del codice disciplinare del modello 231 in occasione di apprendimento e crescita dei dipendenti*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2014, p. 293

Pisani N., *I requisiti di autonomia ed indipendenza dell'organismo di vigilanza istituito ai sensi del d.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2008, p. 155

Pisani N., *Controlli societari e responsabilità da reato degli enti*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, p. 100

Piva D., *Presunzioni di colpa e onere della prova dell'ente: ragioni e spunti per una riforma dell'art. 6 del D.Lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4/2018, p. 159

Piva D., *Il sistema disciplinare nel d.lgs. 231/2001: questo «sconosciuto»*, *Resp. amm. soc. enti*, 2/2013, p. 89

Piva D., *Qualche riflessione a margine del documento Cndcec-Confindustria-Cnf-Abi: suggerimenti per le aziende su costruzione dei modelli e organismo di vigilanza nell'ottica della difesa in giudizio*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3/2019, p. 51

Potetti D., *Questioni sulla testimonianza indiretta della polizia giudiziaria* (*nota a Cass. pen., Sez. un., 28 maggio 2003, n. 36747)*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1996

Presutti A.-Bernasconi A., *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè, Milano, 2018

Presutti A., Sub. *Art.* 45, in Aa.Vv., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. n. 231/2001*, di A. Presutti-A. Bernasconi-C. Fiorio, Cedam, 2008, p. 396

Pulitanò D., *La Responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 2, 2002, p. 415

Quarto D., *Gli strumenti di premialità previsti dal d.lgs. 231/2001 come pungolo alla rieducazione dell'ente*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4/2021, p. 135

Renzetti S., *Misure cautelari applicabili agli enti: primi interventi della Cassazione* (nota a Cass. sez. VI, 23 giugno -2 ottobre 2006, n. 32626), in *Cass. pen.*, 2007, p. 4228

Riccardi M.-Chilosi M., *La messa alla prova nel processo "231": quali prospettive per la* diversion *dell'ente?*, in *Riv. trim. Dir. pen. cont.*, 10/2017, p. 47

Rivello P., Il *MOG quale esimente*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2018, p. 197

Rondinone N., *Le indagini interne nel sistema del governo societario*, in Aa. Vv., Internal Investigations. Best practices *e istanze di regolamentazione*, a cura di F. Centonze-S. Giavazzi, Giappichelli, 2021, p. 105

Rossi A., *Le sanzioni dell'ente*, in Aa. Vv., *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse* (D.lgs. n. 231/2001), a cura di S. Vinciguerra-M. Ceresa Gastaldo-A. Bassi, Cedam, 2004, p. 31

Rossi A., *La responsabilità penale dei componenti dell'Organismo di vigilanza*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Antonio Fiorella – Volume II*, a cura di M. Catenacci-V. N. D'Ascola-R. Rampioni, RomaTrE-Press, 2021, p. 1809

Rotunno I., *Il* whistleblowing: *criticità, soluzioni operative e prospettive*, in Bilancio e Revisione, n. 4/2020, p. 48

Ruggiero R. A., *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, Giappichelli, Torino, 2018

Ruggiero R. A., Non prosecution agreements *e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, in *Dir. pen. cont.*, 12 ottobre 2015

Ruggiero R. A., *Sospensione delle misure cautelari nei confronti dell'ente e adempimento parziale delle condotte riparatorie: quali soluzioni*?, in *Resp. amm. soc. enti*, 4/2017, p. 10

Ruggiero R. A., *Le condotte di collaborazione previste nel d.lgs. n. 231 del 2001*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 397

Ruta G., Sub *Art. 58*, in Aa.Vv., *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti (d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231)*, a cura di M. Levis-A. Perini, Zanichelli, 2014, p. 1182

Salafia V., *Costituzionalità del d.lgs. n. 231/01 e il disegno di legge per la sua parziale riforma* (nota a Cass., Sez. VI, 16 luglio 2010, n. 27735), in *Società* (Le), n. 10/2010, p. 1241

Salonia R.-Petrucci C.-Taddei S., Inserto *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e sistema disciplinare*, in *Dir. prat. lav*., n. 5 del 2005, p. III

Sandulli A., *L'illegittimità costituzionale della sanzione disciplinare «automatica»* (nota a Corte Cost., 21 gennaio 1999, n. 2), in *Giur. cost.*, 1999, p. 17

Santoriello C., *Il «rischio accettabile» nell'attività d'impresa e la costruzione del modello organizzativo*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2022, p. 21

Santoriello C., *Qualche precisazione (controcorrente) sulla nozione di elusione fraudolenta*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3/2018, p. 213

Santoriello C., *La procedura di archiviazione nel processo nei confronti degli enti collettivi*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3/2010, p. 141

Santoriello C., *La valutazione giudiziale del modello. Un esempio di come legge e cosa cerca il pubblico ministero nei modelli organizzativi*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2019, p. 193

Santoriello C., *Decreto "spazza-corrotti" e responsabilità da reato delle società: ovvero come tornare indietro di vent'anni nella prevenzione del reato nelle aziende*, in *Arch. pen.*, 1/2019, p. 1

Sartarelli S., Sub *Art. 11*, in Aa.Vv., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. n. 231/2001*, di A. Presutti-A. Bernasconi-C. Fiorio, Cedam, 2008, p. 179

Sartarelli S., Sub *Art. 12*, in Aa.Vv., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. n. 231/2001*, di A. Presutti-A. Bernasconi-C. Fiorio, Cedam, 2008, p. 188

Sarto V., *Indicazioni, suggerimenti e riflessioni sulle verifiche previste dal d.lgs. 231/2001, effettuate dall'OdV, sull'applicazione del modello organizzativo*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3/2017, p. 349

Sartori A., *La Cassazione estende ai dirigenti il principio di immodificabilità dei motivi del recesso* (nota a Cass. civ., Sez. lav., 13 maggio 2005, n. 10058), in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, p. 601

Savini I. A., *I flussi informativi quale strumento dell'attività*, in Aa.Vv., *L'Organismo di Vigilanza nel sistema 231*, a cura di E. Di Fiorino-C. Santoriello, Pacini Giuridica, 2021, p. 109

Sbisà F.-Spinelli E.-Fonsmorti M.-Seminara M., *La responsabilità amministrativa degli enti: origine, natura, principi e criteri di imputazione*, in Aa.Vv., *Responsabilità amministrativa degli enti (d. lgs. 231/01)*, a cura di F. Sbisà-E. Spinelli-Studio Legale Bonelli Erede *with* Lombardi, Wolters Kluwer, 2020, p. 1

Sbisà F.-Spinelli E.-Fonsmorti M.-Seminara M.-Faelli T., *Delitti tentati*, in Aa.Vv., *Responsabilità amministrativa degli enti (d. lgs. 231/01)*, a cura di F. Sbisà-E. Spinelli-Studio Legale Bonelli Erede *with* Lombardi, Wolters Kluwer, 2020, p. 274

Sbisà F.-Malnati E.-Sassi V., *Il procedimento a carico dell'ente*, in Aa.Vv., *Responsabilità amministrativa degli enti (D. lgs. 231/01)*, a cura di F. Sbisà, E. Spinelli, Studio Legale Bonelli Erede *with* Lombardi, Wolters Kluwer, 2020, p. 303

Scarcella A., *Il giudice non può condannare l'ente se omette qualsiasi accertamento sulla adozione e sulla idoneità del modello organizzativo*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2020, p. 303

Scoletta M. M., Sub *Art. 6 – profili penalistici*, in Aa.Vv., *Compliance - Responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di D. Castronuovo-G. De Simone-E. Ginevra-A. Lionzo-D. Negri-G. Varraso, Wolters Kluwer, I edizione, 2019, p. 132

Scoletta M. M., *La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi nel d.lgs. n. 231/2001*, in Aa.Vv., *Diritto penale delle società, Vol. I*, a cura di C. Canzio-L. D. Cerqua-L. Luparia, Cedam, 2014, p. 861

Scoletta M. M., *Il fischietto silente: ineffettività del whistleblowing e responsabilità da reato della corporation. Appunti e spunti per un approccio empirico alla colpa di organizzazione*, in Aa.Vv., *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità - Atti del I*

Convegno annuale del Dipartimento di Scienze giuridiche "Cesare Beccaria" - Milano, 18- 19 novembre 2019, a cura di A. Della Bella-S. Zorzetto, Giuffrè, 2020, p. 239

Selvaggi N., *La prevenzione e il controllo del reato attraverso la 'compliance': la prospettiva italiana nel contesto straniero e internazionale,* in *Rivista di* Corporate Governance, 3/2020, p. 393

Selvaggi N., *Tre temi sulla «riforma» della responsabilità da reato dell'ente*, in Aa.Vv. *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, a cura di R. Borsari, Padova UP, 2016, p. 35

Sereni A., *Colpa e cooperazione investigativa nella responsabilità dell'ente da reato. Un confronto tra ordinamenti nella prospettiva della globalizzazione,* in *Riv. trim. dir. pen. econ*., 3-4/2018, p. 620

Sereni A., *Collaborazione investigativa e riflessi sulla responsabilità dell'ente da reato,* in Aa.Vv., *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni anche in una comparazione con i sistemi sudamericani* (In memoria di Giuliano Vassalli), a cura di A. Fiorella-A. Gaito-A. Salvina Valenzano, Sapienza Università Editrice, 2018, p. 157

Sereni A., *L'ente guardiano. L'autorganizzazione del controllo penale*, Torino, 2016

Severino P., *Il sistema di responsabilità degli enti ex d.lgs. 231 del 2001: alcuni problemi aperti,* in Aa.Vv., *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di F. Centonze-M. Mantovani, Il Mulino, 2016, p. 73

Sfameni P., *La responsabilità delle persone giuridiche: fattispecie e disciplina dei Modelli di organizzazione, gestione e controllo,* in Aa.Vv. *Il nuovo diritto penale delle società – d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, a cura di A. Alessandri, Ipsoa, 2002, p. 65

Sfameni P., *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori ed organismo di vigilanza*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 154

Stalla G., *Reati societari presupposto della responsabilità amministrativa delle società: aspetti comuni e differenze rispetto alla disciplina fondamentale del d.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2006, p. 135

Stendardi D., *Disposizioni del d. lgs. 231/2001 a matrice riparativa e possibili intrecci con gli strumenti tipici della* restorative justice, in *Giurisprudenza penale web*, 2020, 4

Tombari U., *Governo societario,* compliance *e "indagini interne" nella s.p.a. quotata*, in Aa.Vv., *La* corporate compliance: *una nuova frontiera per il diritto?*, a cura di G. Rossi, Giuffré, 2017, p. 261

Tonini P., *La prova penale*, Cedam, IV edizione, 2000

Tonini P., *Il valore probatorio dei documenti contenenti dichiarazioni scritte*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 2212

Torre V., Sub *Art. 12 – profili penalistici*, in *Compliance - Responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di D. Castronuovo-G. De Simone-E. Ginevra-A. Lionzo-D. Negri-G. Varraso, Wolters Kluwer, I edizione, 2019, p. 380

Tosello F., *Sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello 231*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2010, p. 105

Travaglino G., *Licenziamento dei dirigenti di azienda e garanzie ex art. 7 Statuto dei lavoratori* (commento a Cass. civ. Sez. un., 30 marzo 2007, n. 7880), in *Corr. mer.*, n. 8-9, 2007, p. 1032

Treglia G., *Riconfermata l'applicabilità dell'art. 7 dello statuto dei lavoratori al licenziamento disciplinare del dirigente* (nota a Cass. civ., Sez. un., 30 marzo 2007, n. 7880), in *Lav. giur.*, 2007, p. 907

Tripodi A., *Situazione organizzativa e colpa di organizzazione: alcune riflessioni sulle nuove specificità del diritto penale dell'economia*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*. 2004, p. 483

Troyer L.-Ingrassia A., *Vi è una posizione di garanzia in capo ai membri dell'Organismo di Vigilanza? Spunti di riflessione*, in *Riv. dott. comm.*, 6/2008, p. 1266

Turco L., *Il valore probatorio nel dibattimento dei documenti contenenti dichiarazioni scritte*, in *Riv. pen.*, 1992, p. 819

Ubertis G., *Documenti e oralità nel nuovo processo penale*, in Aa.Vv., *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale. Studi in onore di G. Vassalli*, vol. II, Giuffrè, 1991

Uva C.-Gromis Di Trana V., *La sentenza del tribunale di Genova relativa al crollo della torre dei piloti: i principi espressi rispetto alla normativa d.lgs. 231/2001 – profili generali e specifici nell'ambito delle imprese armatoriali e relative peculiarità (commento a Trib. Genova, 15.5.2017, n. 2212)*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2018, p. 243

Vaciago C., *Indagini difensive dell'Ente e prove digitali: brevi cenni ai principi generali di* digital forensics, in *Resp. amm. soc. enti*, 2/2011, p. 27

Vaciago C., *Il ruolo dell'Organismo di Vigilanza tra prassi operativa e profili di responsabilità* in *Resp. amm. soc. enti*, 4/2017, p. 87

Valiani N., *Commento Art. 26 Delitti tentati*, in Aa.Vv., *Compliance - Responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di D. Castronuovo-G. De Simone-E. Ginevra-A. Lionzo-D. Negri-G. Varraso, Wolters Kluwer, I edizione, 2019, p. 735

Varraso G., *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Giuffrè, 2012

Vignoli F., Societas puniri potest: *profili critici di un'autonoma responsabilità dell'ente collettivo*, in *Dir. pen. e proc.*, 7/2004, p. 903

Viganò F., *Sub Art. 13*, in Aa. Vv., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. n. 231/2001*, di A. Presutti-A. Bernasconi-C. Fiorio, Cedam, 2008, p. 197

Villani E., *Alle radici del concetto di "colpa di organizzazione" nell'illecito dell'ente da reato*, Napoli, 2016

Vitaletti M., *Il lavoratore "segnalante" nell'impresa privata. Il perimetro della tutela del* "whistleblower", in *Dir. rel. ind.*, 2/2019, p. 492

Vizioli M., *Il licenziamento disciplinare del dirigente davanti alle Sezioni unite della Cassazione: una soluzione definitiva?* (nota a Cass. civ., Sez. un., 30 marzo 2007, n. 7880), in *Giur. it.*, n. 1, 2008, p. 70

Vizzardi M., Sub *Art. 17*, in Aa.Vv., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. n. 231/2001*, di A. Presutti-A. Bernasconi-C. Fiorio, Cedam, 2008, p. 218

Zarrella G., *Il sistema disciplinare nel D.Lgs. 231/2001: tra efficacia e difficoltà di concreta ed idonea attuazione*, in Aa.Vv., *Responsabilità degli enti: problematiche e prospettive di riforma a venti anni dal d. lgs. 231/2001*, fasc. monotematico *Giurisprudenza pen.*, 2021-1BIS, p. 165

Ziccardi G., *Scienze forensi e tecnologie informatiche: la* computer and network forensics, in *Inf. dir.*, XXXII annata, Vol. XV, 2006, n. 2, p. 103