CONSIGLIO NAZIONALE
DEI DOTTORI COMMERCIALISTI
E DEGLI ESPERTI CONTABILI

MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

Il Presidente

MM/COO/dt

Roma, 10 gennaio 2019

Informativa n. 2/2019

AI SIGNORI PRESIDENTI DEI CONSIGLI DEGLI ORDINI DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI

Oggetto: Documento "Principi consolidati per la redazione dei modelli organizzativi e l'attività dell'organismo di vigilanza, prospettive di revisione del d.lgs. 8 giugno 2001 n.231"

Caro Presidente

il Consiglio Nazionale nella seduta del 18 dicembre 2018 ha approvato il documento "Principi consolidati per la redazione dei modelli organizzativi e l'attività dell'organismo di vigilanza, prospettive di revisione del d.lgs. 8 giugno 2001 n.231" redatto congiuntamente ad ABI, Consiglio Nazionale Forense e Confindustria.

Il documento, che Ti allego, riprende la precedente pubblicazione del 2015 a cura del Consiglio Nazionale.

I principali aggiornamenti riguardano le modificazioni normative intervenute e le più recenti evoluzioni della *corporate governance* societaria con riferimento ai processi di controllo interno e di *risk management* volti a prevenire la commissione di determinati reati da parte dei soggetti apicali o dei dipendenti con conseguenze rilevanti anche sugli enti stessi, potenzialmente assoggettabili a sanzioni amministrative pecuniarie anche molto onerose e, in taluni casi, interdittive.

Il documento, posto in pubblica consultazione fino al 24 gennaio 2019, è consultabile sul sito web del Consiglio Nazionale; è possibile formulare commenti ed osservazioni entro la data indicata al seguente indirizzo mail: consultazione@commercialisti.it.

Cordiali saluti

Massimo Miani

Piazza della Repubblica, 59 – 00185 Roma – Tel. +39 06478631 – Fax +39 0647863349

Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili

ABI Associazione Bancaria Italiana

CNF Consiglio Nazionale Forense

CONFINDUSTRIA

DOCUMENTO

"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"

Dicembre 2018

A cura del Gruppo di Lavoro multidisciplinare sulla normativa relativa all'organismo di vigilanza

CONSIGLIERI NAZIONALI DELEGATI PER AREA

Diritto Societario
Massimo Scotton
Lorenzo Sirch

Economia degli Enti Locali
Davide Di Russo
Remigio Sequi

Sistemi di Amministrazione e controllo
Raffaele Marcello

COMPONENTI
Marcella Caradonna
Ernesto Devito
Alessandra Paganelli
Attilio Pisani
Luca Trabattoni
Paolo Vernero

ESPERTI

Confindustria
Antonio Matonti
Daniela Di Scenna

Associazione Bancaria Italiana
Francesca Palisi
Simona Nardi

Consiglio Nazionale Forense
Stefano Savi

RICERCATORI
Annalisa De Vivo
Roberto De Luca

Sommario

Introduzione: motivazioni e obiettivi del documento

Il D.Lgs. 231/2001 ha introdotto nell'ordinamento italiano un regime di responsabilità a carico delle persone giuridiche per la commissione di una serie di reati da parte dei soggetti apicali o dei dipendenti, con conseguenze rilevanti anche sugli stessi enti, potenzialmente assoggettabili a sanzioni amministrative pecuniarie anche molto onerose e, in taluni casi, interdittive.

L'impianto normativo, nato sulla scia di una tendenza internazionale diretta alla prevenzione e repressione della c.d. corporate criminality, è teso a stimolare la creazione di una struttura di corporate governance e di meccanismi di controllo che consentano alle imprese di mitigare il rischio di commissione degli illeciti previsti. Gli enti, infatti, possono essere esonerati dalla responsabilità prevista dal Decreto – evitando l'applicazione delle sanzioni – qualora dimostrino di aver adottato ed efficacemente attuato "modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire la commissione di reati della stessa specie di quello verificatosi".

La riforma del diritto societario del 2003[1]: ha elevato i principi di corretta amministrazione a clausola generale di comportamento degli amministratori (prima valevole solo per le società quotate): lo si rileva dall'obbligo specifico di vigilanza sul rispetto di tali principi in capo al collegio sindacale (art.2403 c.c.) e al consiglio di sorveglianza (art.2409-terdecies. comma 1, lett.c). La stessa riforma ha elevato il format degli "adeguati assetti organizzativi" (artt.2381 e 2403 c.c.) a canone necessario di organizzazione interna dell'impresa, sul piano gestionale – amministrativo – contabile quale:

- *strumento fondamentale di tracciabilità dei processi;*
- *criterio di valutazione di responsabilità di amministratori, dirigenti, organi preposti al controllo.*

Le tecniche aziendalistiche escono quindi dalla sfera della best practice riferibile alle regole della organizzazione aziendale[2] ed assurgono a regola generale di diritto comune.

In tema di adeguati assetti organizzativi, si può oggi affermare che i Modelli Organizzativi ex D.lgs 231/2001 sono ormai ascritti sistematicamente a quelle norme del diritto societario (ed in particolare al terzo ed al quinto comma dell'art. 2381 c.c. ed all'art. 2403 c.c.) che sanciscono il principio di "adeguatezza nel governo societario".

---

[1] In particolare vedasi artt. 2381, 2403, 2403-bis,2409-terdecies c.c.

[2] Che, in precedenza poteva - al più - trovare rilievo giuridico attraverso la clausola generale della diligenza (art. 1176 c.c., cosiddetta diligenza del buon padre di famiglia).

A conferma di ciò si pone la politica di molte Pubbliche Amministrazioni ed Enti Locali che richiedono l'adozione di "modelli 231" quale condicio sine qua non per coloro che intendono convenzionarsi o addivenire alla contrattazione con le stesse. Vi è dunque una evidente tendenza delle Istituzioni a rendere l'adozione del modello 231, di fatto, un requisito indispensabile per l'accesso delle aziende al mercato. Tale tendenza è ulteriormente rafforzata, dall'applicazione della normativa anticorruzione (L. 190/2012). Tutta la disciplina «anticorruzione», così come il conseguente intervento regolamentare e sanzionatorio dell'ANAC, si inseriscono nella prospettiva della «prevenzione mediante organizzazione».

D'altra parte non può non evidenziarsi che anche nel settore privato la corporate social responsibility, soprattutto nei gruppi multinazionali, induce sempre più all'assunzione di Codici etici di gruppo e ai compliance programs per le singole società. In tale ambito sta diventando sempre più centrale il tema del «danno reputazionale». Sta, così, gradualmente diventando un sostanziale connotato di obbligo a carico di società ed enti dotarsi di un adeguato assetto organizzativo, idoneo ad evitare la commissione, da parte dei loro amministratori e sottoposti, di reati suscettibili di arrecare danno ai terzi.

Il D.Lgs. 231/2001 introduce una tecnica di controllo della criminalità di impresa del tutto nuova, che affida all'organo giudicante una valutazione dell'adeguatezza organizzativa dell'ente.

Si evidenzia che anche gli enti la cui attività non sia ancora espressamente vincolata alla conformazione alla norma, possano oggi trovare stimolanti motivazioni nelle pronunce della giurisprudenza di merito, la quale, ha già avuto modo di esprimersi ritenendo la sussistenza di uno specifico dovere in capo all'amministratore alla attivazione di quanto disposto dal D.Lgs 231/2001[3].

Nel corso degli anni, tuttavia, non poche criticità sono emerse nell'interpretazione e nell'applicazione della normativa, soprattutto in relazione alle numerose pronunce giurisprudenziali, che soltanto in pochissimi casi hanno effettivamente riconosciuto una valenza esimente ai modelli organizzativi adottati, evitando la comminazione di sanzioni a carico delle società coinvolte nei procedimenti giudiziari. Un simile trend non ha consentito la diffusione di un approccio pro-attivo nei confronti della normativa e dell'adozione dei modelli da parte delle imprese, che in molte circostanze hanno "vissuto" la conformità al Decreto come un aggravio di oneri non associati ad alcun concreto beneficio. Tale aspetto deve essere considerato alla luce di un altro rilevante profilo di criticità ad esso strettamente connesso,

[3] Ad esempio il Tribunale di Milano, con la sentenza del 13 febbraio 2008, n. 1774, ha ravvisato la sussistenza di una responsabilità per inadeguata attività amministrativa legittimante un'azione di responsabilità ex art. 2392 c.c. ed ha, per l'effetto, riconosciuto l'insorgenza dell'obbligazione risarcitoria in capo al medesimo.

vale a dire la sostanziale inversione dell'onere della prova prevista in alcune circostanze dal D.Lgs. 231/2001, che rischia di costituire un vulnus per l'intero impianto normativo.

Per una maggiore diffusione di una cultura d'impresa che accolga in maniera positiva gli obiettivi di rafforzamento dei meccanismi di corporate governance e gestione dei rischi, oltre che di promozione di logiche gestionali che tengano conto delle sempre più impellenti esigenze connesse alla corporate social responsibility (si ricordi il legame creato tra questa ultima tematica e il D.Lgs. 231/2001 attraverso la Dichiarazione non Finanziaria introdotta con il D.Lgs. 254/2016), è necessario dunque agire in più direzioni: se, da un lato, emerge con sempre maggiore urgenza il tema di modifiche degli aspetti "procedurali" della normativa, dall'altro è opportuno che il Legislatore preveda meccanismi premiali e assicuri maggiore chiarezza delle regole, così da stimolare la diffusione – soprattutto nelle imprese di minori dimensioni – della cultura dei controlli e della prevenzione dai rischi, anche attraverso l'adozione dei Modelli organizzativi previsti dal Decreto.

Un ulteriore profilo di criticità emerso nel corso degli anni riguarda l'Organismo di Vigilanza, in relazione alla sua composizione, ai requisiti da rispettare, ai rapporti con gli altri organi di controllo e alle ulteriori funzioni che, in base ad alcuni recenti provvedimenti regolamentari, possono essergli assegnati.

*****

Il presente documento rappresenta una prosecuzione ideale di un percorso, avviato da qualche tempo dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili e dalla Fondazione Nazionale Commercialisti, che in passato hanno già esaminato alcune delle tematiche esposte, nato proprio dall'esigenza di offrire una risposta di categoria alle istanze dei molti colleghi che sono impegnati in questa area sia come consulenti, sia come componenti di collegi sindacali e di organismi di vigilanza, sia infine come consulenti tecnici nella valutazione di idoneità dei modelli organizzativi in sede giudiziaria.

Il lavoro, tuttavia, intende fare luce sulle problematiche esposte adottando un approccio costruttivo e più ampio, testimoniato dalla volontà del CNDCEC di aprirsi a collaborazioni con organizzazioni esterne (ABI, Confindustria, Consiglio Nazionale Forense)[4], attraverso la creazione di un Gruppo di Lavoro interdisciplinare. Il coinvolgimento di diversi stakeholders attribuisce maggiore autorevolezza alle indicazioni e ai principi contenuti nel presente elaborato, che, valorizzando le esperienze e le sensibilità

[4] Si ricordano al riguardo i **Protocolli d'intesa** sottoscritti nel 2017 tra il CNDCEC e le altre Associazioni facenti parte del Gruppo di lavoro, attraverso i quali è stata promossa la costituzione di Tavoli su tematiche di comune interesse, tra cui certamente rientra la materia 231.

delle diverse componenti del Gruppo, si colloca su un piano di analisi più alto di quello fatto proprio dalle Linee Guida e dai principi tempo per tempo diffusi da ciascuna delle citate organizzazioni, Linee Guida e principi la cui perdurante valenza nei confronti dei soggetti che ne sono destinatari rappresenta il presupposto fondante di questa collaborazione.

Attraverso un approccio comune e una fruttuosa convergenza di interessi tra i vari soggetti coinvolti, infatti, il documento fornisce spunti importanti per la definizione di principi da seguire per la predisposizione dei Modelli organizzativi ex D.Lgs. 231/2001 da parte delle imprese, per l'individuazione di norme di comportamento dei componenti degli Organismi di Vigilanza e per l'elaborazione di alcune proposte di modifiche normative in relazione alle maggiori criticità emerse.

1. L'elaborazione dei modelli organizzativi

L'ampio catalogo dei reati-presupposto, nonchè la complessa struttura del D.Lgs. 231/2001, che associa elementi di carattere eminentemente giuridico-penale ad altri di natura aziendalistica, impongono necessariamente un concorso di competenze ampie ed eterogenee ai fini della corretta implementazione del modello di organizzazione, gestione e controllo (di seguito, anche "Modello" o "MOG") previsto dalla norma. Da tale considerazione emerge l'opportunità che le relative attività vengano svolte da un *team* di lavoro (composto da figure interne e/o esterne all'ente), al fine di armonizzare al meglio le competenze specifiche di ciascun componente e, conseguentemente, massimizzare il risultato in termini di maggiore garanzia di tenuta e di efficacia del Modello.
Come si approfondirà meglio di seguito, sulla base del tenore letterale delle norme contenute negli artt. 6 e 7 del D.Lgs. 231/2001, affinchè un modello risulti idoneo, è necessario:

- "individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi i reati" contemplati dalla norma;
- "prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire", che rappresentino dunque delle contromisure rispetto alle criticità e ai profili di rischio individuati;
- "individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie", al fine di mitigare il rischio di commissione di alcuni illeciti, con particolare riferimento ai reati di corruzione;
- affidare il compito di vigilare sul funzionamento, l'osservanza e l'aggiornamento del Modello ad un organismo, nei confronti del quale è necessario prevedere specifici obblighi di informazione;
- "introdurre un Sistema Disciplinare" in grado di sanzionare il mancato rispetto delle misure organizzative previste dal MOG.

Gli elementi connessi all'elaborazione del Modello saranno analizzati e approfonditi nel prosieguo del lavoro, all'interno del quale si evidenzieranno gli aspetti metodologici maggiormente significativi, i principi generali e specifici da seguire, le componenti relative all'efficace attuazione del MOG e le sue caratteristiche nell'ambito delle società a partecipazione pubblica.

1.1.La costruzione del Modello: elementi metodologici

La costruzione di un Modello organizzativo che possa essere considerato idoneo rappresenta un procedimento complesso, che richiede diverse attività, le quali dovranno essere svolte tenendo conto degli obiettivi sopra richiamati e dei principi di seguito esplicitati. Pur non essendo possibile scindere tali attività e ordinarle cronologicamente in maniera netta e ben definita, di seguito si dà evidenza delle fasi e delle attività principali che si ritiene costituiscano parte essenziale per l'elaborazione di un Modello idoneo.
Lo svolgimento di alcune delle attività in questione si fonda in maniera consistente su principi più generali di *corporate governance* e valutazione dei rischi (*risk assessment*), da adottare in una specifica "ottica 231", così che tutte le operazioni siano finalizzate e impostate in base ai criteri del Decreto e alle relative esigenze di tutela dell'Ente: soprattutto per ciò che concerne l'analisi dei rischi, infatti, essa deve essere reinterpretata traslando la prospettiva di analisi dai pericoli inerenti alla mera efficacia ed efficienza delle *operations* alla possibilità di commissione di uno dei reati contenuti nel catalogo definito dalla norma. L'orientamento alla logica del Decreto richiede che siano sottoposte a valutazione tutte le

strutture aziendali in relazione agli elementi che possono dare luogo alla responsabilità prevista dal D.Lgs. 231/2001, con l'obiettivo di individuare le possibilità di commissione di un eventuale illecito e, quindi, di integrare uno dei reati specificamente richiamati, commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente: tale ultimo aspetto, oltre ad essere menzionato espressamente dal dettato normativo, è stato confermato in maniera esplicita anche dalla giurisprudenza[5]. Al di fuori dello specifico ambito del D.Lgs. 231/2001, il ripensamento dei modelli di gestione aziendale, affinché gli stessi tengano opportunamente conto dei rischi, oltre che dei vincoli legislativi, è stato fortemente sentito dalle imprese in ambito internazionale, soprattutto a seguito di alcune importanti crisi aziendali avvenute a seguito di una carente valutazione e controllo di specifici ambiti di rischio.
Il riferimento metodologico è al CoSO Report emesso nel 1992 in materia di "Sistemi di Controllo Interno" e all'ERM (*Enterprise Risk Management*) emesso nel 2004 in materia di gestione dei rischi, e successivi aggiornamenti. I citati documenti sono stati redatti dal Committe of Sponsoring Organisation (CoSO) of Tradeway Commission che ha predisposto varie linee guida finalizzate a permettere una efficace ed efficiente gestione integrata dei rischi di impresa. La comprensione del rischio aziendale e le sue ripercussioni nei processi di business risultano dunque fondamentali per la predisposizione di misure adeguate di contenimento o di annullamento dei medesimi.
Di seguito viene proposta una sequenza di fasi attraverso le quali può essere data concreta attuazione al predetto processo, di norma coordinato dallo stesso Organismo di Vigilanza nominato dal Consiglio di Amministrazione della Società se non effettuato direttamente dallo stesso.

Check up aziendale

Ai fini dell'implementazione del Modello organizzativo *ex* D.Lgs. 231/2001, risulta imprescindibile effettuare, in via preliminare, un'attività di *check up* che consenta di pervenire ad un sufficiente grado di conoscenza generale dell'Ente, allo scopo di individuare gli aspetti che saranno oggetto di approfondimento e di specifico esame nelle fasi successive. In particolare, l'analisi in questione, volta all'acquisizione della documentazione necessaria, nonché ad una prima individuazione delle attività sensibili e dei fattori di rischio, dovrebbe riguardare i seguenti elementi:

- documentazione rappresentativa e descrittiva della struttura organizzativa, della corporate governance, dei dati dimensionali, del tipo di attività svolta e delle aree di business,
- nel caso di Gruppi Societari, informazioni che precisino il ruolo della Società nell'ambito del Gruppo e i rapporti della medesima Società con le altre *legal entity*, soprattutto per i processi distributivi o per le attività in *outsourcing*. In particolare va verificata la presenza di contratti che regolino i rapporti intragruppo e le responsabilità di ogni compagine societaria;
- codici etici e di comportamento, norme di autodisciplina, "compliance programme" che costituiscono la codificazione dei valori e delle regole dell'Ente.

E' opportuno che le sessioni di lavoro per l'acquisizione del materiale e delle informazioni predette siano tracciate in verbali o note condivise con il management incontrato o intervistato. Verrà quindi colta sia

[5] Cass. Pen., 15 ottobre 2012, n. 40380.

l'opportunità di tracciare e comprovare il lavoro svolto che di fornire utili supporti a carattere formativo inerenti ai rischi aziendali in ambito D.Lgs. 231/2001 verso i responsabili delle strutture oggetto di *assessment*.

Risk assessment in ottica 231

La mappatura dei rischi nei processi aziendali consente di individuare, con particolare dettaglio, i comportamenti maggiormente a rischio da cui possa discendere, nel caso di illecito commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente, la responsabilità amministrativa trattata dal D.Lgs. 231/2001. Il processo, che risulta essere propedeutico alla costruzione del Modello, indirizza anche continue azioni di miglioramento e di rafforzamento delle misure preventive alla commissione dei reati di ambito "D.Lgs. 231/2001", in quanto necessita di una costante attività di *follow-up* e aggiornamento.
Volendo fornire indicazioni di massima relative agli scopi e alle fasi di cui si compone il processo di "Risk Assessment 231/2001", si deve provvedere a identificare, attraverso analisi documentali e incontri con i responsabili delle strutture:

- le aree a rischio di potenziale commissione dei reati;
- le fattispecie di reato astrattamente applicabili e le modalità di commissione relative alla specifica attività;
- i controlli esistenti;
- le eventuali aree di miglioramento;
- i suggerimenti per il superamento delle aree di miglioramento identificate.

Particolarmente precisa dovrà essere la descrizione, anche riferita a procedure esistenti, dei punti di controllo specifici, in quanto consentono di fornire un sufficiente controllo preventivo di "comportamenti a rischio reato" notevolmente estesisi in questi anni. Il Legislatore, rispetto alla poche fattispecie penali rilevanti in ambito di responsabilità amministrativa degli enti normati al momento della emanazione del decreto nel 2001, ha progressivamente integrato il cosiddetto "catalogo", intervenendo sugli articoli 24 e 25 del D.Lgs. 231/2001, giungendo ad oltre n. 150 illeciti considerati attualmente.
In estrema sintesi, lo scopo di questa attività, è quello di accertare la presenza ed il funzionamento di opportuni presidi che possano garantire la conformità dell'attività svolta alla normativa vigente in materia di responsabilità amministrativa degli enti. In particolare, è opportuno verificare, a titolo esemplificativo, la presenza di:

- regole formali che definiscono i ruoli e le responsabilità relative ai processi analizzati oltre che opportune modalità di tracciabilità e ricostruzione dei processi decisionali;
- principi di comportamento e azioni di controllo sulle attività svolte tali da prevenire comportamenti a rischio in ambito 231/2001;
- policy aziendali di gestione e prevenzione dei conflitti di interessi;
- procedure di controllo ad ogni livello operativo;
- predisposizione di sistemi informativi per l'intercettazione di anomalie;
- registrazione di ogni fatto di gestione con adeguato grado di dettaglio;
- procedure formalizzate per la gestione delle risorse finanziarie;

- deleghe specifiche formalizzate;
- procedure formalizzate per la redazione dei contratti;
- eventuali avvenimenti passati in cui si sono già verificati casi di reati o comunque eventi critici.

Il rischio può essere analizzato sulla base di due componenti fondamentali, che ne consentono una valutazione e orientano le attività di *risk mitigation* da porre in essere:

- la probabilità che l'illecito possa effettivamente verificarsi;
- le conseguenze e l'impatto dell'evento[6];

dalla connessione delle quali emerge l'esposizione al rischio, rappresentata dall'interrelazione tra la probabilità che il rischio si concretizzi e il suo impatto potenziale sull'Ente.
Per quanto riguarda la valutazione del sistema di controllo interno e del livello dei rischi a cui si è esposti, giova sottolineare come la capacità di effettuare tali attività dipenda anche in larga parte dalla natura dell'ente e dal settore di riferimento. Le banche, ad esempio, già da molti anni si uniformano alle regole in materia di *Risk Assessment* e di *Audit* dettate in sede europea e nazionale, e che rivestono importanza fondamentale nella loro operatività, in confronto ad ambienti ove tali metodologie non presentano la medesima rilevanza per la misurazione e il controllo dei rischi.

Individuazione della soglia di rischio accettabile e gap analysis

La valutazione dell'adeguatezza del sistema di controllo interno esistente deve essere esaminata in relazione al livello auspicabile e ritenuto ottimale di efficacia ed efficienza di protocolli e standard di controllo. La valutazione in questione (*gap analysis*) e le attività conseguenti si estrinsecano, dunque, nell'adeguamento dei meccanismi di controllo esistenti alla prevenzione delle fattispecie di rischio individuate.
Nella definizione o miglioramento delle procedure è opportuno far riferimento al concetto di *risk appetite*, che andrà stabilito in relazione alla probabilità di commissione del reato e ai potenziali oneri che ne conseguirebbero: ai fini della valutazione del "rischio accettabile", per i reati presupposto per i quali è stato valutato che non vi siano attività a rischio o che lo stesso sia molto limitato, è possibile non effettuare interventi correttivi o porli in essere con priorità subordinata rispetto alle attività realizzare per le attività e i processi maggiormente più a rischio.
Per quanto riguarda l'intensità e la pervasività dei controlli, al fine di evitare di appesantire le attività operative dell'ente attraverso l'istituzione di procedure eccessivamente rigide che avrebbero l'effetto di rallentarne il regolare svolgimento, è necessario utilizzare come riferimento il generale principio, invocabile anche nel diritto penale, dell'esigibilità concreta del comportamento, sintetizzato dal brocardo latino "ad impossibilia nemo tenetur": in ottica 231, anche in base al tenore letterale della norma[7], in relazione ai presidi ed ai controlli da istituire per fronteggiare il rischio di commissione delle

[6] In ambito 231, per definire l'impatto connesso alla commissione di un reato, tra i fattori principali da tenere in considerazione rientrano certamente le sanzioni potenzialmente comminabili all'ente, sia di tipo pecuniario che interdittivo.
[7] Il Decreto, tra le condizioni esimenti dalla responsabilità dell'Ente, cita la fattispecie in cui "le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione" (art. 6, co. 1, lett. c).

fattispecie di reato previste, la soglia concettuale di accettabilità è rappresentata da un sistema di prevenzione tale da poter essere eluso solo fraudolentemente[8].
La determinazione della soglia di tolleranza al rischio, dunque, si configura come un'operazione fondamentale ai fini dell'implementazione del Modello e delle azioni di *risk response* da mettere in campo: solo se il livello di rischio verificato è considerato superiore a quello accettabile, sarà necessario intervenire attraverso operazioni di *risk reduction/risk mitigation*, realizzando appositi protocolli e meccanismi di prevenzione.

1.2.Principi generali per l'elaborazione del Modello

In seguito alla dovuta premessa metodologica fin qui elaborata, è opportuno illustrare i principi generali cui ci si dovrebbe ispirare nello sviluppo del Modello organizzativo, al fine di inquadrare al meglio gli obiettivi da perseguire, il perimetro applicativo, l'intensità dei controlli e tutti gli aspetti più rilevanti.

Specificità

Come rilevato finora, pur disponendo di riferimenti dottrinali, linee guida, *best practices* e standard internazionali, non è possibile definire un unico percorso che possa garantire l'idoneità e la conseguente validità esimente dei Modelli.
Di conseguenza, le attività di analisi e i meccanismi di gestione del rischio meglio approfonditi di seguito dovranno essere elaborati e integrati tra loro secondo un approccio peculiare per l'organizzazione[9], avendo riguardo al sistema di controllo interno esistente, nonchè alle aree e ai processi "sensibili[10]. È opportuno fare riferimento al principio in questione anche in relazione, ad esempio, ai gruppi di imprese, laddove ogni società, essendo un soggetto giuridico autonomo, dovrà adottare un proprio Modello che abbia riguardo delle caratteristiche organizzative e delle attività operative svolte da ciascun Ente del gruppo stesso. Tale onere grava in maniera particolare sulle società capogruppo, che possono essere chiamate a rispondere per illeciti compiuti dalle controllate laddove ne traggano un beneficio o un vantaggio[11].

---

[8] Sul punto si è espressa anche la giurisprudenza, talvolta in modo non del tutto chiaro. Per esempio, la Cassazione (V sez. pen., sentenza n. 4677 del 2014) dopo aver stabilito che "l'uso dell'avverbio 'fraudolentemente' sta evidentemente a indicare, non un complesso intreccio di artifici e raggiri in danno del modello organizzativo e gestionale, ma la violazione di doveri da parte degli organi societari e - dunque - un abuso di poteri", ha poi precisato che "la frode neppure può consistere nella mera violazione delle prescrizioni contenute nel modello", dovendo essere determinata da un aggiramento delle 'misure di sicurezza' idoneo a forzarne l'efficacia".

[9] Sul punto la giurisprudenza (*ex multis* Ordinanza cautelare – GIP Milano del 9 novembre 2004) è stata molto esplicita, laddove ha stabilito che "Il Modello deve essere adottato partendo da una mappatura dei rischi di reato specifica ed esaustiva e non meramente descrittiva o ripetitiva del dettato normativo" e che lo stesso deve contenere "protocolli e procedure specifici e concreti".

[10] Lo stesso dettato letterale (art. 6) prevede che i modelli di organizzazione, gestione e controllo, per essere considerati efficaci, debbano "prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire".

[11] Si veda, *ex multis*, Corte di Cassazione, Sez. II Penale, sentenza 9 dicembre 2016, n. 52316: in tale pronuncia la Corte afferma che affinchè sussista la responsabilità della capogruppo è altresì necessario il concorso tra l'apicale/subordinato appartenente alla società controllante e l'apicale/subordinato della società controllata.

Adeguatezza

Il principio in esame risulta di particolare interesse, poiché è su questo parametro che viene valutata la correttezza del Modello ai fini della definizione della responsabilità amministrativa dell'Ente al verificarsi di un evento. In linea generale, un Modello appare adeguato quando dimostra la sua reale capacità di prevenire i comportamenti non voluti. Il concetto di adeguatezza attiene ad entrambe le fasi dell'adozione e dell'attuazione del Modello. Anche in questo caso, utili indicazioni provengono dalla giurisprudenza, la quale ha individuato alcune prerogative che lo stesso deve rispettare per essere ritenuto "adeguato" e idoneo ai dettami del D.Lgs. 231/2001, in relazione alle esigenze in precedenza sottolineate, ad esempio, in via esemplificativa e non esaustiva:

- espressa indicazione nel Modello delle fattispecie illecite rispetto alle quali l'esposizione della società risultata particolarmente sensibile e quelle per le quali si ritiene trascurabile;
- opportuno bilanciamento tra presidi esplicitati nel Modello e rinvio all'impianto documentale esistente (soprattutto per quelle procedure ove siano dettagliati opportuni processi di controllo), al fine di garantire un idoneo livello di dettaglio nell'illustrazione delle cautele adottate dall'Ente al fine di prevenire il potenziale rischio di commissione dei reati presupposto;
- protocolli/divieti presenti nel MOG e richiamo a procedure e regolamenti;
- coordinamento, con riferimento ai reati previsti nel Modello, tra i controlli di linea di primo livello (insiti nelle procedure operative), di secondo livello (*compliance*, *risk management*, antiriciclaggio, ove applicabile) e di terzo livello (Internal Audit o Revisione Interna) previsti dal Modello e le procedure cui lo stesso rinvia;
- coordinamento e integrazione del Modello con gli altri sistemi di gestione e controllo aziendale, con conseguente adeguamento dei suoi contenuti alla specifica realtà operativa di riferimento ai fini della concreta applicabilità delle prescrizioni in esso contenute.

Attuabilità e condivisione

In linea con il principio di specificità sopra richiamato, è essenziale che i protocolli e le misure organizzative siano effettivamente e concretamente attuabili in riferimento alla struttura dell'Ente e ai suoi processi operativi. Per tali ragioni, risulta quindi necessario il pieno coinvolgimento dei responsabili delle strutture per la definizione dei presidi che dovranno concordare sulle modalità di attuazione. In quest'ottica, diventa di assoluto rilievo la programmazione di percorsi informativi e formativi idonei a consentire il rispetto del principio di condivisione (*infra*) e di diffusione del MOG.

Efficienza

Il sistema realizzato deve rispondere anche ad un principio di efficienza, inteso come coerenza fra le caratteristiche dell'Ente e la complessità del Modello, con particolare riferimento alla sostenibilità in termini economico-finanziari e, soprattutto, organizzativi.

Dinamicità

Come tutti i sistemi di controllo interno e gli ordinari strumenti di *risk management*, anche il Modello e tutta la documentazione ad esso attinente, devono essere oggetto di una costante attività di verifica e aggiornamento, che si concretizza in un'analisi periodica e/o continuativa dell'efficacia e dell'efficienza

del disegno dei controlli interni e dell'effettiva operatività degli stessi, al fine di accertare che operino secondo gli obiettivi prefissati e che siano adeguati rispetto a eventuali cambiamenti della realtà operativa.
Una simile esigenza è confermata anche dal tenore letterale della norma, che all'art. 7, comma 4, ai fini dell'efficace attuazione del Modello sopra menzionata, richiede "una verifica periodica e l´eventuale modifica dello stesso […] quando intervengono mutamenti nell´organizzazione o nell´attività" dell'Ente[12]. Ne consegue che qualsiasi significativa variazione nella struttura organizzativa e operativa dovrà generare un adeguamento dei meccanismi di prevenzione alle differenti condizioni sopravvenute. Particolare attenzione dovrà essere conferita alle attività di aggiornamento qualora nascano nuove tipologie di illecito da cui possa discendere la responsabilità di cui al D.Lgs. 231/2001, in quanto si tratterà nuovamente di verificare l'esposizione effettiva al rischio di commissione dei nuovi reati per i processi operativi dell'Ente[13].

Unità

Il Modello organizzativo deve essere sviluppato procedendo a una valutazione dei rischi e dei processi sensibili che abbracci l'intera organizzazione dell'Ente, nella consapevolezza che, pur nell'analisi particolare delle singole aree di rischio, è necessario che l'organizzazione nella sua interezza sia coinvolta, anche al fine della creazione di una cultura fondata su valori condivisi, che trovano, poi, formalizzazione nel codice etico (documento richiesto non solo sotto il profilo formale, ma anche di assoluta valenza sotto il profilo sostanziale). La diffusione nell'Ente dei principi stabiliti nel Modello, anche e soprattutto attraverso l'esempio degli organi direttivi, garantisce l'attenzione al rispetto delle regole da parte di tutti coloro che lavorano per e con l'Ente stesso.

Coerenza

L'elaborazione del Modello deve mostrare una coerenza di fondo fra i risultati dell'attività di *risk assessment*, i protocolli di prevenzione stabiliti, i principi enunciati nel Codice Etico, le sanzioni previste dal Sistema Disciplinare e la documentazione predisposta. La coerenza interna implica:

- in sede preventiva, che gli strumenti, le procedure e tutto quanto previsto a livello organizzativo finanziario ed economico siano in linea e conseguenti alla pianificazione ed alle strategie dell'Ente;
- in sede di gestione, che le decisioni e gli atti non siano in contrasto con gli indirizzi e gli obiettivi indicati nel Modello 231/2001 e non pregiudichino il controllo e il contenimento dei rischi provenienti dalla "responsabilità amministrativa";
- in sede di verifica, che sia rilevato e motivato l'eventuale scostamento fra risultati ottenuti e quelli attesi.

[12] Un simile approccio, come confermato dalla giurisprudenza (ad esempio, Tribunale di Bari, Ordinanza del 18 aprile 2005), impone attenzione al requisito della validità del Modello nel tempo, in quanto l'attività di controllo è "parallela all'evolversi ed al modificarsi della struttura del rischio di commissione di illeciti".
[13] Si veda, a tale proposito, anche la Circolare n. 83607 del 19/03/2012 emanata dal Comando Centrale della Guardia di Finanza.

Qualora fossero evidenziate delle carenze del Modello dovranno essere indirizzate le azioni di rafforzamento e l'Organismo dovrà vigilare sulla loro effettiva realizzazione.

Neutralità

Pur in presenza di inevitabili profili soggettivi e discrezionali di valutazione, la redazione del Modello dovrà essere basata su criteri di neutralità, al fine di non far venir meno l'imparzialità, la ragionevolezza e la verificabilità. A tal proposito, è necessario che i soggetti incaricati della definizione delle procedure di controllo abbiano un adeguato grado di indipendenza, soprattutto nel rilevare eventuali carenze organizzative e le aree di rischio su cui intervenire strutturando gli opportuni meccanismi preventivi.

1.3. Principi specifici per l'elaborazione del Modello: procedure e meccanismi di prevenzione

In base a quanto finora esplicitato, ai fini della redazione del Modello sarà necessario quantomeno aggiornare e orientare i presidi esistenti in "ottica 231", ovvero modificarli e renderli più coerenti rispetto alla soglia di rischio accettabile e al rischio residuo di commissione dei reati determinato nelle fasi di valutazione dello stato attuale dei controlli. A tale scopo sarà opportuno tenere conto, oltre che degli elementi generali fin qui analizzati, di alcuni principi specifici che orientino concretamente l'attività di elaborazione del Modello e agevolino la sua attuazione, rendendolo aderente alla realtà organizzativa e operativa dell'Ente.

Integrazione tra Modello 231 e altri sistemi aziendali di gestione e controllo

Un corretto processo di definizione del Modello 231 richiede la verifica preliminare di quali siano i sistemi aziendali di gestione e controllo presenti, le certificazioni già esistenti e di valutarne l'effettivo funzionamento. L'importanza di una simile attività è cresciuta nel corso del tempo, atteso che il richiamato ampliamento del catalogo dei reati ha portato all'inclusione nel perimetro applicativo della norma, ad esempio, degli illeciti relativi a salute e sicurezza sul lavoro e dei reati ambientali, le cui procedure sono spesso oggetto di certificazioni (si pensi a quelle elaborate sulla base degli standard ISO). Allo stato attuale dell'elenco degli illeciti che compongono il cosiddetto "catalogo" dei rischi-231, si propone un elenco dei modelli e delle certificazioni aziendali che, se già implementati, possono fornire un significativo contributo alla individuazione e al controllo dei comportamenti rilevanti ai fini 231/2001 ed individuati come caratterizzanti dei processi aziendali:

- Modello 81/2008 relativo alla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro;
- Modello di supporto alle funzioni del Dirigente Preposto L. 262/2005 (per gli Enti quotati);
- per i destinatari della normativa di cui al D.Lgs. 231/2007 l'impianto organizzativo ai fini Antiriciclaggio;
- certificazioni in ambito anticorruzione (ISO 37001);
- modelli conformi alle certificazioni aziendali in campo ambientale (ISO 14001);
- certificazione OHSAS, 18001 che rafforza e certifica il funzionamento dei presidi in ambito salute e sicurezza nei luoghi di lavoro;
- sistemi di gestione della sicurezza delle informazioni (ISO 27001).

Nel momento in cui dovessero già essere presenti meccanismi di prevenzione e procedure formalizzate, sarà dunque necessario integrarli con i protocolli da realizzare e attuare in ottica 231. Giova ribadire, a tale proposito, come i sistemi di gestione e controllo già presenti, con relative certificazioni, non possano configurarsi come strumenti sostitutivi del Modello 231 ai fini dell'esonero dalla responsabilità ivi prevista, come stabilito in alcuni casi anche dalla giurisprudenza. Si pensi, ad esempio, al tema relativo agli adempimenti previsti dal D.Lgs. 81/2008 in relazione a salute e sicurezza sul lavoro, riguardo al quale è stato da più parti evidenziato come i documenti di valutazione dei rischi redatti ai sensi degli artt. 26 (DUVRI) e 28 (DVR):

- non sono equiparabili al Modello organizzativo e gestionale di cui al D.Lgs. 231/2001;
- non assicurano l'efficacia esimente di cui agli artt. 6 e 7 del Decreto.

Anche la giurisprudenza ha evidenziato come il Modello organizzativo introdotto dal Decreto 231 rappresenti in realtà un sistema di organizzazione e controllo diverso e ulteriore rispetto a quello previsto dalla normativa antinfortunistica, al fine di poter eccepire la validità della clausola esimente e non incorrere, conseguentemente, nella responsabilità amministrativa[14], pur attribuendo in ogni caso un rilievo significativo anche in ottica 231 alla presenza, all'interno dell'azienda, di presidi di prevenzione strutturati in base al dettato del D.Lgs. 81/2008[15].
Di conseguenza, rispetto alle prescrizioni del D.Lgs. 81/2008 e alle procedure certificate da sistemi quali OHSAS 18001, attraverso l'adozione del Modello l'analisi dei rischi si amplia, spostandosi dal solo ciclo produttivo all'intero processo decisionale finalizzato alla prevenzione, individuando altresì le procedure gestionali e finanziarie necessarie per mitigare e attutire i rischi. Una simile impostazione è confermata, in realtà, dallo stesso tenore letterale dell'art. 30 del Testo Unico sulla Sicurezza, laddove si richiede che il Modello organizzativo, in relazione alla natura e dimensioni dell'organizzazione e al tipo di attività svolta, debba prevedere "un'articolazione di funzioni che assicuri le competenze tecniche e i poteri necessari per la verifica, valutazione, gestione e controllo del rischio". Va da sé, in ogni caso, che l'integrazione tra i due modelli è possibile – anzi auspicabile e necessaria – al fine di ottimizzare gli sforzi dell'azienda in chiave di prevenzione dei rischi. In tal modo, un Ente potrà disporre di un sistema di

---

[14] "i documenti di valutazione dei rischi redatti [...] ai sensi degli artt. 26 e 28 del D.Lgs. 81/2008 non potrebbero in ogni caso assumere valenza nella direzione dell'art. 6 […]. Non a caso, mentre i documenti presentati dalla difesa sono stati redatti a mente degli artt. 26 e 28 del T.U.S., il modello di organizzazione e gestione del D.Lgs. 231/2001 è contemplato dall'art. 30 del D.Lgs. 81/2008, segnando così una distinzione non solo nominale ma anche funzionale. Tale ultimo riferimento riprende l'articolazione offerta dal Decreto 231 e ne pone in evidenza anche i seguenti aspetti cruciali, che differenziano il modello da un mero documento di valutazione di rischi:

1) la necessaria vigilanza sull'adempimento degli obblighi, delle procedure e delle istruzioni di lavoro in sicurezza;
2) le periodiche verifiche dell'applicazione e dell'efficacia delle procedure adottate;
3) la necessità di un idoneo sistema di controllo sull'attuazione del medesimo modello e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate;
4) l'individuazione di un Sistema Disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.

Di conseguenza, il modello immaginato dal legislatore in questa materia è ispirato a distinte finalità che debbono essere perseguite congiuntamente: quella organizzativa, orientata alla mappatura ed alla gestione del rischio specifico nella prevenzione degli infortuni; quella di controllo sul sistema operativo" (Tribunale di Trani, Sentenza 11 gennaio 2010).
[15] Tribunale Catania, sentenza 14 aprile 2016, n. 2133.

prevenzione e gestione dei rischi in tema di salute e sicurezza sul lavoro complessivamente conforme sia alle prescrizioni imposte dal D.Lgs. 81/2008 che alle indicazioni fornite dal Decreto 231 (per ricondurre entro la soglia di "accettabilità" il rischio di commissione di uno dei reati presupposto)[16].

Analoghe valutazioni possono essere estese anche alle varie certificazioni di qualità (ISO 9001, ecc.) per le quali, al contrario di quanto avviene per il TUS, non sussiste neanche alcun riferimento normativo che preveda una qualche presunzione di conformità. Il Modello ex D.Lgs. 231/2001 non va inteso come perfettamente sostituibile con il manuale della qualità redatto in sede di certificazione ISO. Anche in questo caso è necessario evidenziare le dovute differenze, soprattutto in relazione alla possibilità di fare ricorso alla clausola esimente stabilita dall'art. 6 del Decreto, come confermato anche da recente giurisprudenza, che ha escluso in maniera chiara la possibile equivalenza tra il "modello qualità" e il Modello di organizzazione, gestione e controllo previsto dal D.Lgs. 231/2001[17].

In definitiva, lungi dal marginalizzare o sottovalutare l'importanza delle varie certificazioni che un Ente può acquisire in relazione a diversi aspetti dell'organizzazione (es.: qualità, gestione ambientale, sicurezza, responsabilità sociale, ecc.), sarà opportuno valorizzare il più possibile le sinergie con tali sistemi aziendali. Trattandosi generalmente di procedure, protocolli operativi, ecc., ben si comprende come il Modello possa giovarsi di manuali adeguatamente elaborati e di procedure adeguatamente formalizzate, che dovranno comunque essere orientate in "ottica 231", come sopra sottolineato, sia in termini di *compliance* normativa che di valutazione e gestione del rischio di commissione di uno dei reati presupposto.

Altri aspetti in relazione ai quali si rende necessario valutare la corretta gestione dei presidi previsti dal Decreto e il loro coordinamento rispetto ad altre funzioni riguarda in maniera particolare, ad esempio il settore bancario. Per ciò che concerne tale ambito, la Banca d'Italia[18] evidenzia la necessità di "accertare l'efficacia di tutte le strutture e funzioni coinvolte nel sistema dei controlli e l'adeguato coordinamento delle medesime, promuovendo gli interventi correttivi delle carenze e delle irregolarità rilevate". A tale proposito si richiamano, in particolare, le funzioni aziendali di controllo di secondolivello (ad es. controllo dei rischi, funzione di conformità alle norme, funzione antiriciclaggio) e terzo livello (internal audit).

---

[16] Una simile soluzione può consentire attività di prevenzione più efficaci ed efficienti, con significativi vantaggi in termini di razionalizzazione e sostenibilità dei sistemi di prevenzione e controllo. In tal senso, il citato art. 30 del T.U.S., al comma 5, ha stabilito che in fase di prima applicazione i Modelli 231 adottati sulla base di alcuni standard nazionali e internazionali si presumono conformi ai requisiti di idoneità ai fini della validità esimente per le parti corrispondenti, fermo restando che il possesso dei documenti in commento non vale a esonerare l'Ente in caso di evento patologico (ad es. infortuni o malattie professionali), dal momento che il Modello deve essere non solo adottato, ma anche efficacemente attuato.

[17] In particolare, è stato rilevato che "i modelli aziendali ISO UNI EN ISO 9001 non possono essere ritenuti equivalenti ai modelli richiesti dal D.Lgs. n. 231 del 2001, perchè non contenevano l'individuazione degli illeciti da prevenire unitamente alla specificazione del sistema sanzionatorio delle violazioni del modello e si riferivano eminentemente al controllo della qualità del lavoro nell'ottica del rispetto delle normative sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro o degli interessi tutelati dai reati in materia ambientale". Inoltre, "il modello […] non conteneva, tra l'altro, nè il codice di comportamento e le relative procedure, nè il codice etico, nè le procedure per la conoscenza dei modelli, nè il sistema sanzionatorio". Cfr. Cassazione Penale, sez. VI, sentenza del 13 settembre 2017, n. 41768.

[18] Cfr. Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013, 11° aggiornamento, "Disposizioni di vigilanza per le banche".

L'ordinamento e le fonti di autoregolamentazione attribuiscono, poi, compiti di controllo a specifiche funzioni - diverse da quelle aziendali di controllo - o a comitati interni all'organo amministrativo, la cui attività va inquadrata in modo coerente nel sistema dei controlli interni.
In particolare, rilevano, a titolo esemplificativo:

— il responsabile antiriciclaggio;
— per gli emittenti strumenti finanziari quotati, il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari (art. 154-bis del TUF), il quale, tra l'altro, ha il compito di stabilire adeguate procedure amministrative e contabili per la predisposizione del bilancio e di ogni altra comunicazione di carattere finanziario.

Per assicurare una corretta interazione tra tutte le funzioni e organi con compiti di controllo, evitando sovrapposizioni o mancanze, l'organo con funzione di supervisione strategica approva un documento, da diffondere a tutte le strutture interessate, nel quale sono definiti i compiti e le responsabilità dei vari soggetti, i flussi informativi tra le diverse funzioni/organi e tra queste/i e gli organi aziendali e, nel caso in cui gli ambiti di controllo presentino aree di potenziale sovrapposizione o permettano di sviluppare sinergie, le modalità di raccordo e di collaborazione. A titolo esemplificativo, nell'espletamento dell'attività dell'OdV, può essere proficuo uno stretto coordinamento, in termini sia di suddivisione di attività che di condivisione di informazioni, con le funzioni di conformità alle norme e di revisione interna. Nell'ambito del settore bancario, dunque, oltre che in relazione ai rischi e ai reati previsti dal Decreto 231, è necessario trovare l'adeguato coordinamento in un sistema dei controlli più complessivo, che riguardi l'intera organizzazione aziendale, includendo verifiche trasversali relative ai sistemi e alle procedure (es. quelli informativi e amministrativo-contabili), alle diverse *business units* (credito, finanza, ecc.), all'operatività (introduzione di nuovi prodotti, ingresso in nuove aree di business o geografiche, continuità operativa, *outsourcing*).

Individuazione delle attività sensibili

Al fine di elaborare protocolli e procedure efficaci a svolgere la propria funzione preventiva è necessario, in primo luogo, verificare le potenziali modalità di commissione del reato, in relazione all'attività operativa, alla struttura organizzativa e ai processi effettivamente in essere all'interno dell'Ente, individuando, di conseguenza, le funzioni e le aree aziendali coinvolte nello svolgimento delle *operations*. La necessità di tale approccio è affermata dallo stesso Decreto 231 (art. 6, comma 2, lett. a), il quale, come in precedenza osservato, impone di "individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi i reati". Per rispettare tale prescrizione, appare opportuno che i processi "sensibili" siano analizzati almeno in relazione ai seguenti aspetti:

- aree/funzioni coinvolte, al fine dell'individuazione del *process owner* e dei soggetti che intervengono nello svolgimento delle diverse attività;
- modalità di attuazione dell'illecito, con approfondimento relativo non solo ai reati direttamente realizzabili, ma anche ai reati e alle attività "strumentali";
- sistema di controllo interno e presidi di prevenzione esistenti;
- livello di rischio residuo;
- eventuali nuove procedure di controllo da stabilire.

Continuità, congruità e integrazione dei controlli

Uno sviluppo del Modello che rispetti i principi generali di adeguatezza ed efficienza sopra riportati, con riferimento ai reati previsti dalla norma, impone il coordinamento dei vari meccanismi di controllo previsti dal Modello e delle procedure cui lo stesso rinvia, da effettuare individuando il *trade-off* ottimale tra esigenze di mitigazione dei rischi e costi del controllo, intesi anche in termini di eventuali maggiori vincoli o rallentamenti dell'attività operativa.

L'opportunità o l'eventualità di percorrere forme di integrazione nell'ambito del Sistema dei Controlli Interni è diventata, nel tempo, una tematica ricorrente tra gli attuatori dei Modelli 231/2001 nelle organizzazioni, che hanno valutato varie forme di inclusione dei controlli specifici con quelli già previsti per l'adeguamento ad analoghe normative da altri sistemi di controllo e presidiati da specifiche Funzioni aziendali.

Anche le Linee Guida delle principali Associazioni di categoria propongono una visione "integrata" nella gestione dei rischi in modo da poter fornire al Vertice aziendale, per ogni processo di *business*, una visione dell'esposizione complessiva a tutti i rischi per i quali lo stesso è interessato; i presidi organizzativi potrebbero presentare la possibilità di un utilizzo sinergico della loro intrinseca valenza di controllo, finendo quindi per essere univocamente mappati come fattore di contenimento del rischio proveniente da diverse normative.

Analoghe indicazioni sono contenute, inoltre, nel Codice di Autodisciplina delle Società quotate. Trattando del Sistema dei Controlli, il codice sottolinea che, per essere efficace, deve essere integrato, presupponendo cioè che le sue componenti siano tra loro coordinate e interdipendenti e che il sistema nel suo complesso sia a sua volta integrato nel generale assetto organizzativo amministrativo e contabile della società.

In ambito bancario, la possibilità di una efficace collaborazione nel controllo e mitigazione dei "rischi 231/2001", sono state riprese dalla succitata Circolare 285 di Banca d'Italia, che, definendo i principi di integrazione tra Organi e Funzioni di controllo per un corretto funzionamento del sistema dei controlli interni cita come esempio l'OdV: "*Nell'attività dell'organismo di vigilanza, che attiene in generale all'adempimento di leggi e regolamenti, può essere proficuo uno stretto raccordo, in termini sia di suddivisione di attività che di condivisione di informazioni, con le funzioni di conformità alle norme (Compliance) e di revisione interna (Internal Audit)".*

Anche la lettura della Giurisprudenza sostiene una visione di "Modello 231 integrato"[19]. Per le considerazione sopra esposte si intende quindi un Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo che, al fine di favorire un approccio unitario nella gestione del rischio di non conformità, non si aggiunge in maniera aprioristica e irrazionale a tutte le altre strutture di conformità e controllo esistenti, ma, ove possibile, realizza una sinergica sovrapposizione e coincidenza con le procedure e i protocolli già adottati nell'ambito del complessivo Sistema di Controllo aziendale, garantendo inoltre una continuità d'azione.

L'intensità dei controlli, le forme di rafforzamento e di integrazione al sistema di controllo interno esistente, dipendono dalla soglia di rischio accettabile individuata dal management dell'Ente in via preliminare, che determina l'eventuale adeguamento delle attività di monitoraggio e controllo.

[19] GUP Crotone, sentenza n. 116 del 18 aprile 2016.

Trasparenza e tracciabilità

Nel rispetto del principio generale di verificabilità, lo svolgimento di ogni processo deve risultare tracciabile, sia in termini di archiviazione documentale sia a livello di sistemi informativi. Al fine di rispettare tale principio, è necessario costruire procedure formalizzate grazie alle quali ogni azione, operazione, transazione, ecc., sia adeguatamente riscontrabile e documentata, con particolare riferimento ai meccanismi autorizzativi e di verifica dei diversi processi operativi. Ciò significa che ogni iniziativa dovrà essere caratterizzata da un adeguato supporto che favorisca i controlli e garantisca l'opportuna evidenza delle operazioni. La tracciabilità serve a garantire anche una maggiore trasparenza della gestione aziendale, consentendo di individuare al meglio i *process owners* e i soggetti che intervengono in determinati processi operativi. Al fine di costruire presidi di controllo efficaci, che rispondano anche ai sopracitati principi di tracciabilità e trasparenza, è necessario costruire un'apposita matrice delle deleghe, che individui in maniera puntuale i soggetti deputati a svolgere funzioni o gestire processi particolarmente sensibili.

Segregazione delle funzioni

In linea con quanto fin qui delineato, risulta evidente che nessun soggetto dovrebbe gestire in autonomia un intero processo, in quanto al fine di limitare il rischio-reato le diverse attività che lo compongono non devono essere assegnate a un solo individuo, ma suddivise tra più attori. Per tale motivo, la struttura delle procedure aziendali deve garantire la separazione tra le fasi di:

- decisione
- autorizzazione
- esecuzione
- controllo
- registrazione e archiviazione

delle operazioni riguardanti le diverse attività aziendali, con specifico riferimento a quelle ritenute maggiormente sensibili, ovvero soggette a un elevato rischio di commissione di uno dei reati presupposto. Si pensi, ad esempio, a specifiche attività come i rapporti con enti pubblici, la partecipazione a gare ad evidenza pubblica, la gestione di ispezioni o verifiche, il processo di formazione delle comunicazioni sociali e così via; è necessario individuare meccanismi di firme incrociate, particolari percorsi autorizzativi per operazioni sensibili per tipologie o importi, un adeguato sistema dei controlli e così via.

Trasparente gestione delle risorse finanziarie

Tra i pochi spunti offerti in maniera diretta dalla norma, giova sottolineare uno specifico riferimento alla necessità di individuare "modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati". A tale aspetto, dunque, dovrà essere dedicata particolare attenzione, al fine di definire procedure che garantiscano una trasparente e corretta gestione della liquidità dell'Ente. Lo specifico focus su questo tema è imposto dalla possibilità che una cattiva gestione delle risorse finanziarie possa rappresentare un elemento strumentale (ad esempio attraverso la creazione di fondi occulti) alla commissione di alcuni reati presupposto caratterizzati anche da sanzioni molto incisive,

quali riciclaggio, autoriciclaggio, corruzione, ecc. Di conseguenza, è opportuno che il Modello preveda apposite procedure tese a stabilire soglie di importo, meccanismi di firme incrociate, deleghe formali per i rapporti bancari e i pagamenti e tutti i presidi necessari alla riduzione dei rischi in quest'ambito.

1.4.L'efficace attuazione del Modello

La lettera della norma (sia all'art. 6, comma 1, lett. a) che all'art. 7, comma 2), oltre alla mera adozione di un Modello di organizzazione e gestione in chiave preventiva, menziona esplicitamente l'aspetto dell'efficace attuazione ai fini della sua validità esimente. Tale richiamo è stato confermato anche dalla giurisprudenza, la quale ha stabilito la necessità di valutare e verificare la coerenza tra i concreti comportamenti aziendali concreti e il MOG predisposto, analizzandone la solidità e la funzionalità nella fase di effettiva realizzazione[20]. Affinché si possa dimostrare il concreto funzionamento delle contromisure previste dal Modello, è opportuno rispettare alcune strategie operative e tener conto di alcuni elementi, di seguito meglio dettagliati.

Effettiva applicazione delle misure di prevenzione

Se obiettivo del Modello è creare le condizioni perché sia contenuto il rischio del verificarsi di specifici reati, l'attenzione deve essere posta in primo luogo sugli aspetti sostanziali, lasciando ai requisiti formali una funzione probatoria dell'efficacia del Modello stesso. Con tale principio, lungi dal voler sottovalutare l'importanza della corretta predisposizione della documentazione ai fini di una efficace tutela in relazione alla responsabilità amministrativa dell'Ente, si desidera sottolineare come nel MOG la forma debba corrispondere ad una politica reale di contenimento del rischio, certamente non perseguibile attraverso un insieme di carte che non trovano poi nella cultura dell'Ente alcuna reale corrispondenza. A tale proposito, l'"efficace attuazione" dei Modelli citata dalla norma tende a rimarcare appunto che questo profilo attiene ad elementi di valutazione relativi alla concreta applicazione e al rispetto dei presidi preventivi e di controllo posti in essere.

Per ciò che concerne il principio in esame, invero, come sottolineato in precedenza, è stata spesso anche la giurisprudenza a stabilire i requisiti di un Modello efficacemente attuato, confermando la necessità di valutare e verificare la coerenza tra i comportamenti aziendali concreti e il MOG predisposto, analizzandone la solidità e la funzionalità nella fase di effettiva realizzazione. Si tratta, in altri termini, di raccogliere e interpretare evidenze a supporto del reale funzionamento delle misure previste dal Modello, che hanno avuto manifestazione concreta nelle modalità e con i risultati che erano attesi, in maniera effettivamente accertabile. Non è sufficiente, dunque, il mero richiamo a Linee guida o Codici di comportamento, laddove è necessario provare che i meccanismi di controllo siano effettivamente attuati a livello aziendale in modo tale da garantire il corretto funzionamento del MOG[21] e che eventuali condotte "devianti" siano adeguatamente sanzionate (*infra*). E' opportuno ricordare che la possibilità di integrare i "punti di controllo specifici" all'ambito 231/2001 con quelli analogamente previsti per medesime normative da altre Funzioni aziendali di controllo, consente di realizzare un sistema che, per

[20] *Ex multis*, Tribunale di Napoli, Ufficio del GIP, ordinanza del 26 giugno 2007.
[21] Corte di Appello di Brescia, sentenza del 23 giugno 2014, n. 1969.

talune aree, beneficia delle periodiche attività di verifica e controllo realizzate da Funzioni e Organi deputati al controllo che, con modalità sinergiche e collaborative, presidiano il complessivo sistema dei rischi aziendali. Qualora alcuni ambiti più direttamente attribuibili al perimetro della "responsabilità amministrativa degli enti" e non siano integrabili in presi e controlli già esistenti, sarà direttamente l'Organismo di Vigilanza a dovervi direttamente provvedere.

Formazione e diffusione

Il processo di formazione costituisce un aspetto di rilevante importanza ai fini della corretta e adeguata implementazione del Modello di organizzazione, gestione e controllo. In primo luogo, deve essere garantita ampia diffusione, attraverso la consegna dell'elaborato ai destinatari (con dichiarazione di presa visione), la pubblicazione sull'intranet aziendale e sul sito web dell'Ente, la predisposizione di corsi di formazione obbligatori erogati anche con modalità informatiche.

Inoltre, in seguito alla definizione delle procedure e dei protocolli che compongono il Modello, è opportuno effettuare riunioni informative/formative, nell'ambito delle quali comunicare a tutti i destinatari l'esistenza del MOG e le prescrizioni da rispettare.

L'attività di formazione dovrebbe essere personalizzata e differenziata in base al ruolo dei fruitori all'interno dell'Ente, a seconda che essi siano o meno coinvolti in processi sensibili o esposti al rischio di commissione dei reati, come stabilito anche dalla giurisprudenza in materia[22].

Effettività dell'attività di vigilanza

Ai fini della validità esimente del Modello, come in precedenza menzionato, il Legislatore attribuisce fondamentale importanza all'attività che deve essere esercitata per verificare che lo stesso sia effettivamente rispondente ai dettami normativi. Di qui l'introduzione dell'obbligo, nello sviluppo del sistema, di nominare un Organismo di Vigilanza (OdV), destinato allo svolgimento di tale compito specifico. Molto è stato scritto sulla composizione, le caratteristiche e i poteri dell'OdV e anche nella seconda parte del presente lavoro questo tema è oggetto di approfondimento. Per quanto attiene ai principi, si è voluto riunire l'insieme degli aspetti che ineriscono alla vigilanza in un unico concetto, quello di "effettività". In altre parole, il Modello, per essere idoneo alle esigenze per cui è sviluppato, deve prevedere anche con riferimento all'OdV un insieme di regole tali da consentire (e dimostrare) che il controllo richiesto dalla norma sia realizzabile e concretamente effettuato.

Continuità, monitoraggio e aggiornamento

Affinché i succitati principi di dinamicità ed efficace attuazione risultino verificati, le procedure e i protocolli stabiliti dal Modello devono essere rispettati e aggiornati nel tempo. Pertanto, già in fase preliminare, le valutazioni organizzative, finanziarie, economiche del Modello devono essere fondate su

[22] Ad esempio, secondo quanto disposto dalla citata Ordinanza cautelare – GIP Milano del 9 novembre 2004, occorre una costante attività di formazione del personale, che assicuri adeguata conoscenza, comprensione ed applicazione del Modello. Essa è idonea ai fini del D.Lgs. 231/2201 se: 1) la si differenzia a seconda che essa si rivolga ai dipendenti nella loro generalità, ai dipendenti che operino in specifiche aree di rischio, all'organo amministrativo, ai preposti al controllo interno e così via; 2) si prevede in maniera puntuale il contenuto dei corsi, la loro frequenza, l'obbligatorietà della partecipazione; 3) si stabiliscono controlli di frequenza e qualità sul suo contenuto.

criteri tecnici e di stima che abbiano la possibilità di continuare a essere validi nel tempo, se le condizioni gestionali non saranno tali da evidenziare chiari e significativi cambiamenti.
L'attività di verifica e monitoraggio continuo effettuata dall'Organismo di Vigilanza consente di fare sì che il Modello si mantenga adeguato sotto il profilo della solidità e funzionalità e risponda in maniera sostanziale e concreta all'analisi, alla valutazione e alla prevenzione del rischio reato nel tempo.
L'adeguamento del MOG può rendersi necessario in diverse circostanze, tra cui, a titolo esemplificativo:

- variazioni nella struttura organizzativa dell'Ente o delle modalità di svolgimento delle attività operative che siano significative, ossia determinino un mutamento del profilo di rischio di commissione dei reati, con un impatto diretto sul sistema di controllo interno. In molti casi, si tratta di circostanze che comportano la necessità di rivedere la mappatura delle aree a rischio, in quanto potrebbero aggiungersene delle altre, così come potrebbe sussistere, parallelamente, l'esigenza di prevedere nuovi principi specifici e procedure di controllo. Si pensi, ad esempio, a circostanze quali modifiche del modello di business, integrazioni a monte o a valle, quotazione sui mercati finanziari, partecipazione a gare pubbliche, e così via;
- modifiche normative: un ampliamento del catalogo dei reati-presupposto o delle relative sanzioni può modificare l'esposizione al rischio di alcuni processi o il coinvolgimento di nuove aree aziendali, imponendo, di conseguenza, un aggiornamento di protocolli e presidi di controllo previsti dal MOG;
- violazioni del Modello: nel caso in cui uno dei reati-presupposto sia stato effettivamente commesso o si siano verificata attività poste in essere in maniera non conformi rispetto a quanto stabilito dal MOG, si presume che i presidi preventivi non abbiano funzionato in maniera corretta. Le violazioni verificatesi sono significative e richiedono un intervento quando, al fine di garantire l'efficacia del Modello, non è sufficiente intervenire solo mediante un'apposita azione disciplinare e sanzionatoria nei confronti di coloro i quali hanno infranto le regole, ma è necessario apportare delle correzioni, affinché siano introdotte, modificate, integrate procedure che ne rafforzino l'azione preventiva. La necessità/opportunità di aggiornamento del Modello 231 può sorgere anche in casi in cui vi siano violazioni del Modello intese come attività poste in essere non in linea con i protocolli, anche in mancanza dell'effettiva commissione di un reato. La stessa norma (art. 7, comma 3) a tal proposito, stabilisce che oltre a "garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge", le misure previste dal MOG devono essere idonee a "scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio", a prescindere dal concretizzarsi dell'illecito.

Sistema Disciplinare

Come già sottolineato, l'efficace attuazione del MOG esige, tra l'altro, l'adozione di un "Sistema Disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello", tanto nei confronti dei soggetti in posizione apicale (art. 6, comma 2, lett. e), quanto verso i soggetti sottoposti all'altrui direzione (art. 7, comma 4, lett. b). Tale previsione è di grande rilevanza in quanto rappresenta uno degli elementi che differenzia il Modello ex D.Lgs. 231/2001 da altri tipi di sistemi organizzativi. L'esigenza stabilita dal dettato normativo è stata confermata anche dalla Giurisprudenza, laddove, ad

esempio, l'inidoneità del MOG è stata sancita a causa della mancata predisposizione di un Sistema Disciplinare atto a sanzionarne le possibili violazioni[23]. Un adeguato Sistema Disciplinare, in generale, non può prescindere dal rispetto della legislazione vigente e deve essere articolato nel rispetto del principio della gradualità, prevedendo sanzioni proporzionate al ruolo ricoperto nell'organizzazione aziendale dall'autore dell'infrazione, all'infrazione stessa e all'impatto che questa comporta per la società in termini di esposizione al rischio reato.

Tuttavia, anche per quanto riguarda l'elaborazione del Sistema Disciplinare, la normativa non suggerisce in maniera esplicita contenuti, destinatari, requisiti o sanzioni, ma si limita a fornire input di tipo generico, salvo che in relazione alla nuova fattispecie del *whistleblowing* (*infra*). Le principali indicazioni dottrinali e giurisprudenziali affermano che il Sistema Disciplinare:

- deve essere elaborato per iscritto e adeguatamente diffuso, costituendo parte integrante dell'efficace attuazione del Modello[24], attraverso un'adeguata attività di informazione e formazione dei destinatari;
- si affianca a quello esterno (penale o amministrativo), volto a sanzionare il trasgressore del Modello organizzativo indipendentemente dal fatto che da quella violazione sia scaturita la commissione di un reato;
- deve essere conciliabile con le norme, legislative e contrattuali, che regolano i rapporti intrattenuti dall'Ente con ciascuno dei soggetti ai quali si applica il Modello;
- prevede sanzioni da comminare nel rispetto dei principi di specificità, tempestività ed immediatezza, nonché di idoneità a svolgere un'azione effettivamente deterrente, avendo una specifica funzione preventiva e non meramente ed esclusivamente punitiva;
- deve garantire il contraddittorio, ovvero la possibilità a favore del soggetto a cui è stato contestato il comportamento di proporre, con ragionevole certezza, argomentazioni a sua difesa.

Più specificamente, un Sistema Disciplinare, riferito al Modello 231/2001, dovrebbe contenere:

- l'elenco delle violazioni sanzionabili;
- l'elenco delle sanzioni, da graduare e distinguere anche in base all'autore dell'illecito;
- i soggetti destinatari delle sanzioni;
- le procedure di applicazione delle sanzioni.

Codice Etico

Uno dei principali presidi di prevenzione rispetto alla commissione di illeciti è rappresentato dalla presenza di un Codice Etico, volto a diffondere, all'interno dell'Ente, un clima culturale che dissuada dal porre in essere condotte che possano dare luogo a reati. All'interno del Codice devono essere esplicitati gli impegni e le responsabilità morali nella conduzione degli affari e delle attività gestionali svolte dai soggetti che agiscono per conto dell'organizzazione (amministratori, dipendenti, consulenti, ecc.) nella relazione con tutti gli *stakeholders* dell'Ente (clienti, azionisti, fornitori, collaboratori etc.) . Pur non

[23] Tribunale di Bari, Ufficio del Gip, Ordinanza del 18 aprile 2005.
[24] Sul punto anche la Corte di Appello di Milano, Sentenza n. 1824 del 21 marzo 2012.

essendo possibile definire un *format*, sono individuabili alcuni elementi/sezioni in cui il Codice può articolarsi:

- premessa, in cui si delinea la visione etica dell'Ente e le modalità con le quali vuole conseguire la propria *mission*;
- destinatari e perimetro di applicazione, in relazione ai soggetti tenuti a osservare i principi, gli obiettivi e gli impegni previsti dal Codice;
- principi etici, che stabiliscono i comportamenti da tenere e i doveri da rispettare nei confronti dei portatori di interesse;
- norme di comportamento e rapporti con gli *stakeholders*, il cui obiettivo è evitare condotte devianti, che possono estrinsecarsi in divieti e standard ai quali l'organizzazione deve adeguarsi;
- attuazione, controllo e diffusione, essenziali al fine di far rispettare i principi e gli standard etici all'interno e all'esterno dell'Ente, garantendone l'efficacia nel tempo;
- meccanismi disciplinari, ovvero la previsione di sanzioni connesse ai casi di violazione delle regole di comportamento indicate nel Codice.

Le procedure e i vincoli contenuti nel Codice Etico devono considerarsi alla stregua di obbligazioni contrattuali assunte dal prestatore di lavoro ai sensi dell'art. 2104 c.c. E' opportuno ricordare che la vigilanza sul rispetto del Codice Etico non sempre è di stretta competenza dell'Organismo di Vigilanza; qualora fosse nominato vi potrebbe essere un organo dedicato (ad es. Comitato Etico) alla verifica di conformità dei comportamenti al Codice Etico. Sarà necessario un raccordo di questo organo con l'OdV nel caso le violazioni possano interessare anche la materia della responsabilità amministrativa degli enti.

1.5. L'adozione del Modello nelle società a partecipazione pubblica

Tra i soggetti privati (sottoposti senza dubbio all'applicazione del D.Lgs. 231/2001) e gli enti pubblici territoriali e non economici (esplicitamente esclusi dal perimetro applicativo della norma in base all'art. 1), esistono figure ibride che coniugano, nello stesso tempo, tratti privatistici e pubblicistici, come le società partecipate (controllate o "meramente partecipate" secondo le definizioni dell'art. 2 del D.Lgs. 175/2016) da soggetti pubblici e/o costituite per la gestione di servizi pubblici, o anche le fondazioni e le associazioni che svolgono funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore della P.A. o di gestione dei servizi pubblici.

In fase di prima applicazione della norma, non emergeva un orientamento univoco rispetto all'assoggettamento di tali enti alla responsabilità stabilita dal Decreto 231.

A fugare i dubbi sull'attrazione di tali società nell'ambito applicativo della norma, tuttavia, sono intervenute in primo luogo diverse pronunce giurisprudenziali, che hanno sottolineato come gli enti in questione operino in realtà *iure privatorum* e improntino la propria attività a principi di economicità[25], allo scopo di mantenere un equilibrio economico-finanziario e produrre utili, a prescindere dalla loro destinazione in caso di distribuzione.

[25] Si veda, ex multis, Corte di Cassazione penale n. 28699 del 21 luglio 2010.

Tale impostazione è stata ribadita anche dall'ANAC, laddove le Linee Guida adottate con Determinazione n. 8/2015[26] muovono dal presupposto fondamentale che le amministrazioni controllanti debbano assicurare l'adozione del modello di organizzazione e gestione previsto dal D.Lgs. 231/2001 da parte delle società controllate.

Giova sottolineare, inoltre, come nel corso degli anni le azioni del Legislatore siano state orientate, in generale, a rafforzare i controlli e migliorare la trasparenza delle attività di questo tipo di Enti: di conseguenza, la gestione delle società a partecipazione pubblica e le attività di prevenzione da porre in essere sono attualmente disciplinate da un insieme di norme molto ampio (oltre al Decreto 231, ad esempio, la L. 190/2012[27], il D.Lgs. 175/2016[28], il D.Lgs. 50/2016[29]) e sono sottoposte ai controlli di più soggetti (si pensi, ad esempio, oltre ad ANAC, a Corte dei Conti e AGCM, cui devono essere inviati lo schema di atto deliberativo, di costituzione della società o di acquisto di una partecipazione di una società preesistente da parte di un ente pubblico). In base agli elementi sin qui analizzati, appare chiaro, dunque, che nell'elaborazione del Modello per le società a partecipazione pubblica si dovrà tenere conto della necessità di integrare gli strumenti di prevenzione previsti dal D.Lgs. 231/2001 con i presidi indicati da altre norme – prevalentemente dalla Legge Anticorruzione – valutando al meglio i punti di convergenza e le principali differenze tra i diversi impianti normativi.

Per quanto riguarda gli elementi di analogia, l'argomento è stato trattato soprattutto dall'Autorità Nazionale Anticorruzione, che a più riprese (sia con il Piano Nazionale Anticorruzione[30] – "PNA" – che con apposite Linee Guida) ha fornito utili indicazioni ai fini dell'integrazione tra i vari sistemi normativi e i diversi strumenti di prevenzione, tra cui spiccano, ovviamente, il Modello organizzativo ex D.Lgs. 231/2001 e il Piano Triennale di Prevenzione della Corruzione (PTPC) introdotto dalla L. 190/2012.

In dettaglio, la Determinazione n. 1134/2017 richiama il PNA e la L. 190/2012, che all'art. 1, comma 2-bis stabilisce che le società in controllo pubblico[31] adottino misure di prevenzione della corruzione

---

[26] Determinazione n. 8 del 17 giugno 2015, "Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici".

[27] Legge 6 novembre 2012, n. 190, "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione", di seguito anche "Legge Anticorruzione".

[28] Decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica", di seguito anche "TUSP".

[29] Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, "Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonche' per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture", di seguito anche "Codice dei Contratti Pubblici".

[30] Redatto ed approvato con Delibera n. 72 dell'11 settembre 2013.

[31] Si tratta delle società definite dall'art. 2, comma 1, lett. m), del D.Lgs. 175/2016, che richiama i requisiti di controllo stabiliti dall'art. 2359 c.c., che sono verificati quando: (i) la P.A. dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; (ii) la P.A. dispone dei voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; (iii) "in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo".

Appare opportuno precisare che le società a partecipazione pubblica QUOTATE sono escluse per i seguenti motivi:

- con riferimento agli obblighi imposti dalla legislazione in tema di lotta alla corruzione, l'ambito soggettivo è chiarito dall'art. 1 comma 2 bis, legge 190/2012 (comma inserito dall'art. 41, comma 1 lett. a, del D.Lgs. 97/2016), che individua due ambiti di soggetti:
  - le pubbliche amministrazioni;

"integrative" di quelle adottate ai sensi del Decreto 231, promuovendo un sistema di controllo composito ed integrato[32]. Tra i principali elementi comuni richiamati dall'ANAC – già con la Determinazione n. 8/2015 – figura la necessità di effettuare un'attività di rilevazione e gestione dei rischi a cui le società sono esposte in relazione alla possibilità di porre in essere comportamenti corruttivi, attraverso un'analisi della realtà organizzativa, dei processi operativi e del settore di riferimento. Tale valutazione, secondo l'ANAC, "deve condurre a una rappresentazione, il più possibile completa, di come i fatti di *maladministration* e le fattispecie di reato possono essere contrastate nel contesto operativo interno ed esterno dell'ente". Come già rilevato per ciò che concerne il Modello 231, anche ai fini della *compliance* alla Legge Anticorruzione (art. 1, comma 9, lett. a e b), dunque, sarà necessaria una mappatura delle aree e delle attività a rischio e delle misure di prevenzione già presenti all'interno dell'Ente.

Ad ogni modo, ai fini del coordinamento dei meccanismi di prevenzione, giova rimarcare anche come sussistano alcune differenze tra i vari impianti normativi, a partire dalle diverse finalità perseguite. Come in precedenza accennato, ad esempio, uno dei profili più rilevanti in tal senso riguarda la necessità di integrare i protocolli previsti dal Modello 231 con strumenti di controllo tesi ad evitare anche la commissione di reati posti in essere a danno della società, che non sarebbero sanzionabili ai sensi del D.Lgs. 231/2001. Tale impostazione è confermata dal PNA, che chiarisce come le situazioni rilevanti siano "più ampie della fattispecie penalistica, che è disciplinata negli artt. 318, 319 e 319 ter, c.p., e sono tali da comprendere non solo l'intera gamma dei delitti contro la P.A. disciplinati nel Titolo II, Capo I, c.p., ma anche le situazioni in cui – a prescindere dalla rilevanza penale – venga in evidenza un malfunzionamento dell'amministrazione a causa dell'uso a fini privati delle funzioni attribuite ovvero l'inquinamento dell'azione amministrativa *ab externo*, sia che tale azione abbia successo sia nel caso in cui rimanga a livello di tentativo". Per l'elaborazione del PTPC, dunque, varrà considerare anche ulteriori tipologie di reati rispetto a quelli contenuti nel Decreto 231, quali, ad esempio, il peculato (art. 314 c.p.), l'abuso d'ufficio (art. 323), o l'omissione di atti d'ufficio (art. 328 c.p.) [33].

- i soggetti indicati dall'art. 2 bis, comma 2, D.Lgs. 33/2013, tenuti all'adozione di misure di prevenzione della corruzione integrative di quelle adottate ai sensi del D.Lgs. 231/2001.

- I soggetti indicati al comma 2, dell'art. 2 bis, del D.Lgs. 33/2013 sono le società in controllo pubblico come definite dall'art. 2, comma 1, lett. m) del D.Lgs. 175/2016.
- Tra le società in controllo pubblico indicate dal predetto art. 2 bis, comma 2, del D.Lgs. 33/2013, la medesima disposizione esclude espressamente le società quotate, nonché le società da esse partecipate, salvo che queste ultime siano, non per il tramite di società quotate, controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche.

[32] In base al richiamo all'art. 2-bis, comma 2 del D.Lgs. 33/2013, gli obblighi in questione sono rivolti non solo alle società commerciali in controllo pubblico ma anche "alle associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto privato comunque denominati, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, la cui attività sia finanziata in modo maggioritario per almeno due esercizi finanziari consecutivi nell'ultimo triennio da pubbliche amministrazioni e in cui la totalità dei titolari o dei componenti dell'organo d'amministrazione o di indirizzo sia designata da pubbliche amministrazioni.

[33] Al riguardo il PNA precisa che il concetto di corruzione deve essere inteso in senso ampio e comprendere tutte le "situazioni in cui, nel corso dell'attività amministrativa, si riscontri l'abuso da parte di un soggetto del potere a lui affidato al fine di ottenere vantaggi privati", rendendo tutto irrilevante e assente il presupposto qualificante 231 dell'interesse o vantaggio dell'Ente. Di conseguenza, dal punto di vista più strettamente operativo, nell'ambito della creazione dei protocolli e dei presidi di prevenzione, può essere utile fare riferimento anche allo Standard Anticorruzione ISO 37001, che elabora un nuovo modello internazionale di gestione e mitigazione del rischio, volto a prevenire gli episodi di corruzione sia attiva che passiva (a danno dell'ente), sulla scorta di quanto previsto dalla L. 190/2012.

In base a quanto fin qui considerato, in relazione alle attività esposte al rischio di corruzione, l'ANAC suggerisce di tenere in considerazione, in primo luogo, quelle generali, richiamate dal PNA 2015, vale a dire quelle "svolte in gran parte delle amministrazioni ed enti, a prescindere dalla tipologia e dal comparto, che, anche sulla base della ricognizione effettuata sui PTPC, sono riconducibili ad aree con alto livello di probabilità di eventi rischiosi. Ci si riferisce, in particolare, alle aree relative allo svolgimento di attività di:

- gestione delle entrate, delle spese e del patrimonio;
- controlli, verifiche, ispezioni e sanzioni;
- incarichi e nomine;
- affari legali e contenzioso".

Sempre nell'ambito delle attività generali vanno ricomprese anche quelle elencate dall'art. 1, comma 16 della L. 190/2012, vale a dire:

- procedimenti per rilascio di autorizzazioni o concessioni;
- scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi, anche con riferimento alla modalità di selezione prescelta ai sensi del D.Lgs. 50/2016;
- concessione ed erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari, nonché attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati;
- concorsi e selezioni per l'assunzione del personale e progressioni di carriera di cui all'art. 24 del D.Lgs. 150/2009.

L'analisi dei profili di rischio dovrà successivamente estendersi alle attività specifiche poste in essere dalla società e alle aree individuate da ciascun ente in base alle proprie caratteristiche organizzative e funzionali, nonché in considerazione del settore di riferimento.
In base a quanto stabilito dall'ANAC, è necessario che le misure di prevenzione e controllo e gli obiettivi organizzativi ad esse collegati, da integrare con gli altri strumenti di programmazione presenti all'interno dell'Ente (tra cui quelli elaborati ai sensi del Decreto 231), siano ricondotte all'interno di un documento unitario, che tenga in considerazione il Piano di prevenzione della corruzione anche ai fini dell'aggiornamento annuale e della vigilanza da parte dell'Autorità Anticorruzione. Quest'ultima rileva altresì che "nel caso in cui siano riunite in un unico documento con quelle adottate in attuazione del D.Lgs. 231/2001, dette misure sono collocate in una sezione apposita e dunque chiaramente identificabili, tenuto conto che ad esse sono correlate forme di gestione e responsabilità differenti"[34].
Il coordinamento tra i diversi sistemi normativi coinvolge anche altri elementi tra cui, ad esempio, il Codice Etico, atteso che la stessa ANAC raccomanda una sua integrazione, attribuendo particolare attenzione alle condotte rilevanti ai fini della prevenzione dei reati di corruzione.

Sul punto, si veda M. Ippolito, "Il modello organizzativo ex D.Lgs. 231/2001 «integrato» dalle misure anti-corruzione nelle società partecipate non in controllo pubblico", in La responsabilità amministrativa delle società e degli enti, n. 3/2016.

[34] Determinazione n. 1134 dell'8 novembre 2017 "Nuove linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale - Serie Generale n. 284 del 5 dicembre 2017.

Ancor più decisive appaiano le indicazioni della stessa Autorità per le società "meramente partecipate" e per gli altri enti a queste equiparati (art. 2-bis co. 3 del D.Lgs. 33/2013). Non essendo questi tenuti all'elaborazione di uno specifico documento (Piano) anticorruzione, viene comunque fortemente incentivata l'adozione di un Modello organizzativo 231 che contenga anche misure della prevenzione della corruzione nel senso sopra definito.
Il Modello ex D.Lgs. 231/2001 deve considerarsi come un documento distinto ma integrativo del PTPCT.
Le società partecipate sono già dotate di regolamenti e procedure dettate dalle disposizioni normative, come ad esempio il D.Lgs. 50/2016 che disciplina gli acquisti sotto e sopra soglia comunitaria. Il Modello 231 deve costituire una necessaria interazione con il PTPCT e quanto mappato al suo interno. Il D.Lgs. 231/2001 opera infatti in ottica penal preventiva, e la società pubblica, così come gli altri enti in controllo o a partecipazione pubblica, non possono non impostare un proprio sistema integrato di controlli a presidio sia degli atti corruttivi che di tutte quelle attività che possono rappresentare un veicolo di commissione di uno dei reato presupposto. Il Modello 231, invero, se applicato correttamente, può non solo costituire una funzione esimente in tema di responsabilità amministrativa dell'ente, ma può rivelarsi un utile strumento di garanzia di maggiore efficienza nella gestione dei singoli processi aziendali.

2. Principi applicativi per l'Organismo di Vigilanza

Come in precedenza sottolineato, ai fini di un'effettiva *compliance* al dettato normativo e del rispetto del requisito dell'efficace attuazione del Modello, il D.Lgs. 231/2001 (art. 6, comma 1, lett. b) prevede che "il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli, di curare il loro aggiornamento sia stato affidato ad un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo", e alla successiva lett. d) che "non vi sia stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'Organismo di cui alla lett. b)". Da tali riferimenti normativi appare evidente che, in mancanza di tale organo, anche il più strutturato Modello organizzativo non potrà definirsi efficacemente attuato e non sarà in grado di evitare le sanzioni a carico dell'Ente in caso di commissione di illeciti.

2.1. I requisiti soggettivi

Ancorché la presenza e il corretto svolgimento dell'attività di vigilanza da parte di un organismo a ciò specificamente preposto siano presupposti fondamentali per il rispetto della norma e per attribuire ai Modelli effettiva validità esimente, il Legislatore non ha declinato in maniera più puntuale quanto sopra riportato in relazione all'OdV. Ad ogni modo, al fine di assolvere al meglio alla relativa funzione, l'Ente, tenendo in considerazione le proprie peculiarità (attività, organizzazione, ecc.), deve orientarsi a perseguire l'ottimale composizione dell'Organismo di Vigilanza, con particolare riferimento alle caratteristiche dei suoi membri. A tale scopo, posto che – come sottolineato – il dettato normativo è abbastanza scarno e menziona solo gli "autonomi poteri di iniziativa e di controllo", è opportuno fare riferimento altresì alla prassi e alla giurisprudenza formatasi in materia nel corso del tempo.
Per ciò che concerne i necessari requisiti "soggettivi" dei componenti dell'OdV, è possibile sintetizzarli come segue:

- Indipendenza: tale requisito, pur non essendo espressamente richiamato dal D.Lgs. 231/2001, viene comunemente incluso tra quelli richiesti all'OdV, in quanto individua la necessaria condizione di assenza di conflitto di interesse e di indipendenza nei confronti della società e, quindi, del suo management. Si ritiene, in ogni caso, applicabile all'Organismo il disposto dell'art. 2399 c.c. (relativo alle condizioni di ineleggibilità e decadenza del collegio sindacale). Correlato al principio di indipendenza dei componenti l'OdV è certamente il tema del compenso da riconoscere agli stessi, assegnato dal Consiglio di Amministrazione che nomina lo stesso Organismo, da quantificare in ragione delle responsabilità assunte dal componente dell'OdV all'atto della nomina, nonché della preparazione professionale e del grado di impegno richiesti[35].
- Autonomia: all'OdV sono assegnati tutti i poteri necessari e opportuni per l'efficace svolgimento delle proprie attività senza alcuna forma di interferenza o condizionamento da parte dell'Ente (e in particolare dei soggetti apicali); a titolo esemplificativo, i poteri di indagine dell'Organismo di Vigilanza non devono essere limitati, al fine di non inficiare l'efficacia delle attività svolte, anche in ossequio ai principi in precedenza analizzati. Deve essere assegnato un budget economico all'OdV in modo che lo stesso possa disporne per l'assolvimento dei propri compiti rendicontandone l'utilizzo solo al Consiglio di Amministrazione. L'OdV ha inoltre accesso a tutte le informazioni necessarie per il corretto svolgimento delle proprie attività, anche per il tramite di soggetti interni appositamente individuati. Al fine di renderlo quanto più autonomo e indipendente, appare altresì opportuno escludere dall'Organismo di Vigilanza qualsiasi soggetto che, per la posizione ricoperta all'interno dell'Ente, possa porre in essere o favorire uno degli illeciti rilevanti e, contestualmente, trovarsi nella condizione di vigilare sull'effettività e adeguatezza del Modello, facendo così emergere un evidente conflitto di interessi e una sovrapposizione tra il ruolo di controllore e di controllato. In altri termini, occorre escludere dai "candidati" tutti coloro che, in funzione della mansione/incarico svolto per l'Ente, a qualsiasi livello, possano trovarsi coinvolti in processi sensibili in relazione al Decreto. Tale impostazione è stata confermata dalla giurisprudenza, laddove è stato sancito che "l'organismo di controllo non dovrà avere compiti operativi che, facendolo partecipe di decisioni dell'attività dell'Ente, potrebbero pregiudicare la serenità di giudizio al momento delle verifiche"[36]. Tale orientamento, ad esempio in relazione ai reati relativi a salute e sicurezza sul lavoro, ha evidenziato come la presenza nell'OdV di un dirigente dell'azienda responsabile dell'area nel cui ambito si è verificato il reato (soggetto «incaricato di organizzare una articolazione operativa dell'azienda») abbia privato l'Organismo della necessaria autonomia ed

[35] La quantificazione e la gestione di tale compenso possono fare riferimento ai criteri previsti dalle Norme di Comportamento del Collegio Sindacale:

- onerosità dell'incarico, al fine di "garantire alle funzioni di controllo interno una certa serietà ed indipendenza, essendo ben noti i pericoli di dequalificazione legati al carattere meramente onorifico di certe cariche, pubbliche o private che siano";
- predeterminazione e invariabilità del compenso, per "evitare variazioni della retribuzione in funzione del tipo di controllo esercitato" e, di conseguenza, eventuali accordi collusivi con l'organo amministrativo o possibili azioni ritorsive da parte di quest'ultimo.

[36] Tribunale di Roma, ordinanza del 4 aprile 2003.

indipendenza[37]. La valutazione dell'autonomia andrà effettuata nei confronti dell'Organismo complessivamente considerato, ricordando che una valutazione più stringente (requisiti di autonomia per ogni singolo membro) piuttosto che una valutazione sul complesso dei componenti (ammettendo quindi anche figure interne in grado di apportare specifiche competenze) rientra tra le scelte che l'Ente dovrà compiere al momento della costituzione dell'Organismo.

Ancorchè le differenze tra i due requisiti sopra analizzati possano essere considerate in alcuni casi molto sfumate, è possibile rimarcare una distinzione, laddove l'autonomia va intesa come libertà di azione e di autodeterminazione nonché di attribuzione all'Organismo di poteri autonomi adeguatamente supportati dalla possibilità di spesa (budget OdV), mentre l'indipendenza attiene maggiormente all'attitudine mentale e al *modus operandi* del componente dell'OdV, il quale, di conseguenza, deve essere esonarato da compiti operativi/gestori.

- Professionalità: i membri devono essere in possesso di competenze professionali adeguate alle funzioni che sono chiamati a svolgere (ad esempio in ambito giuridico e in particolare penale, in ambito amministrativo-contabile, in materia di controllo interno e di gestione dei rischi, di salute e sicurezza sul lavoro, ambientale, IT, antiriciclaggio, abusi di mercato, ecc.), nonché di strumenti e tecniche per poter efficacemente svolgere la propria attività (ad esempio, campionamento statistico; tecniche di analisi e valutazione dei rischi e di contenimento degli stessi; tecniche di analisi di processo e *flow charting*). Nel caso in cui, su determinate materie specialistiche (si pensi ai reati informatici) i membri dell'Organismo non possiedano adeguate competenze, sarà possibile anche fare ricorso a consulenti esterni, nell'ambito dell'autonomia di spesa e del budget riconosciuto all'OdV.
- Onorabilità: sebbene il D.Lgs. 231/2001 non contenga alcuna esplicita indicazione in merito ai requisiti di onorabilità dei componenti l'OdV, si desume dalla logica del Decreto stesso l'opportunità, anche per ragioni di coerenza del sistema, nonché per rispondere alle censure che potrebbero essere sollevate in sede giudiziaria, che il Modello preveda specifiche cause di ineleggibilità quale componente dell'Organismo di Vigilanza e di incompatibilità alla permanenza nella carica (ad esempio, non possono essere nominati membri dell'OdV coloro i quali abbiano riportato una condanna, anche non definitiva, per uno dei reati previsti nel D.Lgs. 231/2001 oppure, salvi gli effetti della riabilitazione, siano stati condannati con sentenza irrevocabile per qualsiasi reato).

Appare opportuni peraltro ricordare che, ai fini del giudizio di idoneità ed efficacia del Modello in sede giudiziale, "la sussistenza dei requisiti deve essere verificata sia sotto il profilo formale, sia sostanziale; deve essere, in altri termini, sia palese dalla lettura del Modello stesso, sia de facto in essere nell'ambito dell'operatività dell'Organismo"[38].

[37] Corte d'Assise d'Appello di Torino, sentenza 28 febbraio 2013, confermata dalla Cassazione con sentenza del 18 settembre 2014, n. 38343.
[38] Cfr. "Requisiti e composizione dell'Organismo di Vigilanza", position paper AODV231, febbraio 2010.

2.2. L'attività di vigilanza: requisiti operativi, strumenti e output

Le funzioni dell'Organismo di Vigilanza si evincono dall'art. 6, comma 1, lett. b) del D.Lgs. 231/2001, che prevede in capo all'OdV l'obbligo di "vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e curare il loro aggiornamento". Ne consegue che l'Organismo di Vigilanza, in quanto "garante" del Modello, deve svolgere una serie di attività analitiche e funzionali[39] necessarie a mantenere efficiente e operativo lo stesso, che possono essere raggruppate nelle seguenti macro-aree:

- analisi, vigilanza e controllo;
- aggiornamento del Modello;
- formazione.

Nell'ambito dell'attività di vigilanza, l'Organismo è tenuto ad effettuare, ad esempio, i seguenti interventi:

- verifiche sul rispetto del Modello 231/2001, sui protocolli comportamentali e sulle procedure da esso richiamate, da parte di tutti i destinatari;
- controlli sulle operazioni di gestione finanziaria e di tesoreria, al fine di evitare la costituzione di fondi neri o riserve occulte;
- verifiche periodiche sulle operazioni di maggior rilievo (ad esempio per valore economico, coinvolgimento della P.A., e così via);
- controlli in caso di ispezioni o accertamenti della pubblica autorità;
- verifiche sulle regolarità formali richiamate dal Modello e sull'invio dei flussi informativi all'OdV;
- interventi con gli organi deputati al controllo contabile e di legalità in prossimità della redazione delle comunicazioni sociali e della redazione del progetto di bilancio;
- verifiche in ambito antiriciclaggio, sicurezza informatica, modulate in base agli impatti sulla operatività aziendale;
- accertamenti sul Documento di Valutazione dei Rischi in materia di salute e sicurezza sul lavoro e sul suo costante aggiornamento.

---

[39] Giova ribadire come, a seconda dell'articolazione del sistema dei controlli interni e della governance, l'OdV è Organo di secondo/terzo livello; in tale ambito va tenuto presente che la vigilanza dell'Organismo si basa soprattutto sui controlli indiretti oggi prevalenti rispetto ai controlli in linea (da qui l'importanza dei flussi informativi e quindi dei report periodici e ad evento), per cui molte istanze procedono con atti di accertamento presso le "istanze inferiori" volte a verificare il corretto svolgimento delle procedure e della compliance aziendale e l'adeguatezza degli assetti organizzativi di cui le procedure stesse sono parte integrante. E' sotteso a questo *modus operandi* il principio di affidamento che opera in relazione ad attività e funzioni svolte da una pluralità di persone, permettendo a ciascun soggetto di confidare che il comportamento dell'altro (normalmente ad esso gerarchicamente sottoposto) sia conforme alle regole di diligenza, prudenza, perizia e professionalità
In questo contesto è opportuno mettere in conto che il sistema può presentare una certa fragilità in quanto se il principio di affidamento dovesse fallire perché i "controlli di linea" ed i report periodici dei Responsabili delle Aree Sensibili/Apicali si rivelassero inaffidabili, sarebbe molto elevata la probabilità di giudicare inidonee le procedure atte a ridurre i rischi-reato di cui al Decreto in quanto incoerenti o incomplete. In tal caso l'intero sistema di controllo rischierebbe di essere messo in discussione con conseguente disconoscimento del MOG. A tal fine gli OdV delle Società svolgono periodicamente dei controlli (direttamente o ricorrendo a competenze specialistiche esterne), denominati "*TEST OdV*", finalizzati ad ottenere un feed-back sistematico sul grado di affidabilità dei report periodici e, quindi, dei controlli indiretti di secondo o terzo livello su cui si basa la più parte della loro attività di vigilanza.

Infine, in quanto preposto al controllo dell'osservanza del Modello, l'Organismo di Vigilanza, qualora venga a conoscenza di eventuali violazioni dello stesso, ha il compito di proporre al Consiglio di Amministrazione le sanzioni disciplinari che si rendesseroapplicabili in conformità alle disposizioni previste. L'OdV svolge le proprie verifiche circa il rispetto dei contenuti del Modello principalmente sulla base di una pianificazione preliminare di controlli da svolgere su un orizzonte temporale di norma annuale. La periodicità di svolgimento delle verifiche è definita in considerazione della tipologia stessa della verifica. Gli obiettivi, l'oggetto, le modalità di svolgimento e gli esiti di ciascun controllo sono formalizzati in un apposito report. L'OdV, con cadenza periodica (generalmente annuale), predispone una Relazione riepilogativa delle attività svolte nel periodo in analisi (da indirizzare all'organo amministrativo e a quello di controllo), dando evidenza, in particolare, dei seguenti elementi:

- l'attività svolta nel periodo di riferimento;
- le eventuali criticità emerse, in termini sia di comportamenti sia di episodi verificatisi;
- gli interventi correttivi pianificati ed il loro stato di realizzazione;
- le necessità di eventuali aggiornamenti del Modello 231/2001.

Nel medesimo rapporto, l'OdV elabora un piano delle attività previste per l'anno successivo da sottoporre all'organo amministrativo e a quello di controllo; questi ultimi possono richiedere all'Organismo verifiche supplementari su specifici argomenti. Nella relazione annuale dell'OdV viene indicato altresì il budget richiesto per le attività previste che deve essere oggetto di delibera consiliare.

Nell'ambito della propria attività di verifica, l'OdV predispone e approva un regolamento di funzionamento, da sottoporre all'attenzione dell'organo amministrativo per una presa d'atto, che secondo parte della dottrina configura un'attività di competenza dello stesso OdV che attraverso tale documento definisce il proprio modo di operare (periodicità di incontri, modalità di convocazione e tenuta delle riunioni, modalità di votazione e redazione dei verbali, ecc.).

In particolare, si ritiene opportuno che sia parte del Modello, e quindi emanazione dell'organo amministrativo dell'ente, un documento che definisca i criteri relativi alla nomina ed alla cessazione dalla carica, alla composizione ed al compenso spettante all'OdV, trattando quindi gli aspetti relativi ai requisiti di professionalità e di onorabilità richiesti ed alle cause di ineleggibilità e di incompatibilità. Analogamente, si ritiene opportuno che in tale documento siano anche definiti i compiti dell'OdV, i poteri attribuiti (ivi inclusa l'eventuale facoltà di avvalersi di collaboratori interni ed esterni) ed il budget di spesa di competenza dell'OdV con precise indicazioni in merito ai criteri per la sua attribuzione ed alle modalità per il suo utilizzo.

Sarà lo stesso OdV a definire i criteri di pianificazione delle attività da svolgere e di diffusione del piano di attività, le modalità di stesura dei report periodici di propria competenza, le modalità di acquisizione dei documenti, di conservazione delle carte di lavoro, di verbalizzazione e documentazione dei lavori effettuati e delle decisioni assunte. Il Regolamento dell'Organismo specifica le modalità e le tempistiche di convocazione delle riunioni e di tenuta del libro delle riunioni dell'OdV.

In base a quanto fin qui rappresentato, appare chiaro come la funzione di vigilanza ricoperta dall'Organismo debba essere svolta rispettando determinati requisiti, che possono essere sintetizzati come segue:

- Continuità di azione: le attività dell'OdV sono svolte in modo continuativo, indipendentemente dalla sua composizione; a tal fine, soprattutto per società di medie o grandi dimensioni, è opportuno dotarsi di una segreteria tecnica o altra unità organizzativa a supporto delle attività

dell'OdV e, ad ulteriore garanzia della continuità di azione, priva di mansioni operative che possano condizionare l'obiettività dei giudizi. In relazione a tale principio, inoltre, il succitato equilibrio tra professionalità esterne all'Ente, in grado di conferire autorevolezza ed indipendenza all'Organismo, e soggetti interni (ma avulsi dall'operatività gestionale dell'Ente), è in grado di assicurare da un lato approfondita conoscenza dei profili organizzativi e gestionali dell'Ente, dall'altro lato la continuità d'azione richiesta.

- Tracciabilità: l'OdV è tenuto a curare la conservazione e la tracciabilità della documentazione inerente alle attività svolte, anche al fine di poter comprovare la continuità delle attività di vigilanza, laddove richiesto in sede giudiziale. Le verifiche devono essere svolte tramite un approccio professionale e sistematico che dovrà consentire, all'occorrenza, un'agevole ricostruzione dei fatti ex-post.
- Riservatezza: l'Organismo è tenuto al più stretto riserbo e tutela del segreto professionale circa le informazioni e notizie ricevute nell'espletamento dell'attività; in ogni caso, ogni informazione in possesso dell'OdV viene trattata in conformità alle previsioni del Regolamento UE 2016/679[40].
- Obiettività / integrità: i requisiti di autonomia e indipendenza, unitamente alla professionalità, garantiscono che l'Organismo conduca le proprie attività con imparzialità e realismo, ovvero in assenza di pregiudizi e interessi personali.
- Efficacia: coerentemente al principio specifico in precedenza menzionato, l'Organismo persegue l'effettività delle attività svolte per garantire un corretto ed efficace livello di vigilanza sull'adeguatezza, sul funzionamento e sull'osservanza del Modello, nonché sull'aggiornamento dello stesso, in linea con quanto previsto dall'art. 6 del Decreto. Affinchè l'azione dell'Organismo possa essere svolta in maniera adeguata, è necessario che ad esso siano riconosciuti ampi ed effettivi poteri di indagine e segnalazione, come confermato anche dalla giurisprudenza, laddove è stato evidenziato come l'adeguatezza dell'intero Modello dipenda anche dall'ampiezza dei poteri attribuiti all'OdV[41].
- Adeguatezza: all'OdV sono formalmente assegnati poteri sufficienti per lo svolgimento della propria attività (ad esempio budget dedicato e accesso alla documentazione aziendale e alle strutture aziendali), al fine di garantire il rispetto del principio di autonomia.
- Specificità: nei Gruppi di imprese, è opportuno che ogni società controllata adotti un proprio specifico Modello e nomini un proprio OdV, con tutte le relative attribuzioni di competenze e responsabilità (fatta salva la possibilità di attribuire tali poteri all'organo dirigente della società controllata se di piccole dimensioni, ex art. 6, comma 4, del D.Lgs. 231/2001). Inoltre, in caso di previsione di attività di coordinamento tra i diversi Organismi di Vigilanza di un Gruppo, è opportuno evitare l'introduzione di poteri di ingerenza dell'OdV della capogruppo, nei confronti degli Organismi di Vigilanza delle società controllate. Il coordinamento si realizzerà, ad esempio,

[40] Noto come GDPR (General Data Protection Regulation).
[41] Si veda, ad esempio, Cassazione Penale, Sentenza n. 4677 del 18 dicembre 2013.

attraverso l'emanazione, da parte dell'OdV della società controllante di linee guida tese ad assicurare l'omogeneità di azione degli Organismi di Vigilanza delle società controllate, che potrenno implementarle in piena autonomia; oppure, in sede di redazione della Relazione annuale, attraverso una nota informativa dell'organismo di ciascuna società controllata verso l'OdV della capogruppo che sintetizzi le attività svolte, allo scopo di consentire una valutazione, da parte dell'organismo della capogruppo, in merito alla auspicabile coerenza metodologica e alllo stato di aggiornamento dei Modelli 231 delle società controllate.

- Collaborazione con gli organi di controllo: lo scambio di informazioni e, più in generale, la fattiva collaborazione con gli altri attori del sistema di controllo (es.: collegio sindacale, compliance, internal audit, risk management, funzione antiriciclaggio, RSPP, Dirigente preposto ex L. 262/2005), comunque denominati, è requisito indispensabile ai fini di un proficuo svolgimento delle attività di vigilanza.

Per quanto riguarda la responsabilità relativa all'aggiornamento del Modello, vale la pena sottolineare come tra i compiti che l'OdV deve svolgere rientri esclusivamente quello di valutare se lo stesso conservi nel tempo i requisiti di funzionalità e, laddove ciò non accada, di curarne l'aggiornamento mediante la presentazione di apposite osservazioni agli organi aziendali, cui compete il concreto adeguamento del Modello. In altre parole, in capo all'Organismo di Vigilanza grava solo un onere di segnalazione, mentre la responsabilità dell'effettiva modifica e dell'adeguamento del Modello rimane in ogni caso appannaggio dell'organo amministrativo.

2.3. La composizione ottimale e l'inquadramento organizzativo

Attesa la funzione decisiva dell'Organismo e della sua attività ai fini dell'efficace attuazione del Modello, è necessario effettuare una valutazione approfondita in relazione alle diverse possibilità di composizione dell'OdV. Attualmente tale scelta, infatti, è connotata da un carattere di grande autonomia per gli Enti, che possono optare per una composizione di tipo mono-soggettivo oppure plurisoggettivo, con membri sia interni all'ente che esterni.

Il Decreto prevede attualmente che le funzioni di tale Organismo, negli enti di piccole dimensioni, possano essere anche svolte direttamente dall'organo dirigente. Una simile opzione, in ogni caso, è da percorrere con estrema cautela, attesa la possibilità di sovrapposizioni e conflitto di interessi tra lo stesso soggetto che diventerebbe controllore e controllato, nonché la necessità di garantire, in ogni caso, gli "autonomi poteri di iniziativa e di controllo" richiesti dalla norma.

In base al comma 4-bis dell'art. 6, inoltre, nelle società di capitali, la funzione di OdV può essere attribuita dal collegio sindacale, dal consiglio di sorveglianza e dal comitato per il controllo della gestione.

Tale previsione necessita di un approfondimento in merito a diversi elementi che possono influenzare la decisione in oggetto. Infatti, se da un lato dalla coincidenza dei due organi può trarsi, soprattutto nelle PMI, una maggior efficienza del sistema dei controlli ed una migliore diffusione e maggiore

tempestività dei flussi informativi, dall'altro l'assegnazione del duplice ruolo ad un unico organo deve essere "oggetto di attenta valutazione, per evitare in concreto l'insorgere di possibili conflitti d'interesse o di carenze del sistema di controlli"[42]. Nel complesso, la composizione deve essere valutata caso per caso. In astratto, quella collegiale, in cui oltre a professionisti esterni possono combinarsi soggetti interni all'Ente – anche al fine di agevolare i flussi informativi – potrebbe soddisfare al meglio i requisiti di continuità di azione e, soprattutto quello relativo alle competenze che l'Organismo deve possedere: attraverso una configurazione plurisoggettiva, infatti, sarà possibile combinare *skills* relative a materie aziendalistiche, profili penali, aspetti tecnici concernenti il core business dell'impresa (si pensi ai rischi connessi alla sicurezza) e così via. D'altro canto, la composizione monocratica talvolta può risultare più opportuna nelle realtà più piccole o laddove esistano già strutture composite di *internal auditing* e/o di *compliance*[43].

Si ricorda in ogni caso che per il settore bancario vale quanto previsto dalla Circolare della Banca d'Italia n. 285 (11° aggiornamento)[44], secondo la quale "L'organo con funzione di controllo svolge, di norma, le funzioni dell'organismo di vigilanza – eventualmente istituito ai sensi del d.lgs. n. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti - che vigila sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di organizzazione e di gestione di cui si dota la banca per prevenire i reati rilevanti ai fini del medesimo decreto legislativo. Le banche possono affidare tali funzioni a un organismo appositamente istituito dandone adeguata motivazione"[45].

Oltre all'ottimale composizione dal punto di vista soggettivo, come in precedenza sottolineato, uno dei requisiti fondamentali per garantire l'efficacia dell'azione dell'OdV riguarda la sua indipendenza: affinchè tale condizione sia effettivamente rispettata è necessario anche che la sua collocazione, nell'ambito dell'organigramma dell'ente, non comporti vincoli di subordinazione / soggezione rispetto all'organo amministrativo. Di conseguenza, si reputa opportuno inquadrare l'OdV in un'area non sovrapposta a nessun altro organo/ufficio[46], ipotizzando una collocazione in posizione di staff rispetto ai vertici aziendali: una simile impostazione è stata condivisa anche dalla giurisprudenza, che l'ha valutata positivamente ai fini del giudizio relativo all'efficace attuazione del modello[47]. Tale orientamento è stato confermato anche nel caso di un OdV composto dal preposto al controllo interno nonché responsabile

[42] Cfr. Linee Guida Confindustria.

[43] La giurisprudenza sul tema, infatti, ancorché non copiosa, in più circostanze ha censurato la scelta monocratica, soprattutto laddove i rischi siano manifesti e notevoli, evidenziando, in alcuni casi, come tale opzione costituisca per il modello organizzativo adottato "una non trascurabile criticità", giacché "il fatto stesso che l'organismo di vigilanza sia di natura monocratica è idoneo a pregiudicare l'efficacia concreta della sua azione di monitoraggio" (Tribunale di Parma, ordinanza del 22 giugno 2015).

[44] Titolo IV, cap. 3, sez. II.

[45] Secondo quanto indicato dalla stessa Banca d'Italia nella "Nota di chiarimenti" del 24 gennaio 2014, aggiornata al 6 giugno 2014 e al 22 luglio 2015, su "Il sistema dei controlli interni, il sistema informativo e la continuità operativa", "*l'adeguatezza della motivazione va valutata alla luce dell'idoneità della particolare composizione prescelta per l'organismo ad assicurare il corretto espletamento dei compiti a esso attribuiti e un efficace coordinamento con il sistema dei controlli interni".*

[46] Cfr. Banca d'Italia, "Provvedimento recante disposizioni attuative in materia di organizzazione, procedure e controlli interni volti a prevenire l'utilizzo degli intermediari e degli altri soggetti che svolgono attività finanziaria a fini di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo, ai sensi dell'art. 7 comma 2 del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231", 10 marzo 2011.

[47] Tribunale di Milano, Ufficio del GIP, Ordinanza del 17 novembre 2009.

internal auditing, in quanto la figura in questione risultava non vincolata o assoggettata alla Direzione Amministrazione Finanza e Controllo[48].

2.4.Interazione con altri organi dell'ente e flussi informativi

Il D.Lgs. 231/2001 prevede l'obbligo di stabilire appositi flussi informativi nei confronti dell'OdV, relativi sia all'esecuzione di attività sensibili sia a situazioni anomale o possibili violazioni del Modello. Tutti i soggetti che fanno riferimento all'attività svolta dall'Ente dovranno quindi garantire la massima cooperazione, trasmettendo all'OdV ogni informazione utile per l'espletamento delle funzioni che gli sono proprie. L'Organismo, a tal fine, istituisce appositi mezzi di comunicazione, qualora la natura della segnalazione richieda la confidenzialità di quanto segnalato, al fine di evitare eventuali atteggiamenti ritorsivi nei confronti del segnalante. I flussi informativi devono avere natura bidirezionale, consentendo ai destinatari del Modello di informare costantemente l'OdV e a quest'ultimo di interagire/retroagire con gli stessi soggetti:

- Flussi informativi verso l'OdV: possono essere distinti in "flussi informativi attivati al verificarsi di particolari eventi" e "flussi informativi predefiniti". I primi hanno ad oggetto segnalazioni di violazioni sospette o accertate delle prescrizioni contenute nel Modello ovvero, più in generale, segnalazioni di commissione sospetta o accertata di reati presupposto. La seconda categoria di flussi ha invece ad oggetto le informazioni provenienti dalle figure aziendali deputate a gestire le attività sensibili ai sensi del Decreto, indicate nel Modello e ritenute in grado di agevolare i compiti di controllo dell'OdV ponendosi ad integrazione delle informazioni ricavate dalle attività di verifica periodiche (ad es.: elenco delle gare pubbliche di cui la società è risultata aggiudicataria, contratti stipulati con fornitori/consulenti, di importo pari o superiore a soglie predefinite, esiti/verbali delle verifiche ispettive eventualmente condotte da Enti Pubblici, Pubbliche Amministrazioni e Autorità Pubbliche di Vigilanza, eventuali assunzioni di soggetti legati a esponenti della Pubblica Amministrazione). In relazione ai flussi informativi, è necessario indicare chiaramente nel Modello l'indirizzo di posta elettronica dedicato e riservato all'OdV cui possono essere trasmesse le informazioni sopra descritte.
- Flussi informativi dall'OdV: l'Organismo di Vigilanza informa periodicamente l'organo amministrativo in merito alle verifiche pianificate per l'esercizio di riferimento, attraverso la trasmissione del piano delle verifiche formalizzato (se non già inserito nella Relazione annuale). L'OdV relaziona, inoltre, agli organi societari circa gli esiti dell'attività di vigilanza condotta, inviando sia all'organo amministrativo, sia agli organi di controllo interno (Collegio Sindacale, Comitato Controllo e Rischi, ecc.) la Relazione periodicamente predisposta. In aggiunta ai flussi informativi ordinari previsti dall'OdV verso gli organi societari, si evidenzia che l'organismo è chiamato a dare immediata comunicazione a tali soggetti al verificarsi di situazioni straordinarie, inerenti, ad esempio, a eventuali segnalazioni di violazioni dei principi contenuti nel Modello pervenute all'attenzione del medesimo.

[48] Corte d'Appello di Milano, sentenza 21 marzo 2012.

2.5.La nuova normativa sul *whistleblowing*

L'importanza dei flussi informativi e la necessità di tutelare l'autore di eventuali segnalazioni, oltre che essere suggerita da una prassi e da standard di settore ormai consolidati, hanno trovato uno specifico riconoscimento anche dal punto di vista legislativo. La L. 179/2017[49], infatti, ha modificato il D.Lgs. 231/2001, inserendo all'art. 6 i nuovi commi 2-bis, 2-ter e 2-quater, disponendo, in primo luogo, che i modelli organizzativi debbano prevedere:

a) "uno o più canali che consentano di presentare segnalazioni[50] circostanziate di condotte illecite, fondate su elementi di fatto precisi e concordanti, o di violazioni del Modello, di cui siano venuti a conoscenza in ragione delle funzioni svolte, garantendo la riservatezza dell'identità del segnalante[51];
b) almeno un canale alternativo di segnalazione idoneo a garantire, con modalità informatiche, la riservatezza dell'identità del segnalante;
c) il divieto di atti di ritorsione o discriminatori, diretti o indiretti, nei confronti del segnalante per motivi collegati, direttamente o indirettamente, alla segnalazione;
d) nel Sistema Disciplinare apposite sanzioni nei confronti di chi viola le misure di tutela del segnalante, nonché di chi effettua con dolo o colpa grave segnalazioni che si rivelano infondate".

La nuova formulazione della norma, dunque, introduce un ulteriore requisito da rispettare ai fini di un giudizio positivo sull'idoneità dei modelli organizzativi, consentendo di sviluppare alcune considerazioni soprattutto in relazione ai profili oggettivi delle eventuali segnalazioni. In primo luogo, va sottolineato come il concetto di «condotta illecita» si presti a una varietà di interpretazioni piuttosto ampia, atteso che, verosimilmente, è difficilmente ipotizzabile che il segnalante stesso debba effettuare una valutazione in merito alla tipologia di fattispecie integrata dai fatti segnalati. Da tale circostanza è partito probabilmente il Legislatore nella scelta di non definire l'ambito oggettivo della segnalazione all'interno di schemi giuridici eccessivamente rigidi o che presuppongano specifiche nozioni di diritto penale. Inoltre, poiché anche il concetto di illiceità può essere molto ampio, la L. 179/2017 ha specificato che le segnalazioni devono riguardare solo i comportamenti rilevanti ai fini del D.Lgs. 231/2001, oltre a dover essere supportate da solidi elementi probatori (gli "elementi di fatto precisi e concordanti" citati dal Decreto).

In base a quanto considerato in precedenza, è possibile ad ogni modo rilevare come, anche prima della sua formale introduzione dal punto di vista normativo, era possibile includere lo strumento del *whistleblowing* nell'ambito dei flussi informativi previsti nei confronti dell'Organismo di Vigilanza. Da questo punto di vista, ancorché il nuovo comma 2-bis, invece, non menzioni esplicitamente il destinatario delle segnalazioni, è lecito ipotizzare che debba essere coinvolto, ancorchè non

[49] Legge del 30 novembre 2017, n. 179, "Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato".
[50] Sia da parte dei soggetti in posizione apicale che da quelli collocati in posizione subordinata.
[51] In relazione ai soggetti legittimati a presentare segnalazioni, il comma 2-bis fa riferimento a quelli indicati all'art. 5, vale a dire, sostanzialmente quelli incardinati all'interno alla società.

necessariamente in via esclusiva, l'OdV[52]. Il coinvolgimento di tale organo, infatti, sembra poter "realizzare con efficacia le finalità della nuova disciplina, di salvaguardare l'integrità dell'ente e tutelare il segnalante; finalità che difficilmente potrebbero essere perseguite se, invece, le segnalazioni venissero recapitate a soggetti nei cui confronti il segnalante abbia una posizione di dipendenza funzionale o gerarchica ovvero al presunto responsabile della violazione ovvero ancora a soggetti che abbiano un potenziale interesse correlato alla segnalazione"[53].

Per quanto riguarda gli aspetti operativi, dal tenore letterale della norma si evince che i canali possono essere anche più di uno, ai quali si affianca "almeno un canale alternativo" che possa garantire la possibilità di effettuare segnalazioni attraverso l'adozione di opportune misure tecniche, organizzative e informatiche che garantiscano la riservatezza del segnalante[54]. Da quanto fin qui analizzato, si può affermare quanto meno che gli enti debbano dotarsi di strumenti più avanzati della semplice casella di posta elettronica dedicata all'Organismo di Vigilanza, soprattutto ai fini della riservatezza[55] sull'identità del segnalante, nonché definire meccanismi di verifica della fondatezza della segnalazione[56]. L'individuazione di una procedura *ad hoc* è necessaria anche in relazione alle attività da intraprendere nel caso di risposta alla segnalazione, definendo una specifica metodologia e individuando i soggetti coinvolti, nonché i tempi e gli strumenti di verifica da utilizzare.

Mette conto ricordare che la disciplina bancaria e finanziaria già dal 2013-2015 contiene in nuce le caratteristiche di fondo di un sistema di *whistleblowing:* si vedano, al riguardo, gli art. 52-bis TUB e 8-bis TUF, dedicati ai sistemi interni di segnalazione delle violazioni delle norme disciplinanti l'attività bancaria e finanziaria. Da ultimo, l'art. 48 del dlgs. n. 90/2017 prevede analoghi meccanismi di sgnalazione delle violazioni delle disposizioni antiriciclaggio e contro il finanziamento del terrorismo.

2.6. Nuove funzioni e profili di responsabilità

Ancorchè, anche in tema di responsabilità dell'OdV, la normativa vigente non abbia fornito indicazioni specifiche, la dottrina e la giurisprudenza generalmente escludono che i membri dello stesso rivestano una posizione di garanzia di tipo attivo, con la conseguenza di escludere l'attribuzione di una

---

[52] Di conseguenza, potrebbe ritenersi che il nuovo requisito previsto dalla norma sia rispettato anche nel caso in cui i sistemi di whistleblowing già esistenti all'interno dell'organizzazione siano conformi alle nuove previsioni. In altri ordinamenti le segnalazioni possono essere gestite addirittura da soggetti terzi esterni all'organizzazione, specializzati nella fornitura di questo particolare servizio, i quali sono tenuti a indirizzare dette segnalazioni ai responsabili dell'organizzazione che hanno il compito di gestire le azioni successive. Sul punto, si veda M. Pansarella, "Problematiche giuridiche ed organizzative del whistleblowing nei modelli 231", in La responsabilità amministrativa delle società e degli enti, n. 1/2018.

[53] Cfr. Confindustria, "La disciplina in materia di whistleblowing – Nota illustrativa", gennaio 2018.

[54] Attraverso il combinato disposto delle lett. a) e b), dunque, si evince come, sostanzialmente, i canali debbano essere necessariamente più di uno.

[55] Sul punto, giova sottolineare come l'elemento della riservatezza sia distinto dall'anonimato, come rimarcato anche dall'Autorità Nazionale Anticorruzione, che chiarisce come la garanzia di riservatezza presuppone che il segnalante renda nota la propria identità. Ovviamente, tale considerazione non esclude che possano essere prese in considerazione anche segnalazioni anonime, soprattutto laddove siano "adeguatamente circostanziate e rese con dovizia di particolari, ove cioè siano in grado di far emergere fatti e situazioni relazionandoli a contesti determinati". Si veda, Determinazione ANAC n. 6 del 28 aprile 2015 – "Linee Guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti".

[56] Tale verifica è di grande importanza in quanto la lett. d) del nuovo comma 2-bis impone di prevedere sanzioni anche nei confronti di soggetti che dovessero effettuare segnalazioni "che si rivelano infondate".

responsabilità di natura penale in capo ai suoi membri. La loro responsabilità resterebbe, dunque, eventualmente quella di natura civilistica derivante dal mandato ricevuto. Andrebbe, a tal proposito, chiarito meglio l'ambito dei poteri dell'OdV, anche esplicitandolo in maniera puntuale dal punto di vista normativo (*infra*). Come in precedenza sottolineato, infatti, l'Organismo dovrebbe configurarsi quale organo di staff del Consiglio di amministrazione, deputato ad un controllo di livello subordinato e privo di reali poteri gestionali o impeditivi. Inoltre, è da rilevare che con le nuove norme di cui al D.Lgs. 90/2017 sono venuti meno gli obblighi antiriciclaggio riferibili ai componenti dell'OdV, restando comunque salva la vigilanza generale sulla prevenzione dei reati di cui all'art. 25-octies del D.Lgs. 231/2001.

È dunque opportuna un'attenta riflessione in punto di attribuzione di doveri e poteri all'OdV, poiché da un lato si assiste alla venuta meno di taluni obblighi come sopra specificato, mentre dall'altro si assiste ad una tendenza inversa, rappresentata, ad esempio, dalle indicazioni dell'ANAC in relazione al ruolo dell'Organismo nelle società a partecipazione pubblica, come meglio evidenziato di seguito.

2.6.1. L'OdV nelle società a partecipazione pubblica

In relazione a quanto fin qui analizzato, posto che gli Enti in controllo pubblico sono destinatari di diverse normative e di obblighi di varia natura che presentano anche profili di sovrapposizione ed intersezione, tali da aumentarne il livello di complessità (*supra*), varrà evidenziare come anche l'Organismo di Vigilanza dovrà riorganizzare le metodologie, la prospettiva, le caratteristiche del proprio operato alla luce della peculiare natura di tali soggetti giuridici.

In primo luogo, corre l'obbligo di rimarcare come la connotazione pubblica di una società non faccia in alcun modo venir meno l'obbligo di dotarsi di un apposito Organismo di Vigilanza, laddove sia stato adottato un Modello ex D.Lgs. 231/2001, a prescindere dall'elaborazione di un PTPC e della presenza di un Responsabile per la Prevenzione della Corruzione.

Del resto, le finalità degli impianti normativi sono diverse, anche in considerazione del fatto che il Decreto 231 ha come riferimento un elenco dei reati-presupposto decisamente più ampio ed eterogeneo rispetto a quanto previsto dalla L. 190/2012 (*supra*).

Nonostante le differenze in questione, ad ogni modo, i succitati provvedimenti dell'ANAC prevedono espressamente che "in una logica di coordinamento delle misure e di semplificazione degli adempimenti, le società integrano il Modello di organizzazione e gestione ex D.Lgs. 231/2001 con misure idonee a prevenire anche i fenomeni di corruzione e di illegalità all'interno delle società in coerenza con le finalità della l. 190/2012" e, di conseguenza, "le misure volte alla prevenzione dei fatti di corruzione ex lege 190/2012 sono elaborate dal Responsabile della prevenzione della corruzione in stretto coordinamento con l'Organismo di Vigilanza".

L'OdV, pertanto, alle attività svolte in maniera "ordinaria" per vigilare sui processi mappati e sui meccanismi di controllo stabiliti all'interno del Modello 231 dovrà affiancare un'azione di controllo più ampia e articolata. Nell'ottica di una simile responsabilità, appare evidente la necessità di una stretta collaborazione e una frequente interazione tra l'Organismo di Vigilanza e il Responsabile per la

prevenzione della corruzione e della trasparenza (RPCT)[57] – alla cui nomina sono tenute le società in controllo pubblico[58] – ai fini del proficuo scambio di informazioni e della condivisione delle attività di controllo. Numerose sono, pertanto, le attività, le informazioni, i documenti che l'Organismo di Vigilanza può acquisire dal Responsabile per la Prevenzione della Corruzione e della Trasparenza per trarre utili indicazioni ai fini dello svolgimento delle attività di verifica e della valutazione del sistema generale dei controlli, tra cui, ad esempio[59]:

- il Piano Triennale Prevenzione Corruzione;
- la Relazione annuale;
- report relativo al processo di selezione e gestione del personale;
- relazione sul rispetto del Codice di comportamento;
- informazioni sulla rotazione degli incarichi;
- eventuali segnalazioni pervenute tramite il sistema di whistleblowing, che potrebbe trovare un utilizzo condiviso attraverso il ricorso a canali dedicati sia all'OdV che al RPCT;
- report sulle attività di verifica dei processi di affidamento di lavori, servizi, forniture.

I principali processi sensibili che l'Organismo di Vigilanza è chiamato a monitorare, nella duplice prospettiva di natura penal-preventiva e di *fraud prevention*, a tutela dell'immagine e del patrimonio della società medesima, sono quelli già menzionati al precedente § 1.5, vale a dire, ad esempio, la gestione delle regalie, la stipula di accordi con la P.A., la selezione dei fornitori, la gestione del personale, degli incarichi professionali, e così via.

Fatta salva la succitata necessità di una stretta collaborazione tra RPCT e OdV, tuttavia, per ciò che concerne la sua composizione, gli ultimi orientamenti dell'ANAC, rivedendo l'impostazione precedente, hanno ritenuto di dover escludere che l'RPCT possa far parte dell'Organismo di Vigilanza (anche nel caso in cui presenti una struttura collegiale), in ragione delle diverse funzioni da svolgere nonché alle diverse finalità stabilite dalle normative di riferimento[60].

Il ruolo dell'OdV nelle società a partecipazione pubblica è di recente stato ulteriormente rafforzato dall'ANAC, che nella succitata Determinazione n. 1134/2017 ha indicato tale Organismo come possibile soggetto destinatario dei compiti di attestazione dell'assolvimento degli obblighi di pubblicazione sui siti istituzionali degli Enti di cui al D.Lgs. 33/2013, che il comma 8-bis della Legge Anticorruzione attribuisce

---

[57] A tale proposito, giova evidenziare come il Responsabile per la Prevenzione della Corruzione e della Trasparenza (RPCT), la cui nomina è effettuata da parte dell'organo amministrativo debba essere un soggetto interno all'Ente, da individuarsi tra: (i) i dirigenti della società, scegliendo tra coloro che sono responsabili in aree a minor rischio di commissione di episodi corruttivi; (ii) dipendente con un profilo non dirigenziale (nelle sole ipotesi in cui la società sia priva di dirigenti, o questi siano in numero così limitato da dover tutti svolgere funzioni gestorie), che garantisca comunque le idonee competenze in materia di organizzazione e conoscenza della normativa sulla prevenzione della corruzione; (iii) come extrema ratio, e solo in circostanze eccezionali, un amministratore privo di deleghe gestionali.

[58] Al fine di rendere obbligatoria la nomina, l'ANAC stabilisce che le società stabiliscano opportuni adeguamenti anche attraverso modifiche statutarie, o attraverso altre forme, fornendo in ogni caso una chiara indicazione in relazione al soggetto che dovrà svolgere tale funzione.

[59] Cfr. M. Ippolito, "L'organismo di vigilanza nelle società a partecipazione pubblica: la specificità dei controlli richiesti anche in una prospettiva di fraud prevention", in La responsabilità amministrativa delle società e degli enti, n. 2/2017.

[60] Tale orientamento, contenuto nella Delibera n. 1134/2017 inverte completamente quello precedentemente diffuso attraverso la Determinazione n. 8/2015.

agli Organismi Indipendenti di Valutazione (OIV) . Anche per le società in cui un ente pubblico detenga una partecipazione non di controllo, le attività di controllo rispetto agli obblighi di pubblicazione sono da attribuire "preferibilmente all'Organismo di Vigilanza". Soluzione questa che ha acceso molti dibattiti e che in parte è stata rivista dalla Determina ANAC n. 141/2018 in cui è stata data la possibilità alle società "controllate" di affidare tale attestazione direttamente al RPCT, mentre per le società "meramente partecipate" la competenza è stata individuata in capo al legale rappresentante.
Le peculiarità dell'attività dell'OdV nelle società a partecipazione pubblica riguardano anche la disciplina del *whistleblowing* in precedenza analizzata, soprattutto in relazione agli aspetti soggettivi. Infatti, mentre in via generale le tutele previste per chi effettua la segnalazione sono rivolte prevalentemente a soggetti interni all'ente (vale a dire quelli "indicati nell'articolo 5, comma 1, lettere a e b"), la l. 179/2017, modificando l'art. 54-bis del D.Lgs. 165/2001, ha espressamente esteso la disciplina in questione anche "ai lavoratori e ai collaboratori delle imprese fornitrici di beni o servizi e che realizzano opere in favore dell'amministrazione pubblica"[61]. Di conseguenza, sarà necessario costruire canali di comunicazione attivabili anche da parte di soggetti esterni alla società, i quali dovranno essere resi edotti dell'esistenza delle forme specifiche di tutela della riservatezza previste per il *whistleblowing*.

3. Obiettivi normativi e regolamentari

Come fin qui rilevato, nel corso del tempo il Legislatore ha introdotto vari strumenti (fra i quali il D.Lgs 231/2001 e la L. 190/2012) che, pur rispondendo a principi di tutela di interessi fra loro diversi, hanno la comune finalità di ridurre il rischio di commissione di un illecito in ambito societario. Entrambi questi provvedimenti individuano quale criterio di imputazione soggettiva la c.d. colpa di organizzazione e adottano un sistema di allocazione della responsabilità sulla base di una deficienza organizzativa desumibile dalla mancata adozione di adeguati modelli di prevenzione e protezione.
Il concetto di *compliance program* e, nello specifico, il Modello 231 sono richiamati in ambiti sempre più ampi e differenziati, tra cui il "rating di legalità", il "rating di impresa" (previsto dal nuovo Codice Appalti, come meglio esplicitato di seguito), la "*cooperative compliance*" prevista in campo tributario, e così via. Tra l'altro, proprio prendendo spunto da tale ambito, è stata da parte di alcuni autori ventilata la possibilità di immaginare, anche per i Modelli organizzativi, modalità di "certificazione preventiva".
La descrizione dei fenomeni fraudolenti, nonché delle modalità e dei contesti in cui gli stessi si manifestano, richiede un approccio multidisciplinare come in pochi altri campi di osservazione. Come sostengono le *best practices* statunitensi, nel *fraud management* non esiste un unico *body of knowledge*, ma un approccio organico che comprende aspetti umani, organizzativi, normativi, nonché una conoscenza delle tecnologie e delle fenomenologie sociali e culturali.
Tuttavia, con riferimento alla disciplina introdotta dal D.Lgs. 231/2001, nella prassi applicativa si è delineata la tendenza ad adeguarsi alle indicazioni del Decreto in termini di mera aderenza (spesso

[61] Una simile previsione trova la sua ratio nella natura stessa del reato di corruzione, basato sul cd. «concorso necessario», in base al quale è sempre necessaria la compartecipazione di due soggetti, uno all'esterno e uno all'interno della Pubblica Amministrazione (intesa in senso lato).

meramente formale) al dettato normativo. Un'impostazione simile (in realtà non solo riferita al Decreto) ha probabilmente contribuito a sviluppare una cultura lontana da obiettivi di efficacia ed efficienza del sistema di controllo interno (SCI), che spesso è interpretato come un'ingombrante zavorra rispetto alle attività connesse al *core business* dell'ente.

Questa tendenza è stata alimentata da diversi fattori che, nel tempo, hanno evidenziato l'approccio repressivo della disciplina 231, a discapito della logica collaborativa e premiale che avrebbe potuto rappresentare il valore aggiunto della disciplina stessa. Il riferimento è, in via principale, alla stratificazione degli interventi normativi, alla continua proliferazione dei reati presupposto e ad alcuni orientamenti giurisprudenziali, che creano incertezza sull'efficacia esimente dei modelli organizzativi. Da ciò emerge l'opportunità di attivare un processo di riforma del D.Lgs. 231/2001 che determini un migliore bilanciamento tra le esigenze penal-preventive e quelle di tutela della liberatà di iniziativa economica, attraverso dei correttivi volti, tra le altre cose, a riaffidare alle imprese il ruolo proattivo nella prevenzione, a prevedere misure di semplificazione a beneficio delle PMI, ad assicurare alle imprese adeguate garanzie processuali e a favorire la diffusione dei Modelli organizzativi valorizzando la logica della premialità.

Nell'ottica della riforma, il Decreto andrebbe configurato come un sistema integrato fondato sull'idea della "prevenzione mediante organizzazione", che sia il più *comprehensive* possibile, e quindi capace di inglobare sinergicamente tutte le più rilevanti funzioni aziendali, considerate unitariamente in un opportuno contesto di *Enterprise Risk Management* e di integrazione dei controlli organizzativi ai rischi rilevanti[62].

In definitiva, anche al fine di dirimere alcune controversie nate in relazione all'effettiva funzione esimente dei Modelli e agli obiettivi realmente perseguiti dalla norma, appare opportuno valutare la possibilità di apportare all'intero impianto alcune modifiche, che agiscano in due direzioni prevalenti: cambiamento di alcuni profili di tipo penale/procedimentale e sostegno alla diffusione dei MOG attraverso l'adozione di una più spinta logica di premialità.

3.1. Aspetti di rilevanza penale e processuale.

Sebbene il legislatore delegato sia stato molto chiaro e apparentemente inequivoco nell'identificare la responsabilità degli enti come "amministrativa", dubbi sono sorti sulla sua natura in ragione di diversi profili normativi ed ordinamentali che hanno fatto propendere una parte degli interpreti per la qualificazione "penale" del sistema sanzionatorio e processuale previsto dal D.Lgs. 231/2001.

Una simile questione non è puramente esegetica ma comporta diverse ed importanti ricadute sul piano applicativo, da individuarsi, in special modo, nei limiti entro cui può operare il sistema normativo così come sanciti dai principi regolatori della materia penale.

---

[62] Si tratta, dunque, di intervenire sulla ratio stessa della disciplina, anche in linea con la recente opinione espressa da Assonime, secondo cui "è ormai incerta la finalità della normativa che, nata come un'opportunità per le imprese in termini di esenzione dalla responsabilità per gli illeciti commessi nell'attività di impresa quando sia attuata la conformità al decreto (predisposizione di modello organizzativo adeguato; previsione dell'Organismo di Vigilanza), si è nel tempo rivelata un severo strumento di importanza centrale per promuovere la legalità di impresa, a cui i giudici attingono per condannare, con misure e sanzioni gravi, le imprese che non impediscano i reati commessi nel loro interesse o vantaggio".

In base a tali considerazioni, uno dei punti di maggiore criticità nell'attuale contesto normativo che necessiterebbe di un approfondimento e di un'eventuale revisione riguarda proprio il procedimento di accertamento giudiziale e il sistema dell'onere della prova, che sostanzialmente vede emergere una vera e propria inversione rispetto ai procedimenti ordinari. Nonostante l'accertamento della responsabilità avvenga sostanzialmente nell'ambito di un processo penale, infatti, a differenza del caso in cui il reato sia commesso da uno dei soggetti c.d. "sottoposti" ai sensi dell'art. 7 del Decreto (ove è previsto che l'adozione e l'efficace adozione del Modello escluda di per sé "l'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza" e, dunque, la conseguente responsabilità dell'Ente), per gli illeciti posti in essere dai soggetti "apicali" spetta all'Ente provare il rispetto dei presupposti richiesti dall'art. 6. La conseguenza di una simile impostazione si traduce in una *probatio diabolica* in base alla quale dovrà essere la persona giuridica a dimostrare che il modello di organizzazione è stato adottato efficacemente e che è risultato idoneo alla prevenzione dei reati; in secondo luogo, viene caricata sul soggetto chiamato a difendersi la prova che il modello sia stato fraudolentemente eluso dagli stessi soggetti apicali e che, parallelamente, non vi sia stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'ODV.
Sul punto, inoltre, non va trascurato come il disposto dell'art. 6 sia da analizzare in maniera combinata con l'art. 8, che stabilisce una responsabilità autonoma tra l'ente e la persona fisica coinvolta nell'illecito: tale "divaricazione soggettiva", che costituisce una deroga alla regola del *simultaneus processus* rischia di generare un ulteriore "alleggerimento probatorio dell´onere dimostrativo della pubblica accusa che si accinge a perseguire un *corporate crime*"[63]. Nei casi in cui non sia identificato l´autore del reato, ad esempio, l'accusa potrà limitarsi ad allegare elementi indiziari o meramente presuntivi per presumere che si tratti di un soggetto apicale, con l'evidente conseguenza di attribuire in capo all'Ente l´onere di dimostrare la sussistenza di tutte le circostanze esimenti previste dalla norma[64]. Inoltre, come rilevato da autorevole dottrina, tali elementi appartengono "a due piani ben distinti, forzatamente inseriti in un unico contesto": se, da un lato, l´Ente deve dimostrare di avere adottato un MOG idoneo a prevenire la commissione di reati e di averne demandato l´efficace attuazione all'Organismo di Vigilanza, dall´altro, invece, esso deve provare sia la mancanza di *culpa in vigilando* da parte di tale organismo, sia la condotta fraudolenta dell´autore del reato[65]. Probabilmente, anche in relazione a quest'ultimo aspetto, potrebbe rendersi necessaria maggiore chiarezza da parte della norma, al fine di non demandare la definizione dei comportamenti in questione solo alla giurisprudenza, che ha interpretato il parametro in questione a volte come adozione di comportamenti fraudolenti ulteriori alla condotta tipica del reato presupposto, orientati e causalmente incidenti sulla sua neutralizzazione, a volte come intenzionalità soggettiva (dolo di elusione) dei soggetti apicali[66]. Poichè sul punto, tra gli aspetti soggettivi o oggettivi, in molti casi la giurisprudenza ha privilegiato i secondi, vale a dire la modalità in cui la la condotta illecita è stata posta in essere, al fine di alleggerire l'onere

[63] Cfr. Presutti-A. Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 80-81.
[64] Cfr. P.P. Paulesu, *Responsabilità «penale» degli enti e regole di giudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 2013.
[65] Cfr. E. Amodio, Prevenzione del rischio penale d´impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti, in *Cass. pen.*, 2005, p. 323.
[66] Nel primo senso, tanto con riferimento alla colpa di organizzazione quanto riguardo al tema dell'elusione fraudolenta, Cassazione. 18.12.2013 n. 4677; nel secondo senso, Tribunale di Milano (ufficio gip) 17.11.2009.

probatorio in capo all'Ente, anche su questa materia potrebbe essere auspicabile un intervento normativo che chiarisca meglio i confini dell'elemento in questione.
Gli elementi fin qui analizzati, creando una distorsione nella fisiologica ripartizione dell'onere della prova, sbilanciano eccessivamente lo svolgimento processuale a danno della difesa, perpetuando anche una lesione del diritto alla difesa e del principio della presunzione di non colpevolezza costituzionalmente garantito (art. 27, c. 2).
La concezione della disciplina della 231 come "materia penale" impone, pertanto, di riflettere su questa problematica dal momento che in campo amministrativo non sono esportabili per analogia quei principi e quelle garanzie che non siano espressamente stabilite dal legislatore.
Soprattutto ai fini di garantire le corrette tutele processuali e di attribuire effettiva validità esimente al Modello, in definitiva, appare certamente opportuno assimilare il regime probatorio previsto per i casi in cui il reato sia commesso da un soggetto in posizione apicale a quello definito dall'art. 7 per gli illeciti posti in essere dai "sottoposti". Inoltre, per evitare l'attribuzione di margini discrezionali troppo estesi e dagli incerti confini, la norma si dovrebbe fare carico di richiamare le Linee Guida alle quali i modelli di organizzazione dovrebbero ispirarsi in maniera maggiormente cogente, attribuendo maggior valore al loro rispetto in sede di elaborazione e attuazione dei MOG.
Questo approccio trova già applicazione, ad esempio, nell'ambito della disciplina sulla prevenzione dagli infortuni sul lavoro laddove l'art. 30 del D.Lgs. 81/2008, nella delineazione degli specifici modelli di gestione e organizzazione, rinvia ampiamente alle Linee Guida e alla normativa correlata. Dette differenti fonti, oltre a garantire un chiaro spazio di certezza giuridica funzionale alla costruzione di un Modello che possa dirsi efficace ed idoneo, permettono ai destinatari di comprendere in anticipo con precisione le regole alle quali dovranno attenersi ed i limiti del loro agire.
Pur comprendendo come l'applicazione ad ambiti meno "tecnici" debba imporre l'adozione di principi piuttosto che di regole dettagliate e di disposizioni più elastiche di quelle specifiche della normativa della sicurezza sui luoghi di lavoro, rimane invariata l'essenza delle considerazioni sin qui svolte: il rafforzamento della posizione processuale dell'ente, l'incentivo all'adozione dei modelli, la più semplice individuazione dei fatti che possono essere ascritti e contestati all'ente e maggiori certezze circa la previsione dei possibili esiti sanzionatori sono alcuni chiari risvolti sui quali è necessario riflettere, nell'ottica di rendere più efficace ed efficiente il sistema di responsabilità delle persone giuridiche.

Oltre agli aspetti probatori, altro punto rilevante, in un'ottica di possibile riforma normativa, è quello della delimitazione più chiara e razionale dei reati presupposto, che conduca alla circoscrizione degli illeciti connessi al diritto penale dell'impresa,eliminando i rinvii a reati ultronei o tipicamente ricollegabili a realtà "ontologicamente" illecite, quali quelli direttamente connessi alla criminalità organizzata, contro la personalità individuale o a organizzazioni strutturalmente dedite a traffici delittuosi.
Sempre in tema di reati presupposto, bisognerebbe favorire maggiore certezza del diritto evitando la possibilità di richiami indefiniti, come di fatto è accaduto attraverso l'estensione della responsabilità per reati non direttamente contemplati dalla norma (i.e. quelli fiscali) nella contestazione di illeciti contenuti

nel Decreto quali l'associazione a delinquere e l'autoriciclaggio, stabilita in alcuni casi dalla giurisprudenza[67]. In alternativa, si dovrebbe almeno limitare la rilevanza ai fini 231 dei reati associativi alle sole ipotesi in cui il reato-base sia anche illecito presupposto della responsabilità amministrativa degli enti. In modo analogo, andrebbe rivisto il sistema del reato di autoriciclaggio, prevedendone la punibilità ai sensi del Decreto 231 solo nelle ipotesi in cui il reato-base sia illecito presupposto della responsabilità amministrativa e sia anch'esso – come il reato di autoriciclaggio – commesso nell'interesse e a vantaggio dell'ente.

Tali considerazioni impongono un'ulteriore riflessione in quanto l'impianto del D.Lgs. 231/2001, interpretato quale norma penale, rischia di entrare in conflitto con i principio di determinatezza[68] e di legalità, non consentendo ai suoi destinatari la certa previsione delle condotte considerate rilevanti.

Le fattispecie in questione, infatti, configurandosi come vere e proprie "clausole di apertura", pongono seri interrogativi e dubbi anche in relazione alla conformità al dettato costituzionale e ai principi richiamati dallo stesso Decreto 231: laddove si ritenesse che l'Ente risponde per il fatto di reato in quanto commesso nell'ambito organizzativo, l'applicabilità allo stesso di fattispecie nelle quali un elemento (il diverso reato) non è contemplato dalla stessa normativa potrebbe fondare seri dubbi di legittimità in ordine alla violazione del principio di legalità. Anche alla luce del principio contenuto all'art. 2 della norma[69], il catalogo dei reati presupposto dovrebbe essere considerato "chiuso" e non può essere integrato attraverso l'implicito rinvio a fattispecie non indicate in via espressa. Pertanto, la responsabilità dell'ente dovrebbe sussistere, eventualmente, soltanto se il reato-base rientra nel citato catalogo tassativo.

Pur omettendo ogni riflessione astratta sul rispetto del principio di legalità, è da evidenziare l'impatto molto rilevante di tale problematica sulla predisposizione dei Modelli organizzativi: infatti, se si ammettesse che qualsiasi delitto può rappresentare il reato-presupposto della responsabilità 231, si imporrebbe la predisposizione di un MOG che dovrebbe contemplare (e prevenire) la possibile realizzazione di un numero di reati estremamente diversificato, imprevedibile e molto superiore a quello che la stessa norma prevede, rendendo quasi impraticabile l'effettivo aggiornamento del Modello organizzativo e vanificando il sistema di prevenzione adottato dall'impresa.

Ulteriore aspetto meritevole di approfondimento riguarda l'impianto sanzionatorio e l'opportunità di rivedere eventualmente i criteri di scelta e le fattispecie per l'applicazione delle sanzioni interdittive (art. 14), in considerazione dell'elevata invasività per la vita dell'ente. In particolare, nell'applicazione delle sanzioni interdittive, che dovrebbero essere scelte in ragione della loro idoneità specifica a prevenire illeciti del tipo di quello oggetto di contestazione, bisognerebbe tenere conto delle dimensioni dell'ente e della tutela dei livelli occupazionali, limitando, per quanto possibile, effetti pregiudizievoli

[67] Ad esempio, la Cassazione, con sentenza n. 24841 del 6 giugno 2013, ha sancito la responsabilità dell'ente per illeciti ex D.Lgs. 74/2000 laddove commessi tramite il reato di associazione a delinquere (416 c.p.), contemplato dall'art. 24-ter del Decreto e dalla L. 146/2006.

[68] Ispirato all'art. 25 Cost. e all'art. 1 C.P.

[69] "*L'ente non può essere ritenuto responsabile per un fatto costituente reato se la sua responsabilità amministrativa in relazione a quel reato e le relative sanzioni non sono espressamente previste da una legge entrata in vigore prima della commissione del fatto*"

all'economia territoriale o nazionale. Simili considerazioni valgono, a maggior ragione, per l'applicazione di tali sanzioni in via cautelare (art. 45 del Decreto): al riguardo, sarebbe opportuno inserire (all'art. 46) un esplicito richiamo ad alcuni parametri, quali le condizioni economiche e patrimoniali dell'ente (menzionate dall'art. 11) – da considerare anche quali indici dell'eventuale futura solvibilità dell'ente – così da prestare maggiore attenzione agli effetti che possono derivare da tali misure sulla prosecuzione dell'attività d'impresa, nelle more della definizione del giudizio.
Si tratta di aspetti indispensabili a garantire la graduazione delle misure in funzione delle caratteristiche dell'ente e, di conseguenza, l'equilibrio e la razionalità del sistema cautelare. D'altra parte, la fase cautelare richiede per sua natura maggiori e specifici presidi, se solo di considera che si tratta di un momento precedente all'effettiva dimostrazione della colpevolezza dell'Ente. Al contempo, appare utile estendere in maniera esplicita i presupposti di cui all'art. 45 anche al sequestro preventivo (art. 53), sebbene la disciplina generale di tali misure non venga espressamente richiamata dal Decreto. In particolare, anche ai fini del sequestro preventivo, il giudice dovrebbe accertare la sussistenza dei gravi indizi di responsabilità dell'Ente, nonché "i fondati e specifici elementi" che rendono concreto il pericolo di commissione di un illecito della stessa tipologia.

Inoltre, merita attenzione anche il regime della prescrizione di cui all'art. 22, comma 1 che, nella sua formulazione attuale, ne prevede l'interruzione a fronte della mera richiesta di misure cautelari interdittive. Tale disciplina espone al rischio di un utilizzo strumentale della richiesta di simili misure, volto a interrompere il decorso della prescrizione con conseguente lesione delle garanzie sostanziali e processuali dell'Ente. Sul punto, occorre considerare che la previsione in questione si discosta dalla disciplina penale dell'interruzione della prescrizione ex art. 160 c.p., che la contempla solo in presenza dell'ordinanza che applica la misura cautelare. A tale riguardo, potrebbe essere utile ricollegare in modo esplicito l'interruzione della prescrizione esclusivamente all'applicazione di misure cautelari, al rinvio a giudizio dell'ente e/o all'emissione della sentenza di condanna.
In aggiunta, si ritiene opportuno ripensare la disposizione (art. 22, comma 4) secondo cui, qualora la prescrizione dell'illecito amministrativo sia interrotta per effetto della contestazione dell'illecito stesso, essa riprende a decorrere dal passaggio in giudicato della sentenza che definisce il giudizio sul reato presupposto. Tale previsione, di fatto, rende imprescrittibili le sanzioni amministrative a carico dell'ente, oltre a pregiudicarne il pieno esercizio del diritto di difesa.
Ai fini di una più ampia adozione dei MOG, in ultimo, merita una riflessione l'applicazione delle misure interdittive sopra menzionate, soprattutto se applicate in fase cautelare. Ai sensi degli artt. 17 e 49 del D.Lgs. 231/2001, infatti, tali misure possono essere sospese o revocate in presenza di taluni adempimenti, tra cui il fatto che l'ente abbia "eliminato 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".

3.2.Incentivi alla diffusione dei modelli.

Si ritiene che il maggior incentivo alla diffusione del Modello 231 passi anche attraverso un ripensamento del corpo normativo ispirato, da un lato, a meglio collocare il Modello nell'ambito della *Corporate social responsibility*, andando oltre la mera *compliance* a regole di stampo marcatamente

penalistico, in funzione di una evoluzione dell'impresa anche etica, tesa a salvaguardare (ed eventualmente aumentare) il suo intrinseco valore e, dall'altro, alla volontà di attribuire una maggior trasparenza applicativa alle disposizioni di legge in materia con percorsi chiari e non "ostili" agli Enti.
Infine, è opportuno valutare l'attribuzione di un maggior vigore operativo ai già richiamati rating di legalità e rating d'impresa. Per il primo è opportuno prevedere un'applicazione più efficace, anche ampliandone l'ambito di azione, ad oggi confinato a – sino ad ora non particolarmente significativi – vantaggi in sede di concessione di contributi pubblici, che devono però trovare maggiore attuazione dal punto di vista pratico[70]. D'altro canto, la valutazione del rating d'impresa, il cui possesso è contemplato tra i criteri di selezione del contraente *ex* art. 83 del D.Lgs. 50/2016, deve essere diffusa in maniera più estesa tra le Pubbliche Amministrazioni in sede di gara, ricercando anche una semplificazione negli algoritmi di calcolo e nelle modalità di conseguimento.
In termini di premialità nell'ambito degli appalti pubblici, è possibile ipotizzare un'estensione di tale impostazione anche in relazione al rilascio delle garanzie, che il nuovo Codice ha già parzialmente accolto, laddove agli artt. 93 (comma 7) e 103 (comma 1) è prevista una riduzione del 30% dell'importo da garantire per le imprese in possesso del Modello 231[71]. La percentuale potrebbe essere innalzata almeno fino al 50%, al pari di quanto previsto, ad esempio, per il possesso di certificazioni del sistema di qualità conformi alle norme europee della serie UNI CEI ISO9000. Una simile previsione fornirebbe un incentivo più robusto, anche dal punto di vista strettamente economico, all'adozione dei modelli, soprattutto per imprese che partecipano in maniera frequente a procedure ad evidenza pubblica.
In ultimo, coerentemente con quanto rappresentato nel paragrafo precedente, appare evidente come una maggiore considerazione in sede giudiziale dell'adozione e del rispetto di standard riconosciuti nonché di principi condivisi regolanti l'elaborazione e l'attuazione del Modello, avrebbe risvolti sicuramente positivi anche nell'incentivazione dell'adozione dei MOG e nella corretta implementazione di quelli già esistenti: rendere più certa la possibilità che l'introduzione del modello possa escludere la responsabilità dell'ente ossia svolgere una funzione esimente o, ancora, che possa comunque incidere sulla sanzione inflitta (solo pecuniaria con esclusione di quelle interdittive) rappresenterebbe una più che valida forma di persuasione per le imprese nell'ottica di una valutazione tra costi e benefici che tenga in considerazione aspetti non solo di tipo monetario ma anche organizzativo e culturale, che conducano, in generale, a una maggiore attenzione alla gestione dei rischi.

4. Conclusioni

Il presente lavoro, frutto della proficua collaborazione del CNDCEC con altre associazioni di categoria (ABI, CNF, Confindustria), partendo dal backgroung e dall'attività già svolta in passato da ciascuno degli interlocutori, ha in primo luogo offerto una panoramica sui principi, le metodologie e le tecniche di redazione dei modelli organizzativi, allo scopo di creare dei presidi preventivi che mirino a una

[70] Per i requisiti e i vantaggi connessi al rating di legalità, si vedano l'art. 5- del D.L. 1/2012, la delibera AGCM 14 novembre 2012, n. 24075, la Delibera AGCM del 15 maggio 2018, n. 27165 e il Decreto interministeriale del 20 febbraio 2014 n. 57.
[71] A tal proposito, in realtà, andrebbe altresì chiarito cosa il legislatore abbia voluto intendere con il termine "attestazione" in relazione ai modelli organizzativi ex D.Lgs. 231/2001.

compliance effettiva rispetto ai principi di *risk management* e non a una mera aderenza formale al dettato del Decreto.

Oltre a fornire indicazioni in relazione alla composizione e all'attività dell'Organismo di Vigilanza, il documento ha altresì focalizzato l'attenzione su alcuni aspetti dell'attuale impianto normativo, ponendo alcuni interrogativi in relazione, ad esempio, alla sua reale tenuta, alla effettiva capacità di creare una cultura aziendale della prevenzione e alla correttezza della struttura sanzionatoria dal punto di vista strettamente guridico a garanzia del sistema economico e delle imprese che in esso operano.

È opinione condivisa che la validità, nonché l'efficacia dello strumento, richiedano un adeguamento dell'impianto normativo il quale, sulla base anche delle esperienze condotte negli anni e delle interpretazioni fornite dalla giurispudenza, dovrebbe meglio definire il perimetro delle fattispecie sanzionabili, nonchè le caratteristiche tecniche e operative dei Modelli 231 ai fini della piena valenza esimente ai sensi del Decreto.