

## IL SISTEMA SANZIONATORIO DEL d.lgs. 231/2001: RIFLESSIONI E PROPOSTE

Avv. Carlo Sarzana di S. Ippolito, Presidente Aggiunto Onorario della Corte di Cassazione

### 1. Premessa

Ricordare il travaglio politico-legislativo che dette origine alla legge-delega del 29 settembre 2000, n. 300, e successivamente al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, apparirebbe quasi un'attività di archeologia normativa... se ciò non fosse necessario per comprendere l'originario disegno politico e cercare di ricostruire i successivi sviluppi legislativi, a volte privi di un'intrinseca... coerenza logica... e spesso opera di un legislatore superficiale o disattento, specie per quanto riguarda la tecnica di redazione normativa... ed infine per rendersi conto anche del problema dei rapporti, non sempre trasparenti, tra politica e diritto<sup>1</sup>... Non può certo negarsi, come ripetutamente posto in luce dalla dottrina, l'esistenza di una macroscopica difformità tra l'indicazione dei reati contenuta nella legge-delega 300/2000 e quelli poi effettivamente previsti dal d.lgs. 231/2001, dovuta a pura e semplice opportunità politica... L'operazione legislativa che dette luogo dapprima al ridotto impianto sanzionatorio attuato dal decreto delegato, definita icasticamente da L. Stortoni (vedi l'articolo dal titolo *I reati per i quali è prevista la responsabilità degli enti*, nel volume collettaneo - Supplemento al n. 6/2003 della rivista Cassazione Penale, Milano 2003) come "la montagna che ha partorito il topolino", nel corso degli anni successivi si è ampliata a dismisura, in attuazione, peraltro, di una politica criminale non coerente né omogenea, espressione delle svariate maggioranze politiche che si sono succedute alla guida del Paese.

Sarebbe comunque interessante, sia detto per inciso, effettuare un monitoraggio, o comunque una ricerca accurata, circa l'incidenza della nuova legislazione sulla commissione dei reati da criminalità d'impresa... così come interessante sarebbe accertare l'effettiva messa in opera, almeno nelle maggiori organizzazioni imprenditoriali, del Modello di Organizzazione e Gestione e, soprattutto, dell'istituzione dell'Organismo di Vigilanza previsti dall'art. 6 d.lgs. 231/2001... ma anche della loro idoneità, effettiva, a prevenire i reati indicati nel citato decreto e successive integrazioni e modifiche... Non può infatti escludersi la possibilità di accertare sia un certo ritardo cronologico nella messa in opera dei Modelli e

---

<sup>1</sup> In ordine ai retroscena paranormativi relativi all'emanazione del d.lgs. 231/2001, vedi il volume collettaneo dal titolo *Societas delinquere non potest* relativo al Convegno di Firenze del marzo 2002, Padova 2003, e, in particolare, l'intervento di G. LATTANZI, cui *adde* l'articolo citato di STORTONI, nel quale, in relazione ai lavori parlamentari, si parla apertamente di "colpi di forbice" e di grande superficialità nell'opera di "amputazione" dello schema originario del decreto.

dell'Organismo di Vigilanza, sia una sostanziale, ma forse non involontaria, superficialità nella stessa elaborazione dei Modelli e, soprattutto, nella costruzione concreta degli Organismi di Vigilanza, specie per quanto riguarda la loro effettiva autonomia ed indipendenza. Per quanto riguarda in particolare questi ultimi non sarei sorpreso nel constatare che un approfondito esame della casistica rivelerebbe una logica di puro ossequio formale alle, peraltro scarse, indicazioni normative, con implicita sostanziale limitazione delle possibilità di esercizio di un effettivo controllo. Un caso, a mio avviso, significativo al riguardo sarà citato in prosieguo di esposizione.

A questo proposito, a parte un paio di provvedimenti di giudici di merito, citati in un articolo di Frignani e Grosso<sup>2</sup>, non ho notizia di provvedimenti giudiziari che abbiano esaminato le effettive capacità di un determinato Organismo di Vigilanza di esplicitare i suoi compiti, anche per quanto riguarda specificamente il controllo sulla struttura e l'idoneità del Modello Organizzativo e sul suo concreto funzionamento.

Passando ora ad altro argomento, osservo che le gravi conseguenze che i delitti societari e finanziari possono arrecare all'economia nazionale ed all'assetto sostanziale della collettività, in considerazione anche delle interconnessioni tra i sistemi economici e le relative strutture, emerse in occasione del verificarsi di gravi scandali finanziari, hanno indotto alcuni Paesi esteri (USA, Regno Unito, Repubblica Federale di Germania) ad instaurare o modificare una rigorosa legislazione, anche di tipo amministrativo, tesa a contrastare il dilagare dei fenomeni criminali in questione... Le considerazioni di cui sopra dovrebbero indurre, a mio avviso, il legislatore nostrano a rivedere l'impianto normativo dell'oramai vecchio decreto legislativo, da un lato ampliando le previsioni circa il ricorso allo strumento interdittivo e, dall'altro, limitando il ricorso *post factum* dell'ente alla troppo facile "scappatoia" offerta dall'attuale legislazione per evitare le più pesanti conseguenze dell'azione illecita<sup>3</sup>.

Va comunque rilevata un'interessante circostanza, fatta presente in più occasioni dalla dottrina. Nonostante il progressivo ed a volte disordinato ampliamento del panorama repressivo, sembra esistere una specie di *leit motif* nello sfondo normativo... e cioè una specie di timidezza, per così dire, nella previsione di tipo di sanzioni e di misure accessorie per alcuni tipi di reato, soprattutto di natura societaria, con un uso, fin troppo parsimonioso, del ricorso allo strumento più incisivo e dirompente, quello interdittivo, e specialmente del tipo "chiusura dell'esercizio". Ed inoltre alcune norme sembrano improntate ad una sorta di "perdonismo", facilitandosi il recesso operoso ed un presunto ravvedimento, e comunque rivelando una specie

<sup>2</sup> *L'Organismo di controllo, sua composizione e problematiche*, nel volume collettaneo dal titolo *I Modelli Organizzativi ex d.lgs. 231/2001*, a cura di C. MONESI, Milano 2005, p. 384, nota 5.

<sup>3</sup> La dottrina più avveduta, commentando l'impianto sanzionatorio generale del d.lgs. 231, ha incisivamente osservato che esso adottava la tecnica "del bastone e della carota", prevedendo, è vero, sanzioni gravi e dissuasive... ma anche significative vie d'uscita, per così dire (art. 12), nel caso di condotte riparatrici del danno e delle conseguenze pericolose del reato (così ARENA, *La responsabilità delle persone giuridiche per i reati ambientali*, in questa *Rivista*, n. 2-2006). In argomento va ricordato che, secondo notizie di stampa (vedi l'articolo dal titolo *La 231 stringe sui "colposi"* di G. NEGRI, in *Il Sole 24 Ore* del 3.12.2007), una misteriosa commissione, sembra insediata presso il Ministero della Giustizia, starebbe ritoccando la normativa del d.lgs. 231, estendendo la punibilità ai reati colposi (cioè, nonostante le perplessità della dottrina circa la grande difficoltà dell'accertamento in questi casi dei presupposti concernenti l'interesse o il vantaggio degli enti) e, tra l'altro, addirittura mitigando le sanzioni in tema di sicurezza sul lavoro. Se fosse vera quest'ultima notizia, si tratterebbe di un tempismo normativo davvero... eccezionale, tenendo conto del continuo verificarsi di gravissimi incidenti sul lavoro e dell'allarme sociale suscitato.

di sostanziale occulta resa del legislatore a fronte delle pressioni e dell'agitarsi delle *lobbies* finanziarie e societarie. E' probabile che le previsioni dell'originario legislatore circa l'effettiva capacità della normativa relativa alla messa in opera di Modelli di Organizzazione e di Gestione (la cui natura, sia detto incidentalmente, era stata oggetto di gravi dubbi da parte della dottrina più avveduta) e della stessa istituzione di Organismi di Vigilanza, quali adeguati strumenti di impedimento preventivo, per così dire, degli illeciti, siano state, in realtà, delle pie illusioni, dettate, nel caso più benevolo, da un'erronea visione della realtà d'impresa e della stessa logica del profitto<sup>4</sup>. Neppure sembrano esistere, allo stato, elementi di conoscenza tali da poter effettuare un bilancio consuntivo per così dire, dell'incidenza della normativa come fattore impeditivo della commissione degli illeciti, mancando qualsiasi iniziativa di monitoraggio al riguardo<sup>5</sup>.

Va rilevato, comunque, sia pure in via incidentale, che non tutti gli obiettivi indicati dalla legge-delega 300/2000 sono stati attualmente raggiunti, nonostante l'alluvione successiva dei provvedimenti integrativi o modificativi dell'originario decreto. Cito, in particolare, il caso degli illeciti indicati dall'art. 11, comma 1, lett. *b*), legge citata, secondo cui il decreto delegato avrebbe dovuto "... prevedere la responsabilità in relazione alla commissione dei reati relativi all'incolumità pubblica previsti dal Titolo VI, Libro II, c.p.: si tratta, in particolare, dei reati di comune pericolo mediante frode di cui al Titolo VI, Capo II (artt. 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 452).

Ci si riferisce, quindi, a reati che incidono pesantemente sulla vita della collettività, trattandosi della produzione e commercializzazione di oggetti e sostanze pericolosi o dannosi per la salute, specie dei minori, e per i quali si dovrebbero prevedere urgentemente (si pensi alla produzione e commercializzazione di giocattoli pericolosi o nocivi) misure sanzionatorie concernenti la responsabilità delle persone giuridiche coinvolte.

Proprio per reati gravi che mettono in pericolo l'incolumità pubblica non sembra vi sia stata nessuna iniziativa governativa per ottemperare a quanto previsto dal sopra citato art. 11, pur trattandosi di delitti che riguardano in modo sensibile l'incolumità pubblica. L'allarme relativo alla produzione e commercializzazione da parte di organizzazioni imprenditoriali, spregiudicate se proprio non criminali, di prodotti alimentari adulterati o contraffatti e di medicinali di tale tipo non sembra abbia scosso, per quanto riguarda almeno il problema della responsabilità amministrativa, minimamente il legislatore italiano, anzi, secondo notizie di stampa, nel nuovo Codice della sicurezza alimentare predisposto dal Dipartimento della salute pubblica

<sup>4</sup> Come hanno amaramente osservato in argomento alcuni autori (vedi l'articolo di PALIERO-PIERGALLINI dal titolo *La colpa di organizzazione*, in questa *Rivista*, n. 1-2006), riferendosi alla situazione che si presentava all'epoca... "la legislazione che si avvia alla conclusione è stata davvero deludente, facendo segnare un sensibile ammorbidimento del diritto penale nei confronti della «gente perbene» e più specificamente, della criminalità dei «colletti bianchi»; la criminalità del colletto bianco, che pure ha indotto fenomeni di vittimizzazione di massa, ha conosciuto, per contro, sconcertanti «franchigie penali», con netta controtendenza rispetto al maggior rigore manifestato da altri Paesi a capitalismo avanzato...".

<sup>5</sup> Osservava, incisivamente, A. CARMONA (vedi l'articolo dal titolo *La responsabilità amministrativa degli enti: reati-presupposti e Modelli Organizzativi*, in questa *Rivista*, n. 1-2006) che si aspettava, dopo un certo numero di anni dall'entrata in vigore del d.lgs. 231/2001, la pubblicazione di una statistica ministeriale che illustrasse come la norma avesse determinato la riduzione sensibile (per la verità - affermava l'autore - mi accontenterei di qualsiasi riduzione...) dei reati per i quali era stata riconosciuta la responsabilità dell'ente, accompagnata dal suggerimento dell'adozione di Modelli di Organizzazione aziendali.

veterinaria, la nutrizione e la sicurezza degli alimenti, organo del Ministero della Salute, starebbe per sparire, tranne che per casi gravi, l'azione penale a causa dell'abrogazione della legge 283... E si pensi che quasi sterminato è l'elenco dei prodotti alimentari adulterati e contraffatti (prodotti *ayurvedici* con troppo piombo, o mercurio,... the cinese al piombo, miele agli antibiotici, bevande analcoliche, *soft drink* al benzene, acque minerali con tetracloroetilene, molluschi e crostacei dell'Est o dell'Oriente infetti, pesce fresco ricco di parassiti, causa di gravi enterocoliti, vitelli allevati con ormoni, maiali alimentati con cromo per far diventare la carne più rossa, salmoni con additivo per rendere la carne più arancione, cosmetici contenenti idrochinone o corticosteroidi): tutti fatti nei quali, a vario titolo, sono coinvolti i produttori, gli importatori, i venditori.

## 2. Normative recentissime successive al d.lgs. 231/2001 e "lavori in corso"

Il catalogo dei reati, presupposto della responsabilità amministrativa della società e degli enti, previsti dalle leggi successive al d.lgs. 231/2001, con elencazione fino al 30 settembre 2007 è contenuto in questa *Rivista* (vedi il n. 4, ottobre-dicembre 2007), alla quale si rinvia.

Il catalogo in questione tuttavia va aggiornato con l'inclusione dei reati previsti dalle leggi entrate in vigore successivamente a tale data e pubblicate sino al 30 dicembre 2007.

All'elenco di cui sopra, quindi, va aggiunto, anzitutto, il delitto previsto dalla legge 3 agosto 2007, n. 123 (Misure in tema di tutela della salute, della sicurezza del lavoro e delega al Governo per il riassetto e la riforma della normativa in materia), legge che si ricollega, per così dire, al d.lgs. 231/2001, colmando uno dei suoi "buchi". Ricordo in proposito che la legge-delega 29 settembre 2000, n. 200, all'art. 11, comma 1, stabiliva che il decreto delegato avrebbe dovuto... "prevedere la responsabilità in relazione alla commissione di reati previsti dagli artt. 589 e 590 c.p. che fossero stati commessi con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative alla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro".

L'art. 9 della citata legge 123 inserisce nel d.lgs. l'art. 25-*sexies* la cui rubrica è così formulata "Omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime, commesse con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e sulla salute sul lavoro". Il testo è il seguente: 1. In relazione ai delitti di cui agli artt. 589 e 590, comma 3, c.p. commessi con violazione alle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute del lavoro si applica una sanzione pecuniaria in misura non inferiore a 1.000 quote. 2. Nel caso di condanna per uno dei delitti di cui al comma 1 si applicano le sanzioni interdittive di cui all'art. 9, comma 2, per una durata non inferiore ai 3 mesi e non inferiore ad 1 anno<sup>6</sup>.

Altre norme sono contenute nel d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231 (Attuazione della direttiva 2005/60/CEE, concernente la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di

<sup>6</sup> Vedi, al riguardo, il commento di G. ZANALDA, di cui all'articolo *La responsabilità degli enti per gli infortuni sul lavoro prevista dalla legge 3 agosto 2007, n. 123*, in questa *Rivista*, n. 4-2007, cui *adde* l'articolo dal titolo *La legge 3 agosto 2007, n. 123: prime riflessioni in tema di responsabilità degli enti*, di L. VITALI-C. BURDESE, in questa *Rivista*, n. 4-2007.

finanziamento del terrorismo nonché della direttiva 2006/70/CEE che ne reca misure di esecuzione)<sup>6-bis</sup> il cui art. 63, al comma 3, recita:... “Nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, dopo l’art. 25-*septies* è inserito il seguente: art. 25-*octies* (Ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita). 1. In relazione ai reati di cui agli artt. 648, 648-*bis* e 648-*ter* c.p., si applica all’ente la sanzione pecuniaria da 200 a 800 quote. Nel caso in cui il denaro, i beni o le altre utilità provengono da delitto per il quale è stabilita la pena della reclusione superiore nel massimo a cinque anni si applica la sanzione pecuniaria da 400 a 1000 quote. 2. Nei casi di condanna per uno dei delitti di cui al comma 1 si applicano all’ente le sanzioni interdittive previste dall’art. 9, comma 2, per una durata non superiore a due anni. 3. In relazione agli illeciti di cui ai commi 1 e 2, il Ministero della Giustizia, sentito il parere dell’UIF, formula le osservazioni di cui all’art. 6 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231”<sup>7</sup>.

Per quanto riguarda ora i disegni e le proposte di legge pendenti in sede parlamentare, ci si riferisce all’elenco di cui appresso.

Il primo testo che qui interessa è il cd. Testo Unico dell’ambiente di cui al d.lgs. 3.4.2006, testo che ha suscitato le legittime critiche della dottrina più attenta<sup>8</sup>, in quanto eludeva la previsione dell’art. 11, comma 1, lett. *d*), legge-delega 29.9.2006, n. 300, secondo cui i decreti delegati avrebbero dovuto prevedere la responsabilità in relazione alla commissione dei reati in materia di tutela dell’ambiente e del territorio che erano puniti con pena detentiva non inferiore al massimo di un anno anche se alternative alle pene pecuniarie previste dalla legge 31.12.1962, n. 1860, ecc..

Il testo legislativo in questione conteneva una norma, l’art. 192, intitolato “Divieto di abbandono”, che si riferisce all’abbandono di rifiuti sul suolo e nelle acque, il cui comma 4 prevede testualmente... “Qualora la responsabilità del fatto illecito sia imputabile ad amministratori o rappresentanti della persona giuridica, ai sensi e per gli effetti del comma 3, sono tenuti in solido la persona giuridica e i soggetti che siano subentrati nei diritti della persona stessa, secondo la previsione del d.lgs. 8.6.2001, n. 231, in materia di responsabilità delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni”.

La dottrina, giustamente, ha qualificato tale norma come una singolare disposizione... giacché, anzitutto, si riferisce alle sole persone giuridiche e non in generale agli enti collettivi anche se sforniti di personalità giuridica<sup>9</sup> ed esso, inoltre, effettua un richiamo molto inappropriato al d.lgs. 231/2001, senza specificare esattamente a quali articoli si riferisce.

<sup>6-bis</sup> Va rilevato al riguardo che trattasi di fattispecie non previste dalla legge-delega 300/2000.

<sup>7</sup> Il d.lgs. in questione era stato emanato in attuazione dell’art. 22, comma 1, lett. *z*), della legge 23 gennaio 2006, n. 2 - legge comunitaria 2005. Tale decreto era stato preceduto, peraltro, da uno schema redatto dal Ministero dell’Economia e delle Finanze ed inviato il 1° febbraio 2007 agli ordini professionali per il loro parere. Lo schema conteneva peraltro all’art. 63 un colossale errore in quanto, a proposito dei reati di ricettazione, riciclaggio ed impiego di denaro o utilità di provenienza illecita, recitava testualmente... “in relazione ai reati di cui agli artt. 640, 640-*bis* e 640-*ter* c.p. si applica all’ente la sanzione pecuniaria da 200 a 400 quote”. Ora, l’art. 640 si riferiva in realtà alla truffa, il 640-*bis* alla truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche ed il 640-*ter* alla frode informatica!! La bozza di cui sopra era stata oggetto di varie critiche in relazione alla misura sanzionatoria prevista che era solo di tipo pecuniario. Il provvedimento in questione era nato evidentemente sotto cattiva stella avendo subito vari incredibili disavventure nei passaggi dalla Camera al Senato, disavventure che qui si omettono di indicare.

<sup>8</sup> Vedi ROMOLOTTI, *Il nuovo Testo Unico dell’ambiente e il d.lgs. 231/2001: un’occasione perduta?*, in questa *Rivista*, n. 1-2007; cui *adde* ARENA, *La responsabilità delle persone giuridiche per i reati ambientali*, in questa *Rivista*, n. 2-2006.

<sup>9</sup> Così ARENA, *La responsabilità giuridica per l’abbandono o deposito di rifiuti sul suolo e per l’immissione di rifiuti sulle acque (art. 192 cod. ambiente)*, in *Filodiritto* del 16.5.2007, [www.filodiritto.com/Intedex.Php?azione](http://www.filodiritto.com/Intedex.Php?azione).

Si tratta, in sostanza, di una norma di tipo civilistico riguardante un'obbligazione solidale, secondo uno schema analogo a quello introdotto dall'art. 6, comma 3, legge 689/1981<sup>10</sup>. Sempre in tema di ambiente va ricordato il disegno di legge 2692-Camera, presentato il 22.5.2007 dal Ministro dell'Ambiente e dal Ministro della Giustizia ed assegnato alla Commissione Giustizia in sede referente.

Il disegno di legge in questione, all'art. 2, prevedeva l'inserimento nel d.lgs. 231/2001 dell'art. 25-*sexies* dal titolo *Reati ambientali*; l'art. 3, a sua volta, prevedeva la delega al Governo per l'adozione, entro 18 mesi dalla data dell'entrata in vigore della legge, di un decreto legislativo concernente il riordino, il coordinamento e l'integrazione delle disposizioni legislative concernenti gli illeciti penali ed amministrativi in materia di difesa dell'ambiente e del territorio. La Commissione Giustizia, in sede di esame, ha però modificato in data 4 ottobre 2007, parzialmente, il testo governativo.

L'art. 2, nell'attuale versione, reca modificazioni al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, introducendo in esso l'art. 25-*quinquies*. 1. (Reati ambientali). Si prevede che, in relazione alla commissione di taluno dei (*nuovi*) delitti previsti dal Titolo VI-*bis*, Libro II, c.p., si applichino all'ente le seguenti sanzioni pecuniarie:

- a) per i delitti di cui agli artt. 452-*bis*, 452-*ter*, 452-*quinquies*, 452-*septies*, commi 1 e 2, e 452-*octies*, comma 1, la sanzione pecuniaria da 200 a 500 quote;
- b) per i delitti di cui agli artt. 452-*quater*, 452-*septies*, commi 3, 4 e 5, la sanzione pecuniaria da 300 a 1000 quote.

Nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nel comma 1, lett. *b*), si applicano le sanzioni interdittive previste dall'art. 9, comma 2, dello stesso d.lgs. 231/2001, per una durata non inferiore a un anno.

Al comma 3 si dispone che, se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o di agevolare la commissione dei reati di cui agli artt. 452-*septies* e 452-*octies* c.p., si applica all'ente la sanzione dell'interdizione definitiva dell'esercizio dell'attività ai sensi dell'art. 16, comma 3, del medesimo decreto legislativo.

A questo disegno di legge va aggiunto il disegno di legge n. 1536, d'iniziativa parlamentare, pendente avanti al Senato della Repubblica, avente come titolo *Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale ed al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, nonché di altre disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente*, il cui art. 2 prevede l'inserimento nel testo del d.lgs. 231/2001 di nuove disposizioni relative ai delitti contro l'ambiente. Detto disegno di legge, presentato il 3 maggio 2007, è stato assegnato alla Commissione Giustizia e Territorio, Ambienti e Beni Ambientali, in sede referente il 29 maggio 2007<sup>10-bis</sup>.

Altro disegno di legge pendente è quello presentato alla Camera il 19 giugno 2007 dal Ministro della Giustizia, di concerto con altri Ministri, e recante il n. 2807, avente come titolo *Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica fatta a Budapest il 23.11.2001 e adeguamento di norme dell'ordinamento interno*. L'art. 6 del detto disegno prevede, fra l'altro, modifiche al d.lgs. 8.6.2001, n. 231, recitando "Dopo l'art. 25-*sexies* d.lgs. 8.6.2001, n. 231, è inserito

<sup>10</sup> Così ARENA, *loc. cit.*

<sup>10-bis</sup> In materia ambientale vedi il recentissimo d.lgs. n. 4 del 16 gennaio 2008, dal titolo *Ultime disposizioni correttive ed integrative del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152*, recante norme in materia ambientale.

il seguente art. 25-*septies* "Attentato ad impianti di pubblica utilità e delitti informatici e trattamenti illeciti dei dati".

Il testo dell'articolo è il seguente:

1. In relazione alla commissione dei delitti di cui agli artt. 420, 615-*ter*, 617-*quater*, 617-*quinquies*, 635-*bis*, 635-*ter* e 635-*quater* c.p. si applica all'ente la sanzione pecuniaria da 100 a 500 quote.
2. In relazione alla commissione dei delitti di cui agli artt. 615-*quater* e 615-*quinquies* c.p. si applica all'ente la sanzione pecuniaria fino a 300 quote.
3. In relazione alla commissione dei delitti di cui agli artt. 491-*bis* e 640-*quinquies* c.p., salvo quanto previsto dall'art. 24 per i casi di frode informatica in danno dello Stato o di altro ente pubblico, si applica all'ente la sanzione pecuniaria fino a 400 quote.
4. Nel caso di condanna per uno dei delitti indicati nel comma 1 si applicano le sanzioni interdittive previste dall'art. 9, comma 2, lett. *a)*, *b)* ed *e)*. Nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nel comma 2 si applicano le sanzioni interdittive previste dall'art. 9, comma 2, lett. *b)* ed *e)*. Nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nel comma 3 si applicano le sanzioni interdittive previste dall'art. 9, comma 2, lett. *c)*, *d)* ed *e)*<sup>11</sup>.

### 3. I disegni di legge relativi all'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alla Comunità Europea

La legge 6 febbraio 2007, n. 13, legge comunitaria 2006, prevedeva la delega al Governo per l'attuazione, tra l'altro, della direttiva 2005/53/CE del 7 settembre 2005 del Parlamento e del Consiglio, relativa all'inquinamento prodotto dalle navi e per l'introduzione di sanzioni per le relative violazioni, direttiva completata dalla successiva decisione quadro del Consiglio 2500/67/GAI del 12 luglio 2005, intesa a rafforzare la normativa penale per la repressione dell'inquinamento prodotto dalle navi.

L'art. 5 della decisione sopracitata prevedeva la responsabilità delle persone giuridiche e degli enti e l'art. 6 le sanzioni applicabili alle stesse.

L'attuazione della direttiva in questione era contenuta nello schema di d.lgs. 141, esaminato dal Consiglio dei Ministri il 30 agosto 2007.

Lo schema in questione, sottoposto al parere della competente Commissione Parlamentare, prevedeva all'art. 12 alcune modifiche al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, stabilendo che:

1. Dopo l'art. 25-*sexies* d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, è inserito il seguente: "Art. 25-*septies* (Inquinamento delle acque). In relazione alla commissione dei delitti di cui agli artt. 8, comma 1, e 9, comma 1, del decreto legislativo attuativo della direttiva 2005/35/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 7 settembre 2005, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da cento a duecento quote.

<sup>11</sup> Non può non rilevarsi al riguardo che rubrica dell'articolo appare in parte incomprensibile giacché nel corpo dell'articolo non è indicato alcun tipo di reato relativo al trattamento dei dati!!! Questo tipo di reato è previsto in realtà da altre leggi, e cioè dall'art. 167 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196. In ogni caso non potrebbe essere incluso nel provvedimento di ratifica in quanto non previsto nell'elenco dei reati indicati dalla Convenzione. Altra imprecisione è quella relativa all'art. 420 c.p., citato genericamente, senza il dovuto riferimento ai commi 2 e 3 dell'articolo in questione che riguardano, in particolare, i sistemi informatici e telematici. Il disegno di legge contiene, peraltro, altre imprecisioni ed errori la cui indicazione viene qui omessa in quanto sarà oggetto di altro articolo.

2. Se, in seguito alla commissione dei delitti di cui al comma 1, l'ente ha conseguito un profitto di rilevante entità, si applica la sanzione pecuniaria da centocinquanta a duecentocinquanta quote.
3. In relazione alla commissione dei delitti di cui agli artt. 8, comma 2, e 9, comma 2, del decreto legislativo attuativo della direttiva 2005/35/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 7 settembre 2005, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da duecentocinquanta a seicento quote.
4. Nei casi previsti dai commi 1, 2 e 3 si applicano le sanzioni interdittive previste dall'art. 9, comma 2, per una durata non inferiore a un anno".

In relazione a tale schema si è verificato un curioso accidente, dovuto probabilmente all'ormai nota superficialità di alcuni uffici ministeriali.

La direttiva 2005/35/CE citata conteneva l'art. 4, intitolato "Violazioni" che recitava:... "Gli Stati membri provvedono affinché gli scarichi di sostanze inquinanti effettuati dalle navi in una delle aree di cui all'art. 3, par. 1, siano considerati violazioni se effettuati intenzionalmente, temerariamente o per negligenza grave. Tali violazioni sono considerate reati dalla decisione quadro 2005/667/GAI che completa la presente direttiva, e in presenza delle circostanze previste da tale decisione".

A sua volta la decisione quadro 2005/667/GAI citata, all'art. 5, come già detto, prevedeva la responsabilità delle persone giuridiche per i reati di cui agli artt. 2 e 3 (Reati penali - favoreggiamento, complicità e istigazione) commessi a loro vantaggio da persone che agivano a titolo individuale o in quanto membri di un organismo di una persona giuridica e che detenevano una posizione preminente in seno alla stessa persona giuridica, ecc..

Tuttavia il 23 ottobre 2007 la Corte di Giustizia delle Comunità Europee annullava la decisione quadro 2005/667/GAI in quanto essa non era stata adottata sulla base del Trattato CE.

La legge 6 febbraio 2007, n. 13, recante disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee, legge comunitaria 2006, sulla cui base era stato redatto lo schema 141, prevedeva all'art. 1, comma 3, l'elencazione di schemi di decreti legislativi da adottare in attuazione delle direttive comprese nell'elenco di cui all'allegato B, allegato che contemplava anche la direttiva 2005/35/CE. Il testo del d.lgs. 6.11.2007, n. 202, corrispondente allo schema 141 citato, tuttavia, non conteneva più l'art. 12 citato in precedenza: evidentemente qualcuno degli uffici legislativi ministeriali si doveva essere accorto dell'annullamento della citata decisione quadro 2005/667/GAI ed aveva stralciato dal testo l'art. 12...

Tuttavia, curiosamente, nell'*incipit* del d.lgs. 202 si citavano la decisione quadro annullata e, perfino, il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, evidentemente non più pertinente!!

Altro disegno di legge pendente è quello recante il n. 1448 presentato al Senato il 30 marzo 2007 dal Ministro per le Politiche Europee di concerto con altri Ministri e relativo alla legge comunitaria 2007.

L'art. 19 del disegno di legge, recante il titolo *Principi e criteri direttivi di attuazione della decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio del 22.7.2003 relativa alla lotta alla corruzione nel settore privato* recita:... "Il Governo adotta un decreto legislativo recante le norme occorrenti per dare attuazione alla decisione quadro 2003/568/GAI del 22.7.2003 del Consiglio dell'Unione Europea, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato nel rispetto dei principi e criteri direttivi generali stabiliti dalle disposizioni di cui all'art. 2, comma 1, lett. e), f) e g), nonché

sulla base dei seguenti principi e criteri direttivi realizzando il necessario coordinamento con le altre disposizioni vigenti. a)... omissis..., b)... omissis..., c) introdurre fra i reati societari di cui all'art. 25-ter d.lgs. 8.6.2001, n. 231, la fattispecie criminosa di cui alla lett. a) del presente articolo con la previsione di adeguate sanzioni pecuniarie e interdittive nei confronti delle persone giuridiche nel cui interesse o vantaggio sia stato posto in essere il reato". Secondo la lett. a) del comma 1 occorre introdurre nel Libro V, Titolo XI, Capo IV, c.c. una fattispecie criminosa la quale, fatto salvo quanto attualmente previsto dall'art. 2735 c.c., punisca con la reclusione da 1 a 5 anni la condotta di amministratori, direttori generali, sindaci, liquidatori e responsabili della revisione i quali compiono od omettono di compiere, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio, a seguito della dazione o della promessa d'utilità per sé o per gli altri, atti che comportano o possono comportare distorsioni di concorrenza riguardo l'acquisizione di beni o servizi commerciali.

La lett. b) prevede, a sua volta, la punibilità con la stessa pena anche di colui che dà o promette l'utilità di cui alla lettera che precede.

Con il disegno di legge in questione, come si legge nella Relazione, il Governo adempiva all'obbligo di proporre al Parlamento l'approvazione del testo legislativo previsto dalla legge 4.2.2005, n. 11, recante norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo comunitario delle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari. La seconda Commissione Permanente del Senato (Giustizia) ha modificato, tuttavia, il testo governativo sopra citato, formulando un testo alternativo.

Sono stati, cioè, introdotti emendamenti, come afferma la Relazione della Commissione del 30.5.2007, volti a specificare le responsabilità penali di cui all'art. 11, e di cui all'art. 19, e ad estendere ad un più ampio numero di persone e di lavoratori, senza esclusione di coloro che non svolgono attività di vertice ma che tuttavia non per questo possano essere esenti da responsabilità.

La Commissione, tra l'altro, ha ritenuto opportuno integrare la fattispecie con la previsione di un danno cagionato a terzi mentre non ha ritenuto opportuno che la nuova fattispecie di cui sopra fosse punibile a querela di parte.

L'art. 19 del testo governativo (delega per l'attuazione delle decisioni quadro) è stato mantenuto fermo dalla Commissione: esso prevede che il Governo è delegato ad adottare entro il termine di 12 mesi dalla data di entrata in vigore della legge in questione i decreti legislativi recanti le norme occorrenti per l'attuazione, fra l'altro, della decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio del 22.7.2003 relativo alla lotta sulla corruzione nel settore privato.

A questo proposito la Commissione, con l'art. 31 dell'articolato, ha previsto la modifica del citato art. 19, secondo la formula di cui appresso:... "lett. c) introdurre fra i reati di cui alla Sezione III, Capo I, d.lgs. 8.6.2001, n. 231, le fattispecie criminali di cui alle lett. a) e b) con la previsione di adeguate sanzioni pecuniarie e interdittive nei confronti delle entità nel cui interesse o vantaggio sia stato posto in essere il reato; lett. d): aggiornare il catalogo dei reati per cui possa trovare applicazione la disciplina dell'art. 12-sexies del decreto legge 8.6.1992, n. 606, convertito con modificazioni nella legge 7.8.1992, n. 190, e successive modificazioni.

Va detto ora che, in conformità con quanto disposto dal par. 3 della decisione quadro, l'art. 21 del testo governativo relativo alla confisca dei beni, strumenti e proventi di reato dettava i principi e criteri direttivi per dare attuazione alla decisione quadro 2005/212/GAI del Consiglio del 24.2.2005 e prevedeva (art. 1, lett. f) che i decreti delegati avrebbero dovuto adeguare la disciplina della confisca nei confronti

delle persone giuridiche di cui al d.lgs. 8.6.2001, n. 231, ai principi fissati dalle lett. b), c) ed e) dell'articolato stesso.

La Commissione ha parzialmente modificato il testo della lett. f) sostituendo alle parole "persone giuridiche" l'altra "ente". Al testo di cui sopra venivano proposti anche alcuni emendamenti relativi agli artt. 30 e 31. Il disegno di legge in questione è stato approvato dall'assemblea del Senato il 25.9.2007 e trasmesso il giorno successivo alla Camera dei Deputati, dove ha preso il numero C/3062.

#### **4. I problemi relativi alla composizione, requisiti, struttura e funzionamento dell'Organismo di Vigilanza di cui all'art. 6 d.lgs. 231/2001**

A questo proposito è da rilevare che la norma dell'art. 6 d.lgs. citato nulla dice in ordine alla composizione dell'Organismo né ai suoi poteri.

La dottrina, e in genere i commentatori del d.lgs. 231, hanno elaborato criteri suppletivi per riempire i vuoti, per così dire, della norma, sostenendo che, per quanto riguarda i requisiti soggettivi dei componenti, essi dovevano essere tali da assicurare professionalità, onorabilità ed indipendenza. Forse, aggiungo io, bisognerebbe aggiungere un elemento oggettivo, e cioè anche la disponibilità di tempo, essendo l'impegno richiesto, specie negli organismi complessi, considerevole ai fini dell'espletamento ottimale dell'incarico.

Circa i poteri degli Organi di Vigilanza, essi a mio avviso dovrebbero essere i più ampi possibili in relazione all'oggetto dell'incarico, per cui non dovrebbero esistere specifici vincoli di subordinazione gerarchica rispetto ai vertici dell'ente: ed, inoltre, l'Organismo di Vigilanza dovrebbe poter richiedere ed acquisire tutte le informazioni necessarie per espletare il suo mandato, senza incontrare resistenze attive o passive. L'Organismo di Vigilanza, inoltre, dovrebbe potersi dare un proprio regolamento, non imposto - per ovvie ragioni - dai vertici, anche se dagli stessi poi approvato: dovrebbe poter disporre, poi, di un *budget* adeguato e non fissato *a priori* ed insindacabilmente dai vertici dell'ente... e dovrebbe anche avere la possibilità di ricorrere, nei congrui casi, all'opera di consulenti esterni, adeguatamente retribuiti. L'Organismo in questione dovrebbe, inoltre, ricevere un'adeguata collocazione "fisica" con propri locali nell'ambito dell'ente ed essere dotato di personale qualificato, qualitativamente adeguato ai compiti da svolgere. L'Organismo di Vigilanza dovrebbe, infine, poter disporre di mezzi informatici e tecnologici necessari per lo svolgimento ottimale dei suoi compiti. Naturalmente, *last but not least*, dovrebbe essere fissata un'adeguata e decorosa retribuzione per l'opera svolta dai membri dell'Organismo oltre, s'intende, all'integrale rimborso delle spese vive, possibilmente a piè di lista o, meglio, costituendo un fondo *ad hoc*. Infine, per quanto riguarda la revoca dell'incarico, essa dovrebbe essere prevista in ipotesi specificatamente indicate ed adottate con esauriente motivazione, onde evitare eventuali e possibili ritorsioni. Non appare, infatti, assolutamente possibile stabilire una revoca *ad nutum*, lasciando così all'ente la possibilità di eliminare soggetti, per così dire, scomodi proprio in ragione dell'attività svolta. L'Organismo dovrebbe poi essere lasciato libero di fissare il numero e la frequenza delle sue sedute. In argomento, va ricordato a questo punto, che dei problemi di cui sopra si sono dati carico sia la Confindustria nelle sue Linee Guida, sia l'ABI (Associazione Bancaria Italiana). La sopracitata Confindustria, a proposito delle professionalità richieste o desiderabili per l'espletamento dei compiti

di vigilanza, ha giustamente sottolineato l'esigenza che l'Organismo in questione sia dotato anche di competenze giuridiche<sup>12</sup>.

A proposito dei requisiti richiesti per l'Organismo in questione vanno citati, ed ampiamente condivisi, il contenuto dei rilievi effettuati dal Ministero della Giustizia, in sede di esame *ex art. 6 d.lgs. 231/2001*, delle Linee Guida originariamente elaborate da Confindustria, rilievi con i quali si chiedevano chiarimenti in ordine alla composizione e competenze dell'Organismo di Vigilanza ed anche delle modalità concrete per assicurare l'indipendenza dello stesso nel tempo<sup>13</sup>.

Per concludere, su questo punto va rilevato che la giurisprudenza, almeno fino a qualche mese fa, non aveva fornito indicazioni precise su quello che, come afferma Malacarne (vedi l'articolo dal titolo *Il concetto di adeguatezza dei sistemi di controllo interno ex d.lgs. 231/2001 alla luce delle prime applicazioni giurisprudenziali*, in questa *Rivista*, n. 2-2007) probabilmente appariva come il tema di maggiore interesse per un'azienda che intendeva adeguare il suo sistema gestionale alle prescrizioni normative. Il riferimento - sostiene sempre Malacarne - è alle decisioni concernenti la rispondenza di un sistema organizzativo interno, preventivamente adottato, ai requisiti di efficacia normativamente previsti anche quale fatto impeditivo, ovvero come causa esimente della responsabilità amministrativa dell'azienda, in dipendenza dei reati commessi da suoi rappresentanti o dipendenti o a suo vantaggio o nel suo interesse. A proposito dei compiti dell'Organismo di Vigilanza, non ci si può nascondere che la vischiosità burocratica, tipica delle organizzazioni complesse e le difficoltà derivanti dal tipo di attività svolta dall'ente possono rendere molto difficile l'espletamento dei compiti stessi, specie se vi è - malauguratamente - da parte del *top management* un sotterraneo proposito di evitare controlli incisivi e approfonditi. L'Organismo di Vigilanza, in questo caso, potrebbe essere in pratica costretto a navigare, per così dire, "a vista" allo scopo di evitare attriti possibili con il predetto *top management*, con tutti i gravi problemi connessi.

Chi è pratico di tali realtà sa che questo può accadere... e sa anche quanto sia difficile per un Organismo di Vigilanza, di non elevato profilo professionale e di non effettiva indipendenza, essere costretto a rinunciare all'incarico di fronte all'atteggiamento ostile del *top management* o *al suo larvato ostruzionismo* - ovvero ad assumere la non lieve responsabilità di denunciare, anche all'esterno, la propria situazione di impotenza ed i rischi relativi.

---

<sup>12</sup> Osservano, in proposito, PANUCCI-TAJANA, nello studio dal titolo *Il ruolo delle associazioni di imprese: le Linee Guida della Confindustria*, nel volume collettaneo dal titolo *I Modelli Organizzativi ex d.lgs. 231/2001*, a cura di C. MONESI, Milano 2005, che la disciplina dettata dal citato decreto legislativo è, in buona sostanza, di carattere penale e che l'attività dell'Organismo di Vigilanza ha anche lo scopo di prevenire la realizzazione di tali reati.

<sup>13</sup> Il Ministero ha richiesto il 4 dicembre 2003 che nelle Linee Guida fossero specificati i requisiti soggettivi per la partecipazione all'Organismo (ad esempio, onorabilità, assenza di cause di incompatibilità, ecc.) ed indicate le modalità concrete per garantire l'indipendenza nel tempo (ad esempio, i criteri di nomina dei componenti dell'Organismo, la durata dell'incarico, le condizioni del rinnovo, le modalità di revoca e di decadenza, ecc.). Il Ministero ha anche affermato che dovevano essere individuate specifiche modalità per assicurare la continuità d'azione (ad esempio, calendarizzazione dell'attività, relazioni periodiche, ecc.) ed ulteriormente chiariti i poteri di indagine di cui doveva godere l'Organismo (poteri ispettivi, accesso alla documentazione dell'ente, disponibilità dei servizi di sicurezza dell'ente eventualmente esistenti, ecc.); inoltre era stato anche chiesto di fornire indicazioni sull'autonomia finanziaria dell'Organismo e di stabilire meccanismi volti ad assicurare l'adempimento, da parte dei soggetti dell'ente, degli obblighi di informazione verso l'Organismo in questione. Ed infine, per quanto riguardava l'utilizzo degli strumenti informatici per l'effettuazione dei controlli, strumenti che quindi avrebbero dovuto essere forniti all'Organismo, il Ministero ha rilevato come nelle Linee Guida mancassero indicazioni specifiche in ordine all'adozione di misure di sicurezza volte a salvaguardare i dati e le informazioni trattate secondo modalità informatiche.

Sarebbe quindi sommamente auspicabile che, in considerazione delle responsabilità gravanti sull'Organismo di Vigilanza, il legislatore, seguendo le indicazioni del Ministero della Giustizia, potesse integrare il testo dell'art. 6 citato, fornendo indicazioni più precise circa la composizione dell'organo, stabilendo, ad esempio, la sua collegialità, ed indicando le qualità professionali necessarie e prevedendo anche l'obbligo dell'ente per la messa a disposizione dell'Organismo di un effettivo supporto tecnico e personale per lo svolgimento dei suoi compiti<sup>13-bis</sup>.

Sarebbe forse opportuno che il legislatore dettasse regole precise per la segnalazione da parte del personale dell'ente all'Organismo di Vigilanza delle disfunzioni o degli illeciti, eventualmente verificatisi nell'ambito dell'attività dell'ente, sulla falsa riga del disposto della Sec. 301, n. 4, della legge federale USA dal titolo *Public Company Accounting Reform and Protection Act*, meglio conosciuta, con riferimento ai suoi proponenti, come *Sarbanes-Oxley Act of 2002*<sup>14</sup>.

### **5. L'Organismo di Vigilanza nelle società e negli altri enti. Casi concreti relativamente alla composizione, ai compiti e alle responsabilità**

Sarebbe molto interessante accertare, nell'universo imprenditoriale e societario italiano, com'è stata realmente applicata la disposizione del citato art. 6, comma 1, lett. b), relativamente alla composizione dell'Organo di Vigilanza, alla sua autonomia e ai suoi poteri anche di autorganizzazione, giacché per svolgere in modo effettivo e concreto i suoi delicati compiti l'Organismo di Vigilanza dev'essere ovviamente, come già ripetutamente detto, dotato di strutture personali e materiali adeguate allo svolgimento di tali compiti.

Non essendo possibile effettuare un simile monitoraggio da parte di chi scrive, ci si è limitati ad esaminare la casistica contenuta negli scritti di autori che si sono occupati dell'argomento in relazione a singole realtà societarie imprenditoriali ed associative. Secondo un'indagine condotta in epoca imprecisata, ma anteriore all'anno 2006, dell'Università di Pisa, citata nell'articolo dal titolo *Il modello H3G di organizzazione e controllo* di Bonnani-Giroldi<sup>15</sup> e relativa all'adozione del Modello

<sup>13-bis</sup> Per riferimenti normativi, vedi l'art. 2409-duodecies c.c. relativo ai Consigli di Sorveglianza.

<sup>14</sup> Il testo del par. 4 del Sec. 301 recita: "*Complaints. Each audit committee shall establish procedures for: (A) the receipt, retention, and treatment of complaints received by the issuer regarding accounting, internal accounting controls, or auditing matters; and (B) the confidential, anonymous submission by employees of the issuer of concerns regarding questionable accounting or auditing matters. In material* vedi anche la disposizione del Sec. 806 dal titolo *Protection of employers of publicly traded companies who provide evidence of fraud*. Per quanto riguarda la legge USA, vedi l'articolo di S. CACCHI PESSANI dal titolo *Corporate governance, sistemi dei controlli e intermediari reputazionali negli Stati Uniti d'America dopo il caso Enron*, in *Giur. comm.*, n. 30/6, novembre-dicembre 2007, pp. 746 ss.. Per quanto riguarda il sistema francese, vedi l'articolo dal titolo *Commentaire de la décision du Tribunal de grande instance de Libourne sur la mise en oeuvre d'un dispositif d'alerte éthique à l'aune de la Loi informatique et libertés*, di F. NAFTALSKI, in *Droit de l'immatériel*, dicembre 2005, p. 16; cui *adde* *La Loi Sarbanes-Oxley, un impact non négligeable sur les processus IT (technologie de l'information)*, di A. DU BOUCHER, in *Gazette du Palais*, n. 5/2005. Vedi inoltre l'articolo dal titolo *Alertes éthiques quelle orientation suite aux décisions de la CNIL?*, di D. LIBEAU-MARIANNA, in *Trois de l'immatériel*, n. 9/2005; cui *adde* *Système d'alerte éthique: les CNIL européennes se font entendre outre - Atlantique*, di ROZENFELD, in *Expertises des systèmes d'information*, n. 302/2006, pp. 133 ss.. Va inoltre ricordato che il 10 novembre 2005 la CNIL ha adottato un documento di orientamento che definisce le condizioni cui debbono obbedire i dispositivi *d'alerte professionnelle* per essere conformi alla legge *Informatique et libertés*. In argomento, vedi infine anche la Raccomandazione della Commissione CE del 13 febbraio 2005, n. 2005/162/CE.

<sup>15</sup> Vedi l'articolo in questa *Rivista*, n. 3-2006.

Organizzativo da parte delle società quotate in Borsa, sarebbe risultato che il 59% soltanto avrebbe formalmente adottato il Modello di Organizzazione e Controllo, il 25% avrebbe appena avviato il processo di definizione di tale Modello ed il 16% non avrebbe adottato il Modello, affermando di non intrattenere rapporti con la P.A..

In argomento appare opportuno citare, incidentalmente, l'opinione di Piergallini e Paliero espressa nell'articolo dal titolo *Colpa di organizzazione* (pubblicato in questa *Rivista*, n. 1-2006), i quali hanno affermato, incisivamente, che... "l'ente risponde del reato commesso nel suo interesse o a suo vantaggio per una colpevolezza (e non già per colpa) di organizzazione, proprio perché la scelta per la disorganizzazione ha aumentato il rischio-reato, rivelando un atteggiamento che, più che denotare temerarietà o sconsideratezza (sinonimi della *recklessness*), evoca una condizione di tolleranza, di disinteresse nei confronti del rischio-reato. Alla lunga - sostengono ancora gli autori - la persistenza della disorganizzazione favorisce il radicamento di una cultura dell'illegalità, di uno stile di vita capace di penetrare in ogni ansa dell'ente, sì che la consumazione di illeciti sarà traducibile in una colpevolezza, non soltanto organizzativa ma anche «d'autore», recando indelebili tracce di una criminalità di origini ambientali".

Sempre secondo gli autori citati, ciò che è davvero rimproverabile dall'ente, se non si organizza, è una sorta di *planugesverschulden*, consistente in una colpevole noncuranza "progettuale" nei confronti del rischio-reato: quest'ultimo viene assunto o tollerato senza che la cognizione-rappresentazione delle conseguenze giunga a livelli apprezzabili di concretezza. L'ente si trova quindi dinanzi ad una piattaforma di rischio a maglie larghe che assume su di sé, incurante degli effetti che ne possono scaturire..., la consapevole assunzione dei rischi si risolve, essenzialmente, nella scelta di rischiare ed è sintomaticamente rivelatrice della propensione all'illecito che l'ente rivela all'esterno.

Ciò detto, tuttavia, a mio modesto avviso, esiste forse un modo più subdolo e sottile di aggirare sostanzialmente la normativa ed è quello di scegliere per la composizione dell'organo persone potenzialmente manovrabili, o dipendenti di non elevato *standard* etico-professionale, forniti di scarsi poteri e di strutture insufficienti qualitativamente e quantitativamente, retribuiti in modo inadeguato, addossando loro - sostanzialmente - il rischio derivante dalla commissione di eventuali illeciti... facendone, cioè, in modo estremamente spregiudicato ed in ultima analisi una specie di capro espiatorio.

Tenendo presente ora il contenuto di vari articoli pubblicati in questa *Rivista*, nella sezione Modelli Organizzativi e di Gestione, ho cercato di estrarre, per così dire, da essi dei dati conoscitivi, sia pure estremamente sommari<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> 1) In questa *Rivista*, n. 1, gennaio-marzo 2006: 1) *Modelli Organizzativi e gestionali: l'esperienza di ASSTRA*, di A. NICOTERA; 2) *d.lgs. 231/2001 e Organismo di Vigilanza, le principali problematiche. Il caso FINTECNA*, di G. BURATTI; 3) *Business Case: SEAT Pagine Gialle SpA - d.lgs. 231/2001 ed il Modello SEAT di Organizzazione, Gestione e Controllo*, di F. NIGRI.

2) In questa *Rivista*, n. 2, aprile-giugno 2006: 1) *Documento-guida di ASSOSIM ai sensi dell'art. 6 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, di R. SCOTTI; 2) *Il Modello di Organizzazione ex d.lgs. 231/2001. L'esperienza della Società Reale Mutua di Assicurazioni*, di M. TAZZER; 3) *Riflessioni sull'applicazione del d.lgs. 231/2001 alle società pubbliche. Il caso di ENAV SpA*, di A. SERAFINI.

3) In questa *Rivista*, n. 3, luglio-settembre 2006: 1) *La responsabilità amministrativa dell'impresa. Linee Guida elaborate da Assobiomedica*, di A. DE NICOLA-C. MAMBRETTI; 2) *Il Modello H3G di Organizzazione, Gestione e Controllo*, di M. BONANNI-M. GEROLDI; 3) *Il "sistema 231" in una multinazionale: il caso Roche Diagnostics SpA*, di M. CIMENTI.

Nella maggior parte dei casi illustrati dagli articoli di cui alla nota 16, l'Organismo di Vigilanza è composto da un organo collegiale, in genere di tre membri, la maggior parte dei quali scelti fra soggetti esterni, dotati di specifica professionalità giuridico-organizzativa. L'Organismo in questione è dotato, in genere, di un apparato tecnico di supporto e fornito di un *budget* adeguato, gestito in autonomia, e del quale esso dispone per ogni esigenza relativa ai compiti affidatigli, compreso anche il ricorso eventuale a consulenti esterni.

La sua attività è svolta in base ad un regolamento, in genere elaborato dallo stesso Organismo di Vigilanza a garanzia della sua indipendenza, e successivamente approvato dall'assemblea o dal consiglio d'amministrazione: si riunisce, in genere, molte volte in un anno. In qualche caso il vertice direttivo stabilisce anche la durata dell'incarico dell'Organismo di Vigilanza (in genere biennale o triennale). In molti casi è previsto che l'Organismo medesimo possa ricevere segnalazioni o notizie da parte di dipendenti in ordine a irregolarità o illiceità nella gestione dell'attività dell'impresa, in genere per iscritto, compresa anche l'*e-mail*, assicurando la *privacy* e la tutela dei segnalatori. Infine l'Organismo di Vigilanza ha, in genere, il potere di rivolgersi, con l'approvazione dell'organo di vertice, a consulenti esterni.

Per concludere, sul punto può, pertanto, affermarsi che l'Organismo di Vigilanza, per poter essere in grado di svolgere in modo effettivo i suoi compiti, dev'essere composto di soggetti di elevata qualificazione professionale e deve poter godere di garanzie di stabilità, di indipendenza e di relativa autonomia finanziaria nonché, ovviamente, di una retribuzione adeguata ai delicati compiti da svolgere, tenendo conto anche del tempo occorrente per lo svolgimento di tali compiti: deve inoltre poter contare sul supporto di una struttura di base, composta da personale qualificato, nonché di locali adeguati e di strumenti tecnici necessari<sup>17</sup>.

## 6. Un caso pratico relativo al tentativo di costruzione di un Organismo di Vigilanza "su misura"

Istruttivo a questo proposito è un caso reale, da me osservato personalmente, riguardante un Consorzio costituito dalle più grandi imprese italiane del settore, incaricato di compiere una colossale opera pubblica di tipo idraulico nel Nord-Est<sup>18</sup>.

- 
- 4) In questa *Rivista*, n. 4, ottobre-dicembre 2006: 1) *Il Modello Organizzativo e Gestionale di Poste Italiane*, di C. DITTMELER.
  - 5) In questa *Rivista*, n. 1, gennaio-marzo 2007: 1) *Responsabilità amministrativa degli enti: l'esperienza dell'Associazione Bancaria Italiana*, di C. MANCINI; 2) *Il Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo del Gruppo Lottomatica*, di E. CHITI-M. MARIELLA; 3) *La responsabilità amministrativa dell'impresa. Linee Guida elaborate da Assobiomedica*, di A. DE NICOLA-C. MAMBRETTI.
  - 6) In questa *Rivista*, n. 2, aprile-giugno 2007: 1) *Il Modello Organizzativo e Gestionale di Grunenthal Formenti*, di M. MESCHIARI.

Altro materiale interessante è contenuto in alcuni articoli apparsi nel volume collettaneo dal titolo *I Modelli Organizzativi del d.lgs. 231/2001*, cit..

<sup>17</sup> Sull'Organismo di Vigilanza, vedi, tra gli altri, lo studio di FIGNANI-GROSSO dal titolo *L'Organismo di controllo: sua composizione e problematiche*, nel volume collettaneo dal titolo *I Modelli Organizzativi ex d.lgs. 231/2001*, cit..

<sup>18</sup> Opera, peraltro, pervicacemente e vivacemente contestata soprattutto dalle associazioni ambientali locali, anche sotto il profilo della legittimità dell'*iter* amministrativo.

Dopo varie esitazioni, il consiglio direttivo del sopracitato Consorzio adottò, sia pure con un certo ritardo rispetto all'inizio della sua attività, un Modello di Organizzazione e Gestione valevole per l'intero Consorzio, senza approfondire, a quanto sembra, il problema relativo all'opportunità di elaborare Modelli *ad hoc* per le singole imprese costituenti il Consorzio in questione.

Nel Modello sopracitato si prevedeva, tra l'altro, che il consiglio direttivo avrebbe dovuto nominare l'Organismo di Vigilanza e, addirittura, regolamentarne le attività. Ed in effetti venne successivamente predisposto un apposito regolamento (forse in contrasto con i requisiti teorici di autonomia ed indipendenza del predetto Organismo), nel quale si stabiliva che il direttore operativo avrebbe determinato, con proprio atto esclusivo, il *budget* da destinarsi a tale Organismo e, addirittura, determinato gli emolumenti dei suoi componenti.

Si stabiliva, altresì, che l'Organismo di Vigilanza avrebbe dovuto essere di tipo collegiale, composto da tre membri, di cui due esterni al Consorzio, nominati dal consiglio direttivo con apposito atto, ed un componente interno al Consorzio stesso, nominato sempre dal consiglio direttivo e scelto tra coloro che godevano di posizione apicale. La scelta dei componenti esterni avrebbe dovuto essere attuata tra professionisti con requisiti di indipendenza, adeguata professionalità ed esperienza. I tre membri avrebbero dovuto restare in carica per due anni, tacitamente rinnovabili.

Il consiglio direttivo avrebbe potuto - si affermava nel regolamento - revocare in qualsiasi momento con apposito atto i membri dell'Organismo di Vigilanza, indicando anche la relativa motivazione, e provvedere contestualmente alla loro sostituzione.

In attuazione di questa delibera qualche tempo dopo vennero contattati informalmente, e al solo scopo di una conoscenza diretta, due soggetti esterni dotati di alta professionalità e di un nutrito *curriculum*, ai quali fu poi inviata dal direttore operativo una bozza d'incarico per l'esame e l'accettazione.

I soggetti di cui sopra, esaminando il Modello di Organizzazione ed il regolamento, rilevavano varie discrasie rispetto alla normativa in vigore. Altro rilievo riguardava il fatto che non era richiamata nella bozza l'attività di vigilanza e di sorveglianza per quanto riguardava la prevenzione dei reati specificatamente previsti dal d.lgs. 231/2001 ed, inoltre, che non erano previsti né la fornitura di locali necessari per lo svolgimento dell'attività di vigilanza, né gli strumenti tecnici necessari, limitandosi la lettera d'incarico a parlare di un generico supporto tecnico, senza altra indicazione. Il rilievo più incisivo era collegato al fatto che nella lettera d'incarico era prevista, in contrasto perfino con il regolamento, la facoltà del consiglio direttivo del Consorzio di revocare *senza motivazione in "ogni momento e previo preavviso di tre mesi"* l'incarico.

Qualche perplessità era espressa anche in relazione al compenso, fissato in modo assolutamente irrisorio, ed all'obbligo di anticipazione da parte dei soggetti esterni di tutte le spese vive di viaggio e di soggiorno.

Appariva inoltre alquanto strana la circostanza relativa alla previsione di una riunione "almeno semestrale dell'Organismo" (voci provenienti dall'interno dell'ente affermavano che non sarebbero state "autorizzate" più di quattro riunioni al massimo all'anno...), essendo ovvio che il numero delle riunioni avrebbe dovuto essere stabilito in concreto dall'Organismo di Vigilanza, senza alcun condizionamento da parte del consiglio direttivo.

Tutto ciò premesso, i soggetti esterni segnalavano l'opportunità di modificare in qualche modo la bozza d'incarico ricevuto.

## 22 La responsabilità amministrativa delle società e degli enti

Le richieste dei componenti venivano però informalmente e, sembra, sdegnosamente rigettate dal rappresentante del Consorzio che troncava in modo inspiegabile addirittura i contatti!!

Dopo vari tentativi da parte dei soggetti sopracitati di ottenere adeguate spiegazioni circa l'incredibile comportamento del Consorzio, agli stessi non rimaneva che prendere atto della netta chiusura al dialogo da parte del Consorzio stesso.

Si ignora il seguito dell'incresciosa vicenda, ma dati i precedenti e l'atteggiamento apparentemente inspiegabile ed irragionevole degli organi direttivi del Consorzio, evidentemente abituati a servirsi di "schiavetti negri"..., non può escludersi che il famoso Consorzio, qualora abbia deciso di non rivedere la sua linea di condotta, abbia dovuto far ricorso a soggetti malleabili, disposti ad accettare proposte che limitavano grandemente l'autonomia e l'indipendenza dell'Organo: in ultima analisi, disposti ad accettare a cuor leggero le gravi responsabilità, anche di tipo penalistico<sup>19</sup>, derivanti dall'incarico che avrebbe dovuto essere espletato.

---

<sup>19</sup> Vedi, al riguardo, l'articolo dal titolo *Linee Guida per la costruzione dei Modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo ex d.lgs. 231/2001* nel volume collettaneo, a cura di FIORELLA-LANCELOTTI, dal titolo *La responsabilità dell'impresa per i fatti di reato*, Torino 2004, pp. 357 ss.