

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI
PADOVA

DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE,
GIURIDICHE E STUDI INTERNAZIONALI

Corso di laurea
Triennale in
Diritto
dell'economia
(L-14)



ETICA ED ECONOMIA
IL VALORE DEL CODICE ETICO ALL'INTERNO
DEL MODELLO ORGANIZZATIVO, DI
GESTIONE E CONTROLLO
EX D. LGS. N. 231.2001

Relatore: Prof.ssa. DANIELA SEGA

Laureando:
GARZON
EDOARDO

Matricola N. 1 2 2 5 3 7

A.A. 2022/2023

RINGRAZIAMENTI

La mia gratitudine per essere riuscito a raggiungere questo traguardo va alla mia famiglia che da sempre è presente, a supportarmi, e agli amici di una vita che mi hanno costantemente consigliato e sostenuto. In modo particolare il mio grande amico Amedeo, una grande persona che ho sempre sentito vicino durante questo percorso come in qualsiasi altra circostanza.

Inoltre, un ringraziamento speciale va alla mia relatrice, Professoressa Daniela Segà, per la sua immensa pazienza, per i suoi indispensabili consigli e per tutte le conoscenze che mi ha trasmesso durante la stesura del mio elaborato.

Grazie anche a tutti i colleghi e amici conosciuti al CUR di Rovigo e alla *Universitat de Valencia*, durante il mio periodo Erasmus. Non dimenticherò mai i nostri momenti trascorsi in playa, in Blasco Ibañez o al Turia e nemmeno tutte le emozioni che abbiamo vissuto insieme... grazie per aver condiviso con me il miglior anno della mia vita.

INDICE

INTRODUZIONE	4
---------------------------	---

Capitolo I

Il Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231

1.1. Trattati generali e contesto storico	6
1.2. I soggetti destinatari del Decreto	9
1.3. Requisiti applicativi.....	10
1.4. Responsabilità, reati-presupposto e sanzioni 231	11

Capitolo II

Il modello organizzativo, di gestione e controllo

2.1. Premessa	19
2.2. Adozione del modello	21
2.3. Profili strutturali: prevenzione e controllo	21
2.4. Le funzioni del codice etico	26
2.5. L'organismo di vigilanza e il <i>whistleblowing</i>	30
2.6. Quando un modello è idoneo ed efficace?	35

Capitolo III

Cultura e responsabilità d'impresa

3.1. Etica ed economia	39
3.2. Riflessioni personali	41

CONCLUSIONI	44
--------------------------	----

BIBLIOGRAFIA	46
---------------------------	----

SITOGRAFIA	48
-------------------------	----

INTRODUZIONE

Il seguente elaborato vuole evidenziare l'esigenza di etica all'interno del tessuto economico odierno, il cui scopo originario è orientato allo sviluppo dell'individuo e della comunità nella quale lo stesso è inserito. È evidente oggi come la conformità alle leggi non sia sufficiente a creare i presupposti di un sistema economico in grado di sostenere lo sviluppo degli individui ed emerge il bisogno di una maggiore considerazione di principi e contenuti extragiuridici diretti alla responsabilizzazione degli operatori economici. Il sistema economico affinché possa generare benessere alla collettività esige operatori economici responsabili, eticamente organizzati poiché lo scopo derivante dall'attività economica, da loro svolta, ha le stesse radici di ciò che è etico e quindi di ciò che correttamente in grado di generare benessere.

Per questo viene prese in considerazione il D.lgs. 231/2001 e di conseguenza il modello organizzativo, di gestione e controllo in esso previsto, poiché ritengo sia un punto di partenza necessario ad instaurare una cultura all'interno delle imprese diretta al favoreggiamento di una gestione, all'interno delle stesse, eticamente sorretta. Nonostante siano passati più di vent'anni dall'emanazione del D.lgs. 231/01 rappresenta ancora un tema estremamente attuale poiché, come verrà approfondito, l'ambito dei reati presupposto è in continua evoluzione e la stessa giurisprudenza, durante la storia del Decreto, ha progressivamente ampliato le funzioni degli strumenti e degli organi previsti all'interno del modello organizzativo. La normativa ha un carattere estremamente innovativo poiché supera dei principi fondamentali contenuti nella Costituzione italiana, introduce per la prima volta le persone giuridiche all'interno dell'ambito giudiziale e perché introduce nel nostro ordinamento giuridico italiano una nuova forma di responsabilità, derivante da una colpa di organizzazione interna alle imprese.

Quanto segue vuole palesare come una corretta implementazione di un modello organizzativo, *ex* D.lgs. 231/01, rappresenti un'opportunità, per tutte le tipologie di enti, di strutturare una gestione in grado di prevenire le situazioni a rischio di commissione di reati presupposto e di migliorare la loro reputazione verso l'esterno.

Ancora prima si dimostrerà come un efficace modello organizzativo rappresenti un'opportunità per gli enti di generare al loro interno un'ambiente florido dove le persone che collaborano possono fiorire in tutte le loro dimensioni.

Capitolo I

Il Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231

1.1. Tratti generali e contesto storico

Il Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, recante la “Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell’articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300”, ha introdotto all’ interno dell’ordinamento giuridico italiano la responsabilità amministrativa degli enti derivante da reati commessi, a loro interesse o vantaggio, da amministratori, dirigenti o dipendenti degli stessi. I termini centrali sono: “interesse” e “vantaggio” dove per interesse deve intendersi che l’ente, attraverso la propria politica, ha instradato la persona fisica a commettere uno dei “reati-presupposto”. Per vantaggio, invece, bisogna far riferimento all’accezione oggettiva del termine, nel senso di arricchimento economico o di profitto non patrimoniale che l’ente ricava dall’illecito. Parallelamente l’ente non è responsabile se i soggetti identificati all’art. 5, *ex D.lgs. 231/01*, hanno agito nell’interesse esclusivo proprio o di terzi.¹

Fino all’entrata in vigore di questo Decreto, gli enti, per effetto del principio della personalità della responsabilità, non erano esposti alle conseguenze derivanti dalla commissione di reati nel loro interesse o vantaggio. La responsabilità dell’ente è una situazione giuridica nuova e particolare, poiché un soggetto giuridico, differente dalla persona fisica, è ritenuto responsabile di aver commesso un reato. Per questo, in ambito di responsabilità dell’ente, si parla di “colpa di organizzazione” e non di “colpa della persona” e conseguentemente la responsabilità viene definita ibrida tra penale e amministrativa. A distanza di vent’anni dall’emanazione del decreto, la natura giuridica della responsabilità, in esso contenuta, è ancora un tema discusso tra dottrina e giurisprudenza. In questo in ambito si distinguono due tesi:

¹ LOMBARSI S., *“il modello organizzativo di gestione e controllo e l’organismo di vigilanza ed d.lgs. 231/01 – prima edizione”*, 2020, CEDAM, pp 1-96.

- La prima attribuisce alla responsabilità, prevista nel D.lgs. 231/01, una natura amministrativa, che si può dedurre attraverso un'interpretazione letterale dell'intestazione del Decreto;

- La seconda, non nega che la responsabilità degli enti abbia un carattere amministrativo ma afferma anche la presenza di un carattere penale, poiché i reati presupposto, previsti nella normativa, rientrano all'interno dell'ambito penalistico. Secondo questa tesi si tratta di una responsabilità ibrida penale/amministrativa.

La normativa ha un carattere estremamente innovativo, perché:

- Ha un elevato contenuto morale e civile poiché, di fatto, “costringe” gli enti a trasmettere un indirizzo etico a tutti i soggetti che operano al loro interno;

- Supera definitivamente uno dei principi “pilastro” del diritto penale italiano, secondo cui “*Societas delinquere non potest*”.

- Si oppone alla concezione estremamente personalistica dell'art. 27, della nostra Costituzione, secondo cui “la responsabilità penale è personale”².

Alla luce di questo Decreto gli amministratori, oltre che fronteggiare un'economia esponenzialmente in crescita, devono strutturare un sistema organizzativo, di gestione e controllo efficace a far fronte alle regole di “convivenza dell'impresa”. Di fatto, questo sistema non deve essere solo idoneo a generare profitto ma deve anche disporre obbiettivi di qualità sociale.

Il fine della normativa è quello di stimolare le diverse realtà di organizzazioni pluripersonali, ad accogliere regole di comportamento utili a tutelare gli operatori economici, da condotte che possono falsare il gioco della concorrenza del mercato; ma anche quello di rendere un'economia più produttiva, prestando più attenzione a considerazioni di natura etica che informano il comportamento e il giudizio umano. Già a partire dagli anni 60' negli Stati Uniti iniziava ad affermarsi una concezione diversa, basata sulla convinzione che l'impresa non dovesse abbassare il livello di benessere attuale, che trovava nel momento in cui entrava nel mercato, anzi, aveva il dovere di accrescere la ricchezza generale, considerando anche gli interessi di soggetti

² RUBINI M., “Il D.lgs. 231: scopo della normativa ed evoluzione dalle origini ai giorni nostri”, 2021, in www.riskcompliance.it.

coinvolti ma che non erano in grado di condizionare l'impresa³. L'adozione della normativa è stata fortemente voluta a livello Internazionale ed Europeo a seguito delle, sempre più frequenti, condotte illecite adottate dalle imprese collettive. In particolare, in Europa, l'introduzione di una forma di responsabilità delle persone giuridiche nasce con la Convenzione di Bruxelles, siglata il 26/07/1995 (con i relativi protocolli firmati il 27/09/1996 e il 29/11/1996) e dal secondo Protocollo sulla Protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee sancito il 27/06/1997.⁴

In Italia, al contrario di altri Paesi Europei, si presentava ancora una lacuna normativa che richiedeva un positivo adeguamento all'ordinamento comunitario, nonostante il Paese non fosse estraneo a condotte illecite in ambito societario.

Di fatto, quindi, il decreto e la preordinata legge delega non sono stati atti spontanei dell'ordinamento giuridico italiano ma atti dovuti nei confronti della comunità internazionale ed Europea.

Per evitare di comprimere eccessivamente la libertà dell'imprenditore di organizzare la propria impresa, il legislatore, si è limitato a:

- Stabilire i reati presupposto, fornendo un elenco tassativo dei reati e delle sanzioni cui detti reati possono dare origine. La precisione del legislatore è volta a non lasciare eccessivo spazio interpretativo alla dottrina, alla giurisprudenza e alla prassi;
- Identificare i presupposti, soggettivi e oggettivi, che espongono l'ente al rischio di trovarsi coinvolto in un procedimento giudiziale. Il presupposto soggettivo ha la funzione di identificare le caratteristiche che devono possedere i soggetti che commettono il reato perché vi possa essere responsabilità dell'ente; elencate agli art. 5 e 7 del Decreto. Il presupposto oggettivo, invece, si verifica quando viene commesso uno dei reati, previsti dalla normativa, nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

³ GUIDO E., *"Il valore della legalità nell'impresa e partire dalla normativa sulla responsabilità degli enti per l'illecito derivante da reato (parte 2-2.1)"*, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, fasc.1, pp 280.

⁴ LOMBARDI S., *"il modello organizzativo di gestione e controllo e l'organismo di vigilanza ed D.lgs. 231/01 – prima edizione"*, 2020, CEDAM, pp 1-96.

- Esporre le condizioni necessarie affinché l'ente possa beneficiare dell'esimente, uno strumento giuridico, che attraverso il sostanziale ribaltamento dell'onere della prova permette all'ente di essere esente da responsabilità se dimostra:

- Di aver posto in essere ogni azione possibile per distaccarsi dal soggetto che, in contrasto con il codice etico ha commesso il reato;
- Di aver attuato le corrette contromisure idonee a prevenire le condotte illecite dei propri dipendenti e collaboratori;
- Che i soggetti a cui è imputabile il reato, lo hanno fatto violando il modello organizzativo predisposto⁵.

Il legislatore italiano, nell'emanare la normativa, ha effettuato una comparazione, ispirandosi alla tradizione tedesca, poiché la concezione di responsabilità dell'ente è assai distante dalla nostra tradizione giuridica.

1.2. I soggetti destinatari del Decreto

L'obiettivo del legislatore fu quello di instaurare una forma di responsabilità il cui destinatario fosse l'organizzazione pluripersonale. Per questo, all'art. 1 viene utilizzato il concetto generico di ente per poter coinvolgere un'ampia sfera di soggetti che, indipendentemente dalla loro qualifica giuridica, risultino muniti di autonomia rispetto alle persone fisiche che operano al loro interno.

Sono espressamente inclusi gli enti che godono di personalità giuridica e quindi, enti che possono godere di diritti, doveri e di una capacità giuridica distinta da quella dei soggetti che si trovano al loro interno ma allo stesso modo sono incluse le società e le associazioni anche prive di personalità giuridica. Il legislatore ha inserito, tra i destinatari del Decreto, anche gli enti privi di personalità giuridica allo scopo di evitare che taluni soggetti esclusi dalla normativa si potessero considerare immuni alla responsabilità amministrativa⁶.

⁵ ARENA M. CAMPANINI A., *“Come fare...modello 231/01 e nuovi reati tributari”*, 2020, IPSOA, pp. 1-5.

⁶ SBISA' F. SPINELLI E., *“Responsabilità amministrativa degli enti (D.lgs. 231/01)”*, 2020, Wolters Kluwer, pp. 1-17.

Rientrano, inoltre, all'interno della normativa anche le società di fatto, le società irregolari e gli enti pubblici economici ovvero enti privi di pubblici poteri, ma, aventi come oggetto principale l'esercizio di un'attività economica.

Infine, il legislatore ha escluso l'applicabilità delle disposizioni contenute nel D.lgs. 231/01 per lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli enti pubblici non economici e gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale. Il motivo dell'esclusione dei già menzionati soggetti è insito al fatto che l'applicazione di sanzioni interdittive nei loro confronti comporterebbe il mancato esercizio delle funzioni istituzionali e, allo stesso modo, l'applicazione ricadrebbe sui cittadini.⁷

1.3. Requisiti applicativi

In questo paragrafo vengono analizzati i requisiti richiesti dalla normativa affinché possa costituirsi la responsabilità in capo all'ente.

Da un punto di vista soggettivo, i requisiti dipendenti dall'impostazione organizzativa, riguardano la tipologia di ente coinvolto e la qualifica della persona che commette il reato. In base ad una pura lettura del decreto, un ente è assoggettabile non solo quando presenta rilevanti dimensioni strutturali o determinate forme giuridiche, ma ogni qualvolta che al suo interno si trovino soggetti che possono commettere reati e che si verifichi, congiuntamente, una potenziale situazione di interesse o vantaggio per l'ente. Le persone che commettono il reato, ai fini della responsabilità dell'ente, devono essere soggetti apicali oppure loro sottoposti. Queste figure interne hanno rilevanza anche nel caso in cui non siano formalmente portatrici di deleghe o di poteri, attribuiti dall'ente, ma che di fatto agiscono come se fossero soggetti apicali⁸.

Ulteriori requisiti, espressi dal decreto, sono di tipo oggettivo e dipendono dalle condotte poste in essere dall'ente attraverso le scelte adottate dai soggetti apicali e dai relativi sottoposti. A questo proposito, affinché si possa innescare il meccanismo della

⁷ TALIENTO G., *"Il Decreto legislativo n. 231 del 2001. progettazione dei modelli organizzativi"*, 2019, La Tribuna, pp 3-50.

⁸ LOTTINI R., *"Le principali questioni in materia di modelli di organizzazione, gestione e controllo ex D.L.G. N. 231 del 2001 (parte I)"*, Giur. Merito, fasc. 10, 2013, pp 1-10, (In www.Dejure.it).

responsabilità, è necessario considerare la tipologia di reato commesso e il beneficio tratto dall'ente. I "reati-presupposto 231" vengono specificamente previsti dal decreto e non si limitano ad un contenuto penale ma rientrano anche in ambito amministrativo, etico, morale ed organizzativo.

In conclusione, è sempre necessario valutare, se dal reato commesso l'ente ricava interesse o vantaggio in quanto sono requisiti indispensabili affinché si possa considerare l'ente responsabile⁹.

1.4. Responsabilità, reati-presupposto e sanzioni 231

Il D.lgs. 231/01, introduce per la prima volta, all'interno dello spazio giudiziale dei soggetti giuridici distinti dalle persone fisiche. La normativa è estremamente innovativa ed è stata adottata per effetto delle spinte internazionali ma anche grazie al contributo della dottrina che ha sempre sostenuto l'inefficienza di un sistema repressivo che punisce esclusivamente i soggetti che partecipano alle organizzazioni.

L'introduzione degli enti nell'ambito giudiziale ha dato origine, all'interno dell'ordinamento giuridico, ad una nuova forma di responsabilità. Come già annunciato precedentemente, dottrina e giurisprudenza, si sono interrogate, sin dalle origini della normativa, sulla natura giuridica della responsabilità degli enti. Questo è stato un tema molto centrale, in quanto gli operatori giuridici, dal lato teorico, cercavano di individuare i riferimenti costituzionali di tale responsabilità mentre, dal lato pratico, avvertivano l'esigenza di colmare le lacune normative derivanti dall'applicazione delle norme contenute nel codice di procedura penale (C.p.p.), ritenute compatibili per gli enti, attraverso norme di coordinamento¹⁰.

A seguito di queste considerazioni, vengono analizzate le diverse posizioni createsi attorno al tema della natura della responsabilità amministrativa degli enti:

⁹ TALIENTO G., *"Il Decreto legislativo n. 231 del 2001. progettazione dei modelli organizzativi"*, 2019 La Tribuna, pp 1-50.

¹⁰ LOMBARDI S., *"il modello organizzativo di gestione e controllo e l'organismo di vigilanza ed D.lgs. 231/01 – prima edizione"*, 2020, CEDAM, pp 1-96.

- Natura amministrativa della responsabilità: tesi sostenuta sia da rappresentanti della dottrina sia da rappresentanti della giurisprudenza. I sostenitori di questa tesi valorizzano, in primo luogo, il *nomen iuris* attribuito dal legislatore alla responsabilità. Inoltre, per dimostrare l'estraneità della responsabilità ai tratti propri del Codice penale (C.p.), evidenziano come per i profili propri della colpevolezza contenuta nel C.p., la stessa non possa essere applicata agli enti. Le finalità delle sanzioni è quella rieducativa e questo scopo non può essere perseguito nei confronti degli enti poiché, non nascono come soggetti autonomi, dotati di personalità propria. Inoltre, la dilazione delle tempistiche processuali vanifica anche la più vana delle possibilità di rieducare un ente. Il profilo amministrativo attribuito alla responsabilità 231 configura una visione antropomorfa del Diritto penale poiché riserva le disposizioni contenute nel C.p., specificatamente, alle persone fisiche. Nonostante ciò, il Tribunale amministrativo di Milano (TAR), ha recentemente affermato la sussistenza di un carattere amministrativo nella responsabilità, contenuta nel D.lgs.231/01, sostenendo che non costituisce un precedente penale, in capo agli enti, il fatto che gli stessi, coinvolti in procedimento 231, vengano condannati al pagamento di una sanzione pecuniaria.
- Natura penale della responsabilità: tesi che, come la precedente, è possibile trovare sia tra la dottrina che tra la giurisprudenza. I sostenitori di questa tesi vedono nel termine “amministrativo”, utilizzato dal legislatore, un'esigenza politica, adottata per evitare di diffondere timore. Inoltre, secondo questa tesi, i tratti penalistici della responsabilità, rappresentano il criterio di imputazione della responsabilità stessa e quindi lo strumento di collegamento tra la persona fisica che commette il reato e la persona giuridica ritenuta responsabile e sanzionata. L'ultimo elemento a favore è rappresentato dal fatto che la responsabilità amministrativa degli enti deve essere sempre accertata da un giudice penale.
- Natura ibrida della responsabilità (*tertium genus*): nuova forma di responsabilità, creata attraverso l'emanazione della normativa sulla

responsabilità amministrativa degli enti. La relazione ministeriale contenuta nel D.lgs. 231/01 indica l'introduzione di una nuova responsabilità (*tertium genus*) che coniuga le caratteristiche essenziali del Diritto penale con gli elementi del Diritto amministrativo, tentando di combinare la necessità dell'efficacia preventiva con quella della correttezza dei comportamenti. In sostanza, il legislatore ha strutturato un sistema che vede responsabile l'ente nei casi in cui la persona fisica, che ha commesso l'illecito, non ha operato autonomamente ma come parte integrante dell'organizzazione¹¹.

Dopo aver analizzato le diverse tesi che si sono sviluppate sul *nomen iuris* della responsabilità amministrativa contenuta nel D.lgs. 231/01, vengono analizzati i principi, ex artt. 2, 3 e 4 D.lgs. 231/01¹², che la stessa deve sempre rispettare. I principi che emergono dal decreto sono:

- Principio di legalità: nessun ente può essere ritenuto responsabile se l'illecito contestato, non è previsto espressamente e in modo chiaro nella lista dei reati presupposto contenuta nel D.lgs.231/01;
- Principio di successione delle leggi nel tempo: l'individuazione del momento esatto in cui si è consumato l'illecito è fondamentale in quanto, non si può instaurare una responsabilità amministrativa se il reato è stato posto in essere, prima che quella specifica condotta venisse inserita tra i reati presupposto, nella lista contenuta nel D.Lgs. 231/01;
- Principio di irretroattività: garanzia propria del Diritto penale che disciplina l'efficacia temporale delle norme punitive. All'interno del D.lgs. 231/01 questo principio si sostanzia in molteplici forme. In *primis*, esclude l'applicabilità della responsabilità degli enti per reati che non sono più compresi nella lista contenuta nel Decreto e nel caso in cui questi vengano esclusi successivamente all'emissione di una sentenza definitiva, questa cessa immediatamente gli effetti giuridici. In secondo luogo, questo principio definisce che nel caso in cui

¹¹ SBISA' F. SPINELLI E., "Responsabilità amministrativa degli enti (D.lgs. 231/01)", 2020, Wolters Kluwer, pp. 1-53.

¹² www.gazzettaufficiale.it

molteplici leggi trovassero applicazione, all'interno di un caso specifico, dovrà essere applicata quella più favorevole per l'ente;

- Principio di territorialità: il D.lgs. 231/01 stabilisce espressamente l'applicabilità della responsabilità amministrativa a tutti gli enti che abbiano la sede principale nel territorio dello Stato italiano, anche quando il reato è stato consumato all'estero. In questo ultimo caso, per avviare un'azione di responsabilità nei confronti dell'ente, è necessario verificare che il reato posto in essere all'estero rientri tra i reati presupposto, contenuti nella normativa, e che lo stato terzo non abbia già avviato una procedura di responsabilità nei confronti di quel determinato ente. Al contrario, il Decreto, nulla dispone in merito a reati presupposto posti in essere in Italia da enti la cui sede principale è all'estero. Ciò non esclude la loro assoggettabilità alla normativa in quanto saranno ritenuti responsabili se il reato, commesso nel loro interesse o vantaggio, si consuma anche solo in parte all'interno dello Stato italiano. Questa non previsione specifica della assoggettabilità alla normativa degli enti "esteri", ha dato origine a numerose pronunce provenienti dalla giurisprudenza di merito che ha ribadito, più volte, che l'esenzione di questi enti dalla normativa comporterebbe una disparità di trattamento, soprattutto nei confronti di altri enti stranieri che hanno una sede o una succursale in Italia.

Alla luce delle caratteristiche specifiche della responsabilità amministrativa degli enti, esposte nei paragrafi precedenti, sorge spontaneo interrogarsi su quali siano gli illeciti che, se posti in essere da soggetti *ex artt. 5 e 6 D.lgs. 231/01* nell'interesse o a vantaggio dell'ente, possono costituire una responsabilità amministrativa, *ex D.lgs. 231/01*, in capo agli enti?

Affinché possa sorgere la responsabilità amministrativa in capo agli enti è necessario che venga commesso un illecito che rientra nell'elenco dei reati presupposto, contenuto negli artt. 24 e 25 del D. lgs. 231/01. L'ambito dei reati presupposto è estremamente interessante in quanto è in continua evoluzione. Alla nascita della normativa, il catalogo delle ipotesi criminose, faceva stretto riferimento a reati penali commessi contro le pubbliche amministrazioni, in particolare per i reati di indebita percezione di

erogazioni a danno dello stato e di corruzione¹³. Successivamente, nell'arco dei vent'anni del Decreto, il catalogo dei reati presupposto è stato progressivamente arricchito, in modo particolare negli ultimi anni anche a seguito della pandemia Covid-19. Per esporre i reati presupposto previsti dalla normativa utilizzo un elenco di categorie di reati che al loro interno contengono un insieme di condotte illecite, affini tra loro, esposte nel C.p.¹⁴. Le categorie di reati, che costituiscono l'elenco dei reati presupposto, contenuto nel D.lgs. 231/01, sono:

- Indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche e frode informatica ai danni dello Stato o di un ente pubblico;
- Delitti informatici;
- Delitti di criminalità organizzata;
- Concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità e corruzione;
- Falsità in strumenti di pagamento o in segni di riconoscimento;
- Delitti contro l'industri e il commercio;
- Reati societari, contenuti nel C.c.;
- Delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento democratico;
- Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (commesse dall'ente all'interno della struttura organizzativa);
- Delitti contro la personalità individuale;
- Abusi di mercato;
- Omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro;
- Ricettazione, riciclaggio, e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, nonché autoriciclaggio;
- Delitti in materia di violazione del Diritto d'autore;

¹³ DE VIVO A., *"Il professionista e il D.lgs. 231/2001 2020"*, 2020, WOLTERS KLUWER, cap. 2.

¹⁴ SBISA' F. SPINELLI E., *"Responsabilità amministrativa degli enti (D.lgs. 231/01)"*, 2020, Wolters Kluwer, pp. 1-53.

- Induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria;
- Reati ambientali;
- Impiego di cittadini di Paese terzi il cui soggiorno è irregolare;
- Razzismo e xenofobia;
- Frode in competizioni sportive, esercizio abusivo di gioco o di scommessa e giochi d'azzardo esercitati a mezzo di apparecchi vietati;
- Reati tributari.¹⁵

Il D.lgs. 231/01, dopo aver elencato i reati presupposto, predispone di un sistema sanzionatorio che rappresenta uno strumento di minaccia necessario ad orientare le condotte delle persone giuridiche. È interessante evidenziare come il sistema sanzionatorio, rappresenti l'effettivo superamento della precedente immunità degli enti, per la quale gli stessi non erano colpiti da sanzioni a seguito di illeciti penali commessi al loro interno. Già in altri settori dell'ordinamento giuridico, per esempio in ambito della normativa *Antitrust*, gli enti si presentavano destinatari di sanzioni. La normativa, però, in relazione all'entità dei reati presupposto, introduce, per la prima volta, delle sanzioni rivolte alle persone giuridiche che richiamano i tratti essenziali delle sanzioni penali contenute nel C.p.. Infatti, l'impianto sanzionatorio, previsto nel D.lgs. 231/01, è stato strutturato per perseguire la finalità preventiva e rieducativa degli enti, tipicamente rivolte alle persone fisiche. La finalità preventiva, rappresentata dalle sanzioni interdittive, è necessaria a garantire la non ripetibilità degli illeciti, mentre la finalità rieducativa è rappresentata dalla possibilità, per gli enti, al cui interno è stato commesso un reato presupposto, di adottare delle misure che garantiscano l'impedimento di nuovi reati nel futuro¹⁶. La finalità rieducativa della sanzione, se correttamente perseguita dagli enti, offre la possibilità di incorrere ad una sanzione più tenue. Le tipologie di sanzioni contenute nel D.lgs. 231/01 sono:

¹⁵ ARENA M. CAMPANINI A., "Come fare...modello 231/01 e nuovi reati tributari", 2020, IPSOA, pp. 1-13.

¹⁶ SBISA' F., SPINELLI E., "Responsabilità amministrativa degli enti (D.lgs. 231/01)", 2020, Wolters Kluwer, pp. 118-141.

- Sanzioni amministrativa: sanzione pecuniaria, il decreto stabilisce che è sempre presente qual ora il giudice confermi la responsabilità amministrativa in capo ad un soggetto giuridico. L'importo della sanzione viene determinato dal giudice attraverso i parametri contenuti nel Decreto che hanno lo scopo di garantire una sanzione corretta e proporzionale;
- Sanzioni interdittive: comportano una limitazione, non inferiore a tre mesi e non superiore a due anni, dell'esercizio di una facoltà o di un diritto legato all'attività dell'ente.

Le sanzioni interdittive previste nel D.lgs. 231/01 sono: l'interdizione all'esercizio dell'attività, la sospensione o la revoca di autorizzazioni o licenza, il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, l'esclusione da agevolamenti, finanziamenti ecc. e il divieto di pubblicizzare beni o servizi. La loro applicazione è possibile solamente qual ora ricorrono tutte le condizioni richieste, *ex art. 13 D.lgs. 231/01*, e possono comunque essere escluse se l'ente si attiva prontamente per la riparazione delle conseguenze derivanti dal reato. La finalità che accomuna queste sanzioni è quella di adeguare l'ente coinvolto per prevenire la commissione di nuovi reati;

- Confisca¹⁷: sanzione che viene disposta sempre con sentenza di condanna e che riguarda la confisca del prezzo o del profitto, derivante dal reato. La giurisprudenza riferisce che per prezzo è da intendersi il compenso promesso al soggetto che ha commesso l'illecito, mentre per profitto, bisogna fare riferimento all'insieme dei vantaggi economici derivanti dall'illecito. La sanzione della confisca è applicabile anche in sede cautelare, per esempio, a seguito di un illecito derivante dall'inosservanza di sanzioni interdittive;
- Pubblicazione della sentenza: può essere disposta quando nei confronti dell'ente viene applicata una sanzione interdittiva, avviene ai sensi dell'art. 36 del C.p. e le spese di pubblicazione sono a carico della persona giuridica¹⁸.

¹⁷ Art. 2641 Codice civile e art. 240 Codice penale.

¹⁸ TALIENTO G., *"Il Decreto legislativo n. 231 del 2001. progettazione dei modelli organizzativi"*, 2019 La Tribuna, pp. 163-171.

A tutela per gli enti, i criteri di attribuzione delle sanzioni, segue l'insieme dei principi delineati in precedenza in merito ai criteri di attribuzione della responsabilità amministrativa. Ulteriori principi, riguardanti il sistema sanzionatorio del D.lgs.231/01, sono contenuti nella Direttiva UE 2014/57 che invita gli stati membri a adottare sanzioni effettive, proporzionali e dissuasive.

Capitolo II

Il modello organizzativo, di gestione e controllo

2.1. Premessa

Il D.lgs. 231/01, per soddisfare esigenze di tipo sociale, a tutela dell'interesse collettivo, ha introdotto la responsabilità dell'ente partendo dal presupposto che questa trovi fondamento all'interno della struttura organizzativa e di gestione dello stesso. In questo modo, negli ultimi vent'anni, il modello organizzativo ha instaurato una nuova concezione del ruolo dell'impresa nella società, tendendo di trasformarla in un soggetto consapevole del ruolo svolto, che opera in vista dell'interesse sociale, oltre che economico¹⁹. Viene, superata l'idea che il profitto sia unica fonte di sviluppo, anzi, si realizza che la produzione di beni e di servizi, quand'anche in grado di generare profitto, non sempre è fonte di progresso e che può decretare l'insorgere di pregiudizi per la collettività ogni volta che mette a repentaglio la dignità umana, la salute e l'ambiente. Nasce così un "nuovo-contratto" tra le imprese e la società in cui operano, a seguito dell'attività svolta e del beneficio tratto dalla società, l'impresa ha l'obbligo di mantenere economicamente, e in tutte le altre forme, il progresso sociale. Sebbene la tipica concezione giustifichi l'esistenza dell'impresa per la sua capacità di produrre ricchezza, oggi è necessario che l'impresa tenga in considerazione molteplici interessi all'interno della collettività. Pertanto, la legittimità dell'impresa come istituzione sociale dipende dalla sua capacità di soddisfare numerose aspettative di diversi *stakeholders*.²⁰

A questo scopo, il D.lgs. 231/01 all'art. 7, stabilisce che "il modello prevede, in relazione alla natura e alla dimensione dell'organizzazione nonché al tipo di attività svolta, misure idonee a garantire lo svolgimento delle attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio".²¹ Sarà compito

¹⁹ RUBINI M., "Il D.lgs. 231: scopo della normativa ed evoluzione dalle origini ai giorni nostri", in www.riskcompliance.it, 2021.

²⁰ CONTE G., "La responsabilità sociale dell'impresa – prima edizione", 2008, Editori Laterza, pp. 1-16.

²¹ www.gazzettaufficiale.it

dell'organo dirigente adottare e attuare, efficacemente prima della commissione del reato, modelli di organizzazione gestione e controllo che rispondano alle esigenze richieste:

- a) Individuare le attività all'interno delle quali possono essere commessi reati (le linee guida);
- b) Prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione delle decisioni dell'ente in relazioni ai reati da prevenire (il codice etico e disciplinare di comportamento);
- c) Individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati (il regolamento aziendale interno e la mappatura dei poteri);
- d) Prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli (il manuale dei protocolli interni per la prevenzione del rischio da reato);
- e) Introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello (il sistema sanzionatorio).

Il modello può essere adottato sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti e comunicati al ministero della giustizia che può formulare, entro trenta giorni, un giudizio di idoneità sui modelli adottati. L'ente adottando il modello (*ex* artt. 6-7 del D.Lgs. n.231/2001) soddisfa un requisito necessario, ma non sufficiente, per risultare esente da responsabilità e da sanzioni nel caso di reato. Successivamente sarà onere dell'ente, attraverso lo strumento "dell'esimente", dimostrare di aver adottato un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi e quindi a palesare una dissociazione tra ente e persona fisica autore del reato. Un modello funzionale va al di là della conformità alla legge, elemento necessario ma non esaustivo. Infatti, è necessario anche che si ispiri a principi di integrità morale, dando l'opportunità all'ente di migliorare il clima etico interno, e di stabilire uno standard di condotte più solido. In questo modo l'ente riduce la necessità di ricorrere alla regolazione statale diventando un "buon cittadino".

2.2. Adozione del modello

A primo impatto la normativa sembra riconoscere all'ente un'ampia autonomia nell'adottare o meno un modello organizzativo. Al contrario, analizzando congiuntamente l'art. 6, D.Lgs. 231, e la riforma sulla disciplina delle società del 2003, si afferma la natura obbligatoria dell'adozione del modello organizzativo, non tanto per l'ente, ma per coloro che sono chiamati ad amministrarlo²²; conclusione che deriva da un'esatta applicazione del principio di adeguatezza.

A sostegno di questa obbligatorietà, si presenta il C.c. che all'art 2381 impone agli organi delegati della società di predisporre aspetti organizzativi adeguati alla natura dell'impresa, inoltre, sempre il C.c., all'art. 2403, istituisce a carico dei sindaci la responsabilità di vigilare sui principi di corretta amministrazione e sull'adeguatezza dell'aspetto organizzativo.

In sintesi, risulta inevitabile l'impegno del modello organizzativo che, in caso di mancata adozione, può valere come causa di inadempimento degli amministratori in termini di responsabilità; giusta causa per la revoca *ex. art. 2383 C.c.*²³

2.3. Profili strutturali: prevenzione e controllo

Il modello organizzativo, punto centrale del decreto, equivale ad un meccanismo basato sul contemporaneo esercizio di direzione e vigilanza che possa prevenire la commissione di reati, controllare il comportamento dei soggetti a rischio e dimostrare l'estraneità dell'ente a fronte di reati, eventualmente, commessi.

Per adottare un modello conforme a quanto prescritto, dagli artt. 5,6 e 7 del D.lgs. 231/01²⁴, è necessario rispettare una procedura che, con l'aiuto delle associazioni di categoria, permetta all'ente di autoregolamentarsi, attraverso:

- Una procedura di *risk assessment* necessaria a identificare le aree organizzative dell'ente, nonché i processi nei quali si potrebbero verificare situazioni a rischio di applicazione delle sanzioni *ex. D.lgs. 231/01*. Si tratta di un'attività fondamentale la

²² LOTTINI R, "Le principali questioni in materia di modelli di organizzazione, gestione e controllo *ex D.L.G. N. 231 del 2001 (parte I)*", Giur. Merito, fasc. 10, 2013, pp 1-10, (In www.Dejure.it).

²³ DE VIVO A., "Il professionista e il D.lgs. 231/2001 2020", 2020, WOLTERS KLUWER, pp. 137-259.

²⁴ www.gazzettaufficiale.it

cui finalità è quella di individuare i soggetti potenzialmente attori e la tipologia di reati che quest'ultimi possono commettere, nell'interesse o a vantaggio dell'ente;

- Un modello strutturato in due sistemi: prevenzione e controllo.

Il Decreto non esprime “come” deve essere il modello ma definisce cosa “deve” fare.

- Continue modifiche o integrazione al modello, nonché l'esecuzione del sistema di prevenzione e di controllo²⁵.

La necessità di strutturare due sistemi, uno preventivo e uno di controllo, deriva dalla particolare tipologia di reati previsti dal D.lgs. 231/01. Infatti, una loro caratteristica è quella di essere tutti intenzionali, talvolta colposi, poiché chi li commette, è sempre intenzionato a procurare un vantaggio a sé e/o all'ente. Non tutti, però, sono facilmente riconoscibili dalla collettività come reati penali, soprattutto se si tratta di reati penali-finanziari. Qui nasce l'esigenza dell'ente di organizzare un sistema di prevenzione, che gli permetta di annunciare pubblicamente la consapevolezza del suo dovere di cittadinanza, delle possibili attività svolte a “rischio 231” e delle regole che devono essere rispettate da tutti i soggetti, interni ed esterni, con cui opera. Si tratta di un meccanismo di autoregolamentazione e per questo dovrà anche prevedere le possibili sanzioni per eventuali trasgressioni alle regole di comportamento interne²⁶.

Gli strumenti di prevenzione che possiamo trovare all'interno di un qualsiasi modello organizzativo, sono:

- Il codice etico: punto di riferimento all'interno dell'organizzazione, è una dichiarazione di principio verso chiunque abbia a che fare con l'ente e, soprattutto, un pilastro del modello organizzativo. Il codice etico è da considerarsi ancora prima del modello organizzativo, in termini di rilevanza, poiché costituisce la legge interna e quindi l'archetipo del modello organizzativo.

Il contenuto minimo, richiesto dal decreto, riguarda i reati presupposto emergenti dalla procedura di *risk assessment*. Il codice etico però non contiene esclusivamente regole

²⁵ STRAZZERI C. A., “Guida pratica per la redazione dei modelli 231: la nuova norma ISO 37301”, 2021, WOLTERS KLUWER, pp. 1-16.

²⁶ TALIENTO G., “Il Decreto legislativo n. 231 del 2001. progettazione dei modelli organizzativi”, 2019 La Tribuna, pp. 71-128.

che fanno riferimento a reati, ma predispone anche regole etiche, contenenti e principi morali. Esprime i valori dell'ente ma anche l'insieme dei diritti, dei doveri e delle responsabilità che l'ente si assume verso tutti gli *stakeholders*.

Viene redatto su volontà dell'organo dirigente e rientra tra le funzioni del management considerare gli interessi di tutti gli *stakeholders* che possono essere condizionati, positivamente o negativamente, dalle loro decisioni.

Tutti i partecipanti all'organizzazione sono tenuti a conoscerlo, rispettarlo, nonché a promuoverne la conoscenza ed il rispetto²⁷.

- Il codice disciplinare e sanzionatorio interno: un elemento necessario, richiesto dalla legge e dalla giurisprudenza, volto a sanzionare le condotte (poste in essere da uno dei soggetti identificati durante la procedura di *risk assessment*) dirette alla realizzazione di un reato o comunque alla preparazione di esso. Il sistema sanzionatorio si attiva anche nei casi di condotte che, pur non configurando ipotesi vere e proprie di reato presupposto 231, sono da considerarsi rilevanti per i riflessi economici o reputazionali dell'ente. Le sanzioni previste devono essere proporzionali alla gravità dell'illecito commesso e, in ogni caso, rispettare le disposizioni più generali contenute nello statuto dei lavoratori e nel rispettivo Contratto Collettivo Nazionale Lavoro (CCNL)²⁸. Si tratta di un sistema sanzionatorio interno che va ad aggiungersi a quelli esterni, eventualmente penali e amministrativi. Il fine ultimo del sistema deve essere quello di garantire la validità e l'efficacia del modello disincentivando i destinatari a tenere comportamenti devianti, rispetto a quelli virtuosi. In fine, in virtù dell'art. 7 dello statuto dei lavoratori, che espone il principio di pubblicità, si ritiene che il codice disciplinare e sanzionatorio interno debba essere redatto per iscritto e adeguatamente divulgato fra i destinatari, congiuntamente al modello organizzativo²⁹.

- La formazione interna: in prima istanza, all'interno degli enti, è necessaria una corretta diffusione e condivisione degli strumenti che formano il modello organizzativo. Successivamente si instruirà, circa il contenuto del D.lgs. 231/01, i

²⁷ ARENA M., CAMPANINI A., "Come fare...modello 231 e nuovi reati tributari", 2020, IPSOA, pp. 56-58.

²⁸ Contratto stipulato dalle associazioni sindacali di categoria dei lavoratori e delle imprese.

²⁹ LOMBARDI S., "il modello organizzativo di gestione e controllo e l'organismo di vigilanza ed d.lgs. 231/01 – prima edizione", 2020, CEDAM, pp 100-110.

soggetti identificati mediante la procedura di *risk assessment*, mediante una formazione che non deve essere strettamente teorica, anzi deve avere un taglio pratico che ripercorra tutte le fasi del modello. I soggetti devono essere istruiti con assoluta certezza poiché in caso contrario si potrebbero creare contestazioni riguardanti la validità dell'intero modello. Ai soggetti a cui rivolta la formazione viene proposto un programma continuo poiché si tratta di una materia in costante evoluzione e per contrastare la naturale tendenza dell'uomo a dimenticare le cose³⁰.

Al contrario, il sistema di controllo ha la finalità di vigilare che l'attività svolta dall'ente avvenga nel rispetto della legge e dei regolamenti interni. A questo fine vengono creati dei flussi informativi tra l'organismo di vigilanza e i responsabili delle diverse aree operative dell'ente (in particolare con il consulente legale ed il responsabile dell'area 231), per monitorare l'effettività, l'adeguatezza e il mantenimento del modello³¹. Gli strumenti di cui viene dotato un sistema di controllo sono:

- Un Organismo di vigilanza (Odv): organo collegiale, in determinate circostanze monocratico, al quale non vengono conferiti poteri impeditivi sulle scelte organizzative dell'ente ma consultivi, istruttori e di impulso. In sostanza, l'Odv può solamente riferire, all'organo amministrativo, eventuali anomalie riscontrate all'interno del modello organizzativo, il quale avrà l'onere di provvedere una soluzione.

L'Odv viene nominato dal consiglio di amministrazione (CdA) ed è composto sia da soggetti interni (dirigenti) che da componenti esterni (soggetti che non sono legati all'ente da un contratto di lavoro subordinato), deve operare con assoluta autonomia e indipendenza, che devono essere garantite dal posizionamento riconosciuto all'interno della struttura organizzativa e dai requisiti richiesti ai componenti. Nessuna norma impone l'indipendenza ai membri dell'organo; questa è necessaria, nei confronti di coloro che hanno compiti di gestione, se si vuole garantire un effettivo controllo. Tenendo in considerazione le funzioni svolte, i membri devono possedere determinati

³⁰ SBISA' F., SPINELLI E., *“Responsabilità amministrativa degli enti (D.lgs. 231/01)”*, 2020, Wolters Kluwer, pp. 57-75.

³¹ STRAZZERI C. A., *“Guida pratica per la redazione dei modelli 231: la nuova norma ISO 37301”*, 2021, WOLTERS KLUWER, pp. 1-11.

requisiti soggettivi, quali la professionalità e l'onorabilità. Per professionalità deve intendersi il possesso di tecniche idonee a garantire il potere di controllo e il potere propositivo ad esso demandato. Per onorabilità, invece, si intende che la carica di membro non possa essere ricoperta da coloro che, salvi gli effetti della riabilitazione, sono stati sottoposti a misure di prevenzione disposte dall'autorità giudiziaria, ovvero sono stati condannati con sentenza irrevocabile per un qualsiasi reato, oppure siano stati radiati da albi professionali per motivi disciplinari.

L'Odv nel suo complesso deve garantire la continuità di azione, ovvero il funzionamento costante nel tempo ed in continua interconnessione con gli organi amministrativi e di controllo dell'ente. Nello svolgere le proprie attività investigative deve avere accesso, senza limitazioni, a tutte le informazioni interne all'ente, per questo viene affiancato da funzioni di audit, in modo tale da creare un insieme di flussi informativi che permettano un monitoraggio costante. L'Odv è un organo fondamentale del modello, infatti il Decreto, *ex art. 6*, stabilisce che ha il compito vigilare sul funzionamento, sull'osservanza e sul costante aggiornamento del modello. Mediamente la durata della carica è di tre anni e può coincidere con la durata del consiglio di amministrazione.³²

- Altri uffici: interni all'attività di *compliance* dell'ente, il cui funzionamento è consentito dai flussi informativi che, come fossero sinapsi, tengono in continuo contatto le parti strutturali dell'ente per garantire nel tempo i requisiti di solidità e funzionalità del modello. A questo fine è necessario generare due tipologie di flussi informativi: i primi periodici, basati su sistemi di rivelazione del modello e relativi al funzionamento dello stesso. I secondi invece, continui, mirano alla prevenzione direttamente all'interno delle aree a rischio emerse durante la procedura di mappatura dei rischi. In ogni caso, a prescindere dalla struttura organizzativa dell'ente, è necessario disegnare la strategia organizzativa in base alle esigenze dell'organismo di vigilanza così da creare un meccanismo informativo tra i veri attori.³³

³² LOTTINI R, "Le principali questioni in materia di modelli di organizzazione, gestione e controllo ex D.L.G. N. 231 del 2001 (parte I)", Giur. Merito, fasc. 10, 2013, pp 14-24, (In www.Dejure.it).

³³ TALIENTO G., "Il Decreto legislativo n. 231 del 2001. progettazione dei modelli organizzativi", 2019 La Tribuna, pp 71 ss.

2.4. Le funzioni del codice etico

All'interno della struttura delineata dal D.lgs. 231, per Codice etico si intende il documento ufficiale, attraverso il quale vengono espressi l'insieme dei diritti, doveri e responsabilità che l'ente si assume nei confronti di tutti gli *stakeholders* (azionisti, Pubblica Amministrazione, dipendenti, fornitori, clienti, ecc.). Il cambiamento del contratto "società-imprese" ha un riflesso all'interno del codice etico, in quanto tra gli interessi tutelati ci sono, sicuramente, quelli degli azionisti, ma non sempre sono i più importanti e mai esclusivi. Si può definire come una raccolta di principi etici che hanno la funzione principale di promuovere o vietare determinati comportamenti, costituendo così la legge interna dell'ente. Contiene prescrizioni che sono valide all'interno dell'organizzazione ma che hanno rilevanza giuridica in quanto, se affiancate a condotte che ne consentono una corretta attuazione, permettono all'ente di beneficiare dell'esimente, uno strumento che produce effetti giuridici.

Al codice etico deve essere garantita autonomia rispetto alla normativa, in quanto una condotta potrebbe essere in contrasto con lo stesso ma non integrare gli estremi di un reato presupposto. E', quindi, uno strumento di prevenzione fondamentale che costituisce il fulcro del modello organizzativo e che dovrebbe preesistere allo stesso, collocandosi gerarchicamente ad un livello più alto.³⁴

Affinché il codice etico possa svolgere le proprie funzioni è fondamentale che il suo contenuto soddisfi due requisiti: la conformità alla legge e il rispetto all'integrità morale. Ovviamente la conformità alla legge è indiscutibile nel momento in cui stiamo parlando di Diritto ma questo non significa che la doverosità extra giuridica³⁵ sia irrilevante all'interno delle leggi di autoregolamentazione degli enti. Un codice basato sull'integrità morale va oltre la conformità alla legge, in quanto considera la Legge un catalogo standard di comportamenti etici che non è sufficiente ad affiancare il modello organizzativo dell'ente. A conferma di ciò bisogna considerare alcune ricerche svolte negli anni 90, presso dei collaboratori di grandi imprese, per valutare l'impatto dei

³⁴ SALVATORE A., "il codice etico: rapporti con il modello organizzativo nell'ottica della responsabilità sociale dell'impresa", (anno?), pp 67 ss. In www.rivista231.it

³⁵ La doverosità extra giuridica è un fenomeno, basato sullo spontaneo adempimento, che si riferisce ad un insieme di regole di contenuto etico/morale.

valori e dei principi etici adottati all'interno delle organizzazioni. Quello che si è dimostrato è stata la creazione di posti di lavoro migliori, maggior impegno dei dipendenti, disponibilità a riferire violazioni di norme morali o di legge e, non di meno, un aumento della reputazione dell'organizzazione sul piano commerciale che ha visto ampliare la competitività sul piano concorrenziale³⁶.

Questa visione, inoltre, considera l'etica come funzione del management, poiché la creazione di un'etica all'interno di un'organizzazione pluripersonale, riguarda soprattutto il comportamento dei leader, in particolare come esercitano il loro potere. È fondamentale strutturare un modello organizzativo al fine di favorire la realizzazione di condotte responsabili all'interno dell'ente, ma è parallelamente vero che i manager attraverso l'elaborazione del codice etico e delle scelte intraprese influiscono sul sistema dei valori dell'ente; loro sono i "creatori" dell'etica interna. A questo proposito è opportuno ricordare il principio di corretta amministrazione, introdotto con la riforma societaria avvenuta ad inizio secolo, che ammette la possibilità di promuovere un'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori a seguito dell'inosservanza di prescrizioni contenute nel codice etico.

L'esempio è uno degli elementi necessari affinché si possa parlare di comportamenti etici all'interno di un ente, in quanto invia un messaggio, a tutti coloro che partecipano all'organizzazione, più forte rispetto a qualsiasi modello di autoregolamentazione. Viceversa, l'incoerenza tra condotte poste in essere dai leader e i valori adottati dall'ente produrrà tra tutti gli *stakeholders* un senso di indifferenza e quindi il deterioramento dei valori adottati.

Un ulteriore elemento utile, ad instaurare l'etica interna, è l'attività di formazione in etica per tutti i soggetti che collaborano all'interno. La formazione avviene tramite seminari che hanno lo scopo di aumentare la consapevolezza etica nei dipendenti così da fornire loro i criteri necessari per prendere decisioni responsabili. Un'attività di formazione, per avere successo, deve essere rivolta a tutti, non solo all'organo

³⁶ BALESTRA L., "Il ruolo dei codici etici nell'autoregolamentazione del mercato", *Giurisprudenza Commerciale*, 2018, fasc.2, pag. 216, (in www.dejure.it).

manageriale, così da favorire la comunicazione e la comprensione, tra tutti i membri dell'organizzazione, sugli impegni etici assunti dall'ente³⁷.

Un primo contributo all'istituzionalizzazione dell'etica, all'interno del mondo delle organizzazioni pluripersonali, deriva dall'esperienza statunitense e ciò che emerse dalle ricerche attuate da Fortune, sui modi in cui possono essere integrati i valori etici all'interno di grandi imprese, i Codice etici occupavano il 78%; la formazione etica il 52% e l'istituzione di comitati etici il 33%³⁸.

In alcuni casi, i manager potrebbero essere attratti dall'adottare un modello di autoregolamentazione immorale in considerazione del fatto che la creazione di un sistema etico richiederebbe maggiori risorse finanziarie e tempistiche più prolungate. Nonostante, uno sforzo iniziale maggiore, strutturare un sistema interno basato su principi di valore etico, può dare i suoi frutti nel medio/lungo termine proteggendo l'ente da situazioni ostili dentro le quali sarebbe ricaduto nel caso in cui avesse strutturato una cultura organizzativa indifferente o insensibile a considerazioni di ordine etico. Per comprendere al meglio la centralità e soprattutto l'utilità, del codice etico e dei principi in esso contenuti, è utile ricordare alcune analisi di mercato che evidenziano come le condotte immorali, sono necessariamente collegate a eventi rovinosi per la vita dell'organizzazione.

Il primo caso riguarda un'impresa, leader nel settore dei servizi automobilistici³⁹ che, nel 1992, venne accusata di ingannare i propri clienti e di fornire a questi servizi inutili. L'esigenza di potenziare i propri centri automobilistici spinse i dirigenti a introdurre nuovi obiettivi di vendita e incentivi, per dipendenti e consulenti: in particolare agli ultimi vennero indicate le quote di vendita per pezzi specifici e furono stabilite delle provvigioni sulle stesse. In una situazione caratterizzata da una forte pressione per le vendite, da incentivi e dall'incapacità del management di chiarire i criteri etici volti a distinguere gli interventi utili da quelli inutili, lascia i dipendenti soli, in una situazione

³⁷ LOTTINI R, *"Le principali questioni in materia di modelli di organizzazione, gestione e controllo ex D.L.G. N. 231 del 2001 (parte I)"*, Giur. Merito, fasc. 10, 2013, pp 14-24, (In www.Dejure.it).

³⁸ D'ORAZIO E., *"Codici etici, cultura e responsabilità d'impresa"*, notizie di Politeia, XIX, 72, 2003, pp 127-143.

³⁹ La Sears, Roebuck and Company

grigia, soggetta ad ampie interpretazioni. Infatti, non a caso, alcuni dipendenti non avendo avuto la possibilità di raggiungere legittimamente l'obiettivo di vendita avrebbero agito con esagerazioni, negligenza e senz'altro con false dichiarazioni, poiché una diminuzione delle vendite avrebbe compromesso il loro posto di lavoro. In questa situazione, i dirigenti sacrificarono gli obblighi dell'impresa verso la clientela a favore dell'interesse aziendale.⁴⁰

Il secondo caso, invece, riguarda un'impresa produttrice di alimenti per l'infanzia⁴¹. In particolare, all'inizio degli anni '80, l'amministratore delegato era consapevole del fatto che il succo di mele, concentrato al 100%, prodotto dall'ente non era genuino ma contraffatto. Lo stesso amministratore delegato avrebbe potuto ritirare dal mercato tutti i succhi di frutta, a tutela della salute dei minori e in considerazione dei danni potenziali derivanti, per l'ente, da una pubblicizzazione del fatto, da ammende e da spese legali. Non l'ha fatto, poiché era "sotto pressione" perché gli era stato attribuito da due anni l'incarico di risanare l'impresa. Infatti, l'eliminazione delle scorte avrebbe comportato una perdita di 700 mila dollari che erano stati promessi ad un altro ente partner, inoltre il 25% di sconto applicato dai fornitori del succo avrebbe permesso ai manager di raggiungere il controllo dei costi. Anche in questa circostanza le logiche di natura economica prevalsero sull'assunzione di responsabilità all'interno dell'ente e la sentenza che attribuì responsabilità all'impresa venne emessa dopo sei mesi - procedimento innescato da una denuncia anonima di un dipendente - quando la stessa aveva finito di vendere ad un pubblico ignaro tutte le scorte di succo.⁴²

Dai casi in analisi emergono due situazioni differenti e ciò che le accomuna è che entrambe generano conseguenze estremamente negative per le rispettive organizzazioni coinvolte che rispettivamente si sarebbe potute evitare se si fossero prima definiti una serie di valori interni capaci di formare un ambiente sostenuto da comportamenti eticamente retti e di diffondere tra i collaboratori dell'ente, a tutti i

⁴⁰ BALESTRA L., *"Il ruolo dei codici etici nell'autoregolamentazione del mercato"*, Giurisprudenza Commerciale, 2018, fasc.2, pag. 216, (in www.dejure.it).

⁴¹ La Beech-Nut Nutrition

⁴² D'ORAZIO E., *"Codici etici, cultura e responsabilità d'impresa"*, notizie di Politeia, XIX, 72, 2003, pp 127-143.

livelli, un condiviso senso di responsabilità. Ritengo che in qualsiasi sistema l'etica possa creare opportunità, definire il sistema organizzativo e decisionale sia a livello individuale che collettivo. È inappropriato per un ente tentare di orientare la condotta individuale di tutti coloro che collaborano al suo interno poiché è inverosimile pensare che tutti gli adulti possano raggiungere lo stadio del ragionamento morale basato su principi di cui si prevede coerenza tra giudizio e azione. Proprio per questo, di base, l'organizzazione deve fornire, a tutti i soggetti con cui entra in contatto, un contesto capace di favorire comportamenti etici e in grado di scoraggiare quelli immorali. Affinché questo si possa verificare è essenziale che il codice etico dell'ente venga allineato ai sistemi e ai procedimenti che governano l'organizzazione. In particolare, deve essere sensibile ai seguenti sistemi:

- Formazione dei collaboratori
- Leadership e supervisione
- *Audit* e controllo
- Definizione del budget e allocazione delle risorse
- Valutazioni delle performance e premi
- Informazione e comunicazione
- Programmazione e definizione degli obiettivi.

2.5. L'organismo di vigilanza e il *whistleblowing*

L'Organismo di vigilanza è il fulcro del sistema di controllo interno delineato dal D.lgs. 231/01. È un organo dotato di poteri di iniziativa e controllo e, la sua costituzione, rappresenta una delle condizioni necessarie affinché l'ente possa escludere la propria responsabilità derivante da illeciti, commessi da soggetti apicali o dai relativi sottoposti, a vantaggio o nell'interesse dell'organizzazione stessa.⁴³

Ancora prima di rappresentare un presupposto di esonero della responsabilità, l'Odv ha la funzione di rendere efficace il modello di autoregolamentazione interna, lo stesso D.lgs. 231/01, all'art. 6 gli attribuisce il compito di vigilare sul funzionamento e

⁴³ TALIENTO G., "Il Decreto legislativo n. 231 del 2001. progettazione dei modelli organizzativi", 2019 La Tribuna, pp 71 ss.

sull'osservanza del modello e di curarne il progressivo aggiornamento. Un modello organizzativo che non presenta un organo di controllo si configurerebbe come un mero adempimento formale, addirittura fastidioso perché raffigurerebbe un costo privo di senso. Viceversa, la sua adozione e il corretto funzionamento permettono all'ente di beneficiare dell'esimente, ma non solo: garantiscono l'affidabilità delle informazioni, la correttezza dei comportamenti e una reputazione migliore dell'ente nei confronti di tutti gli *stakeholders*, interni ed esterni.⁴⁴

La normativa non espone i parametri generali che un sistema di controllo deve soddisfare per risultare efficace ed efficiente in quanto ciascun sistema dovrà essere formulato in relazione delle caratteristiche specifiche di ogni ente. In ogni caso, però, per rendere effettivo il controllo è necessario che l'Odv (attore principale) si coordini e collabori con altre funzioni interne all'organizzazione in modo da creare con le stesse una rete di flussi informativi che permettano un costante monitoraggio e all'occorrenza, un intervento tempestivo. Le funzioni che affiancano l'Odv nelle attività di vigilanza e controllo sono composte da soggetti che sono in possesso dei requisiti di indipendenza e di professionalità richiesti anche ai membri dello stesso.

Le funzioni interne di cui si è appena parlato sono:

- Funzione *compliance*: funzione interna, indipendente, che esercita un controllo finalizzato alla conformità normativa, più in particolare per la prevenzione da rischi derivanti da situazioni di corruzione. Una funzione *compliance* idonea ed efficiente è basata su un controllo costante che coinvolge:

1. Le disposizioni contenute nel modello organizzativo;
2. L'aggiornamento del modello organizzativo;
3. L'allineamento del sistema di controllo con i principi etici, di legalità e trasparenza contenuti nel sistema di prevenzione;
4. La formazione costante, dei soggetti interni all'organizzazione, sul modello organizzativo e sulle regole di autoregolamentazione interna;

⁴⁴ NUCCI G., "L'organismo di vigilanza previsto dal d.lgs.231/2001: ennesimo attore del sistema dei controlli o effettivo protagonista del presidio dei rischi?", 2017, in www.riskcompliance.it

5. La conformità del sistema di controllo;
6. L'implementazione di una rete di flussi informativi che consenta uno scambio di informazioni costante tra tutte le funzioni interne, in particolare verso il management e verso l'Odv.

La *ratio* che sta alle origini della funzione *compliance* non è solamente la conformità al codice penale ma è anche quella di diffondere una continua cultura interna alla legalità, trasparenza, eticità e correttezza. Per raggiungere gli obiettivi propri di questa funzione è necessario che l'organizzazione nomini, all'interno della *compliance*, persone integre e solide valori, volenterose e con solide basi di preparazione, circa le competenze che il caso specifico richiede.⁴⁵

- Funzione di *Internal audit*: le attività che rientrano nell'ambito dell'*internal audit* si possono trarre da una definizione che è stata fornita dall'Associazione Italiana *Internal Auditors* (AiiA). La stessa definisce questa funzione come un'attività, indipendente ed obbiettiva, di *assurance*⁴⁶ e consulenza⁴⁷ finalizzata al miglioramento dell'efficacia e dell'efficienza dell'organizzazione interna. Assiste le organizzazioni nel perseguimento dei propri obiettivi tramite un approccio professionale sistematico, che genera valore aggiunto in quanto finalizzato a valutare e migliorare i processi di controllo e gestione dei rischi. A livello pratico, l'attività di *internal audit* si sostanzia in consulenze interne sostenute da soggetti interni ma che operano in posizione di indipendenza per la verifica delle procedure organizzative.⁴⁸

- Il collegio sindacale: è l'organo di controllo interno degli enti societari, è rivestito da funzioni di vigilanza sull'amministrazione dell'ente stesso. Il C.c. prevede che è sempre obbligatorio all'interno delle società per azioni (SPA) e nelle società in accomandita per azioni (SAPA) mentre per le società a responsabilità limitata (SRL) deve essere previsto dall'atto costitutivo. Oltre ad assicurare che l'attività dell'organo

⁴⁵ LUNGARO E., REGOLIOSI C., PAPA C., "La sinergia della compliance, longa manus dell'Organismo di vigilanza", 2019, in www.riskcompliance.it.

⁴⁶ Attività che mira ad incrementare la qualità delle decisioni, dell'informazione e dell'ambito in cui opera l'ente (es. *risk assessment*).

⁴⁷ Attività che riguarda la formulazione di pareri/proposte per il miglioramento del sistema di controllo interno.

⁴⁸ DE SIMONE F., "L'*internal Audit*", in www.portalecompliance.it, 2013.

amministrativo venga svolta in conformità alla legge, il collegio sindacale può estendere il suo controllo a qualsiasi funzione interna, attraverso ispezioni e controlli.⁴⁹ A parere di chi scrive queste sono le funzioni di controllo interne principali e più importanti, che affiancano l'Odv nell'attività di controllo ma non sono obbligatorie e nemmeno univoche in quanto ogni realtà organizzativa ha la possibilità di strutturare un sistema specifico alle proprie esigenze.

Solamente una sinergica collaborazione tra le diverse funzioni di controllo, interne all'organizzazione, può fornire sicurezza all'organo amministrativo in merito all'idoneità delle scelte intraprese e sulla validità dei controlli interni nel prevenire il rischio da illeciti. Lo strumento che funge da anello di congiunzione tra l'Odv e le altre funzioni interne sono i flussi informativi. Lo stesso D.lgs. 231/01 regola parzialmente il sistema dei flussi informativi, stabilendo che costituiscono un elemento rilevante ai fini dell'idoneità del modello⁵⁰. Infatti, prevede che lo stesso debba disporre di obblighi informativi da e verso l'Odv⁵¹. Si vengono a formare quindi due categorie di flussi:

1. Provenienti dall'organismo di vigilanza: L'Odv ha il potere di monitorare e il dovere di trasmettere all'organo amministrativo un *report* periodico riguardante le attività svolte ed eventuali anomalie riscontrate all'interno del modello. Lo stesso dovere, dell'Odv, si presenta nei confronti del collegio sindacale al quale devono essere rivolte tutte le informazioni riguardanti la corretta attuazione del modello organizzativo 231.
2. Verso l'organismo di vigilanza: la Giurisprudenza richiede un obbligo a tutti i dipendenti, amministratori e direttori, di qualsiasi organizzazione, di riferire ai relativi Odv eventuali notizie riguardanti le violazioni del modello o la consumazione di reati.

È qua, nell'ambito dei flussi informativi verso l'Odv, che l'istituto del *whistleblowing* trova le sue fondamenta, in quanto nasce con lo scopo di promuovere le segnalazioni

⁴⁹ CAMPOBASSO M., "Manuale di Diritto commerciale", 2019, pp. 256-262.

⁵⁰ RUBINI M., "L'evoluzione della giurisprudenza riguardo il ruolo dell'Organismo di vigilanza, Odv: spunti di riflessione per le aziende", 2022, in www.riskcompliance.it

⁵¹ GRIBALDO P., "231: la costruzione di un efficace sistema di comunicazione e informazione", 2022, in www.riskcompliance.it

verso l'Odv e di garantire la massima riservatezza a riguardo l'identità del segnalante. L'istituto del whistleblowing è di derivazione anglosassone e fatto proprio dal diritto comunitario Europeo attraverso la Direttiva 2019/1937 che, in merito a questo istituto, richiede specificatamente:

1. L'istituzione, all'interno delle organizzazioni, di uno o più canali finalizzati all'invio di segnalazione e messi a disposizione di tutti i soggetti operano all'interno;
2. L'istituzione di, almeno, un canale alternativo idoneo a garantire la riservatezza dell'identità attraverso l'utilizzo di programmi informatici.
3. Il divieto di atti di ritorsione, discriminatori e punitivi nei confronti dei soggetti segnalanti;
4. L'obbligo di disporre di sanzioni per i soggetti che violano le misure a tutela del soggetto segnalante.

L'ordinamento comunitario emana la direttiva 2019/1937 con l'obiettivo di stimolare gli stati membri a introdurre, o a rafforzare se già strutturate, migliori garanzie nei confronti dei segnalanti così da rendere più efficace il controllo operato dall'Odv⁵².

Lo Stato italiano ha recepito la Direttiva Europea con apposito Decreto legislativo, il 9 dicembre 2022, che ha successivamente superato il vaglio delle commissioni parlamentari europee che lo hanno ritenuto adeguato.⁵³

L'introduzione della disciplina del *whistleblowing*, all'interno dell'ambito applicativo delineato dal D.lgs. 231/01, completa la regolamentazione dei flussi informativi interni necessari a rendere operativo, e quindi efficace, un modello. L'oggetto, delle segnalazioni in tema di whistleblowing, non dovrà essere circoscritto a condotte che rappresentano il rischio da illecito 231 ma deve essere esteso anche a tutte le violazioni dello stesso modello di autoregolamentazione.

Con l'entrata in vigore del Decreto legislativo 9 dicembre 2022, l'applicazione della normativa in tema di whistleblowing diventa, per tutti i tipi di organizzazioni, una

⁵² CORTELLAZZI V. MARIA G., "Corporate governance note in tema di whistleblowing", Rivista dei Dottori Commercialisti, fasc. 2, 2019, pp. 1-9.

⁵³ GRIBALDO P., "231: la costruzione di un efficace sistema di comunicazione e informazione", 2022, in www.riskcompliance.it

condizione necessaria a garantire efficacia al sistema di controllo e quindi idoneità al modello di autoregolamentazione.

2.6. Quando un modello è idoneo ed efficace?

Al termine di questo capitolo, vengono presi in considerazione i parametri necessari a valutare l'idoneità e l'efficacia di un modello organizzativo, di gestione e controllo. Dopo più di vent'anni dall'emanazione del D.lgs. 231/01, questo, è un tema quanto mai attuale, poiché la normativa con il suo potenziale applicativo, nell'ottica di responsabilizzazione delle organizzazioni, è in costante aggiornamento.

A parer di chi scrive, bisogna, prima di tutto considerare la *ratio* del legislatore che non è punitiva ma piuttosto quella di dare la possibilità agli enti di autoregolamentarsi. Successivamente, è necessario analizzare il Decreto e l'evoluzione della giurisprudenza nel corso della storia della normativa. Ciò che emerge è che il legislatore non ha inserito volutamente dei parametri rigidi di valutazione, per agevolare l'implementazione di modelli "il più vicino possibili" alle diverse realtà organizzative. Il Decreto si limita ad indicare delle formalità strutturali (forma scritto, pubblicità del modello, doppio sistema, istituzione dell'Odv ecc..) e l'elenco dei reati presupposto. Conseguentemente, si può dedurre che l'idoneità di un modello organizzativo deriva direttamente dalla capacità dello stesso di essere efficace all'interno della realtà organizzativa che lo adotta⁵⁴.

È centrale, a questo punto, l'attività e l'effettiva operatività dell'Odv e del sistema di controllo in generale. Questo perché, com'è già stato analizzato in precedenza, è l'attività di controllo che rende efficace il modello nel prevenire il rischio da reato e nell'impedire l'evento-reato. È fondamentale, a questo proposito, che l'Odv operi separatamente e indipendentemente rispetto alle funzioni che si occupano di gestione dell'ente ed è altresì indispensabile istituire una rete di flussi informativi che permetta alle funzioni di controllo di effettuare un costante ed efficace controllo⁵⁵. In sostanza,

⁵⁴ AA. VV., "Responsabilità amministrativa degli enti e modello 231", Wolters Kluwer, 2022, pp. 48-56.

⁵⁵ RUBINI M., "L'evoluzione della giurisprudenza riguardo il ruolo dell'Organismo di Vigilanza, OdV: spunti di riflessione per le aziende", 2022, in www.riskcompliance.it

un adeguato sistema di controllo coordinato con i valori e i principi, contenuti nel corrispondente sistema di prevenzione, ha tutti gli strumenti necessari per rendere effettivo il controllo, quindi a istituire una vigilanza efficace e, di conseguenza, un modello organizzativo idoneo.

Per rendere più chiaro, quanto appena descritto, riporto un esempio pratico che riguarda il caso di un ente che pur presentando un modello organizzativo, di gestione e controllo è stato ritenuto responsabile per reati previsti dal D.lgs. 231. L'esempio permette una miglior comprensione di come il mancato funzionamento del modello organizzativo, dovuto dall'insufficienza dell'attività di controllo, possa rendere lo stesso inidoneo a tutelare l'ente da responsabilità amministrativa.

Il caso si riferisce alla sentenza⁵⁶, emessa dal Tribunale di Vicenza, che vede coinvolta Banca Popolare di Vicenza. Insieme ai soggetti apicali, autori dell'illecito, è chiamata a rispondere dei reati, commessi al suo interno, di aggio e ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche. In questa circostanza sorge la responsabilità amministrativa, in capo all'ente, in quanto vi è inadeguatezza del sistema di controlli interno e quindi, in mancanza di un'organizzazione preventiva il modello non risulta idoneo a escludere la responsabilità dell'ente. Infatti, Banca Popolare di Vicenza presentava un modello base, redatto dalle associazioni di categoria degli enti, che non era stato modellato in linea con i rischi propri derivanti dall'attività svolta da quell'organizzazione; in particolare per il rischio da reato di aggio. Inoltre, l'ente non presentava un adeguato sistema di controlli poiché, l'Odv era sprovvisto di effettivo e autonomi poteri di controllo e risultava direttamente subordinato al soggetto controllato. Di conseguenza non si presentava una rete di flussi informativi idonea a garantire, alle funzioni di controllo, un costante monitoraggio.

In conclusione, la Corte di Appello di Venezia ha confermato la fondatezza della responsabilità amministrativa dell'ente, evidenziando l'omesso controllo dell'Odv, il quale non ha attuato i dovuti accertamenti ed ha assistito inerte al verificarsi dei reati.⁵⁷

⁵⁶ 17/06/2021 n. 348

⁵⁷ ARENA M. TATAFIORE A., "20 anni di 231", CEDAM, 2022, pp. 60-65.

Dopo una lunga storia di questa normativa, con il susseguirsi di interventi giudiziari e dottrinali ma, soprattutto grazie alle osservazioni contenute nella sentenza precedentemente nominata, si possono delineare dei parametri di efficacia di un modello organizzativo, di gestione e controllo:

- In *primis* il modello deve superare positivamente il controllo dell'autorità giudiziaria. È una valutazione che non garantisce l'esclusione della responsabilità amministrativa per l'ente ma che deve riguardare:

1. Che la mappatura dei rischi sia specifica al caso e non ripetitiva del dato normativo;
2. L'esistenza di un'Odv indipendente, composto da soggetti che soddisfano il requisito della professionalità;
3. Che via sia un'effettiva istituzione di una rete di flussi informativa da, e verso, l'Odv;
4. Che siano fornite a tutti i soggetti, che si trovano all'interno dell'organizzazione, le modalità attraverso le quali effettuare una segnalazione;
5. Che il sistema di controllo sia strutturato in modo tale da garantire un effettivo e costante monitoraggio;
6. La previsione di controlli ad hoc, periodici, per le attività interne sensibili, ovvero quelle più a rischio di commissione di uno dei reati presupposto previsti nel D.lgs.231/01;
7. La previsione di un'adeguata formazione del personale in tema di D.lgs. 231/01 e la diffusione, a qualsiasi livello dell'organizzazione, delle regole contenute nel sistema di prevenzione interno;
8. L'esistenza di un sistema disciplinare interno idoneo a sanzionare le condotte contrarie al modello organizzativo.

-In un secondo momento è necessario valutare l'efficace attuazione dei modelli attraverso una verifica dell'operatività dei protocolli interni e l'effettivo funzionamento degli stessi all'interno della relativa organizzazione.

Emerge ulteriormente, sempre più marcato, il fine della normativa di responsabilizzazione degli enti. È l'ente stesso, infatti, chiamato a strutturare un

modello organizzativo, basato su principi etici, di correttezza e trasparenza, e ad attuarlo efficacemente, così da creare il presupposto di esclusione delle responsabilità. È fondamentale che le organizzazioni instaurino un sistema preventivo, dotato di regole e principi, che possa dirigere in direzione delle legalità le attività delle stesse. Operando in questa direzione la criminalità nell'ambito commerciale, viene arginata a situazioni eccezionali che si verificano solamente nel caso in cui i soggetti operino eludendo fraudolentemente un modello organizzativo. In generale, un modello organizzativo, di gestione e controllo deve essere idoneo in concreto ad elaborare procedimenti decisionali e di vigilanza idonei ad eliminare, o quantomeno ridurre esponenzialmente, l'area di rischio di commissione di reati previsti nell'elenco del D.lgs. 231/01.

Capitolo III

Cultura e responsabilità d'impresa

3.1. Etica ed economia

Dopo avere analizzato aspetti prevalentemente tecnici relativi al Decreto 231/01, nel presente capitolo, desidero approfondire la relazione che, personalmente credo, dovrebbe sussistere tra etica ed economia. In particolare, come il D.lgs. 231/01 attraverso il suo carattere innovativo porti non solo al superamento di determinati principi costituzionali, ma anche alla responsabilizzazione degli enti. Infatti, mediante lo strumento di autoregolamentazione, dà la possibilità alle organizzazioni di delineare regole e principi interni che possono indirizzare la gestione nelle scelte operative e costituire l'identità delle stesse. Nel secondo capitolo si è parlato della centralità delle regole e dei principi, contenuti nei codici etici e di comportamento, all'interno di un modello organizzativo, di gestione e controllo. Specificatamente, si è visto come la loro istituzione e corretta applicazione, possano indirizzare la gestione nel prevenire il verificarsi di comportamenti a rischio di illeciti 231. A mio avviso, però, le regole e i principi interni, fatti propri dalle organizzazioni, ancora prima di costituire uno strumento di prevenzione, devono essere in grado di creare all'interno delle stesse degli ambienti sani, ovvero dei luoghi in cui l'essere umano sia in grado di sviluppare tutte le sue "dimensioni". Questa prospettiva è ispirata al pensiero di Herbert Marcuse⁵⁸ che, già nel 1964, all'interno della sua opera "L'uomo a una dimensione"⁵⁹, evidenzia come gli aspetti derivanti da una società industriale avanzata rischino di ridurre ad un'unica "dimensione", le molteplici "dimensioni" che caratterizzano ognuno di noi.

Le dimensioni dell'essere umano che portano a contraddistinguerlo, come *homo sapiens*, dagli altri esseri viventi, sono:

⁵⁸ filosofo, sociologo, politologo ed accademico tedesco naturalizzato statunitense (1898-1979). I suoi studi e le sue ricerche presero le mosse da una revisione delle categorie storiografiche hegeliane, per svilupparne i presupposti etici e politici. Formulò delle critiche alla società neocapitalistica, così americana quanto sovietica, ritenute totalitarie quanto e più delle società più totalitarie del passato, in quanto lo sviluppo di una società comporta anche lo sviluppo dell'alienazione sociale e individuale.

⁵⁹ HERBERT M., "One-Dimensional Man", 1964.

- La conoscenza: facoltà dell'essere umano di studiare, e quindi sviluppare, competenze specifiche. È una dimensione necessaria, ma che non basta per raggiungere la sapienza umana;
- La saggezza: Intesa come sapienza di vita ed equiparabile al saper vivere bene. Perché l'essere umano possa agire come essere sapiente, necessita di saggezza di vita, che per essere raggiunta esige etica. È opportuno notare come da un punto di vista etimologico vi sia connessione tra saggezza e giurisprudenza. La saggezza in greco veniva chiamata “*sofia*” o “*floresis*”, mentre in latino si utilizzava il termine “*prudentia*”. Ne consegue che la parola “giurisprudenza” indica la saggezza nell'ambito delle Leggi.

È questa la ragione per cui ho sottolineata l'importanza dell'etica nei codici interni: decidere di strutturare e gestire un'organizzazione basata su principi etici significa guardare all'economia dal punto di vista della giustizia, della correttezza e nell'ottica della pari dignità, in quanto l'homo sapiens non ha solamente bisogno di sapere, ma anche di significati.

Premetto che non è semplice trattare di etica all'interno di un contesto economico che ruota, quanto meno in prevalenza, attorno alla massimizzazione dei profitti e alle chiusure dei bilanci ma, a parer di chi scrive, l'etica rappresenta la chiave per poter generare un'economia in grado di sviluppare tutte le dimensioni umane. Nel contesto odierno, gli uomini e le donne occidentali dispongono di un benessere economico di cui non si era mai parlato prima ma, allo stesso tempo, gli esseri umani sembrano quantomai insoddisfatti, insicuri di sé e con una paura di fondo, nei confronti della vita, che provoca malessere e aggressività. Gli effetti negativi generati dal benessere nel quale viviamo oggi, derivano dalla scarsa rilevanza data alle considerazioni etiche in qualsiasi ambito, in particolare all'interno del tessuto economico. La parola etica è diventata una parola fragilissima rispetto alla parola economia: oggi è venuto meno anche il rispetto formale dell'etica, qualcuno addirittura parla di darwinismo sociale, una sorta di lotta tutti contro tutti, nella quale l'individuo cerca solamente di essere superiore agli altri, in un contesto dove “la buona persona” non è accettata perché sembra non essere in grado di fare i conti con la realtà.

3.2 Riflessioni personali

Se l'economia nella quale stiamo vivendo oggi avesse generato frutti positivi, dando un effettivo benessere alla collettività, potremmo pensare che in passato abbiano sbagliato a parlare di etica (Hammurabi, Kant, Marcuse ecc.), ma non è così. Oggi viviamo in un sistema economico efficiente dal punto di vista del profitto, che si sta sviluppando in tutte le sue forme, ma con una scarsa considerazione delle dimensioni umane, come si è dimostrato negli ultimi anni, a seguito delle situazioni di emergenza derivanti da un'economia distaccata da ciò che è etico e quindi umanamente corretto. Basta fare riferimento alla pandemia che stiamo ancora combattendo, che trasmette una malattia che rientra nell'ambito delle zoonosi e quindi delle malattie trasmesse, in via diretta o indiretta, dall'animale all'uomo. Gli studiosi in campo sanitario ammettono che le zoonosi sono sempre esistite, ma non hanno dubbi sul fatto che negli ultimi anni sono progressivamente aumentate (Aids, Ebola, Sars, Aviaria, Influenza suina ecc.) per effetto delle numerose deforestazioni, che hanno causato la perdita delle biodiversità e il cambiamento climatico. Era il 2012 quando David Quammen⁶⁰ scrisse "Spillover"⁶¹, l'opera in cui prevedeva che, per effetto dell'aumento delle deforestazioni, i virus si sarebbero presto aggrappati a nuove specie, tra cui principalmente l'uomo. Oltre a quanto appena detto l'economia odierna, definita "economia del benessere", non è stata ancora in grado di affrontare i grandi problemi della storia dell'uomo: com'è possibile parlare di economia del benessere se ancora esistono popolazioni nel mondo che soffrono la fame o che non dispongono di acqua potabile? Come si può parlare di economia del benessere in un sistema che vede l'uomo strumentalizzato all'interno delle fabbriche?

L'economia non ha mai offerto una soluzione a queste grandi problematiche, anzi spesso il prezzo da pagare per l'applicazione di politiche volte alla massimizzazione dei profitti è gravato sui soggetti più deboli. È in questo che si evidenzia la mancanza

⁶⁰ Saggista e divulgatore scientifico statunitense, (Cincinnati, 24 febbraio 1948).

⁶¹ Spillover: in economia indica un fenomeno per cui un'attività economica volta a beneficiare un determinato settore o una determinata area territoriale produce effetti positivi anche oltre tali ambiti. Il termine è usato inoltre per indicare la diffusione di situazioni di squilibrio da un mercato all'altro, (www.treccani.it).

di etica nell'economia odierna: i soggetti, pur di acquisire una posizione dominante, di supremazia, ignorano l'esistenza di molteplici dimensioni, generando disarmonia nel sistema. Oggigiorno gli operatori economici vedono l'etica come intralcio, nel senso che la maggior parte di loro si chiede: "Perché dovrei comportarmi correttamente se gli altri non lo fanno?". Addirittura, qualcuno potrebbe chiedersi: "Perché dovrei operare eticamente quando ciò non risulta economicamente conveniente?".

È in questo senso che c'è bisogno di un'economia più etica, perché se tutti gli operatori economici iniziassero ad operare nel rispetto delle dimensioni umane, oltre che nell'ottica del profitto, si genererebbe davvero un'economia del benessere a cui non sono indifferenti la fame nel mondo o lo sfruttamento degli uomini nelle fabbriche, e che sarebbe effettivamente in grado di produrre benessere.

Un punto di partenza per indirizzare tutti gli operatori economici ad un sistema che sia umanamente corretto è rappresentato dai codici etici e di comportamento, interni agli enti, previsti dal D.lgs. 231/01. Se tutte le organizzazioni adottassero efficacemente dei principi etici, come si è dimostrato nel secondo capitolo, e non li sottovalutassero con adempimenti formali, si convertirebbero in soggetti responsabili, consapevoli del ruolo svolto e degli interessi coinvolti, anche indirettamente, attraverso lo svolgimento dell'attività economica. Solo attraverso la responsabilizzazione degli operatori economici è possibile immaginare un'economia in grado di generare benessere tra le persone, altrimenti, continuando nell'ottica odierna, continueremo a generare solo profitto economico. Quanto appena detto non deve essere frainteso con il pensiero che l'economia e il profitto non dovrebbero esistere, ma dovrebbe piuttosto far riflettere su come effettivamente il sistema economico odierno non generi profitto, e su quanto l'etica sia la soluzione.

Per rafforzare ulteriormente il mio pensiero sull'esigenza di etica nell'economia riporto alcune riflessioni che a mio avviso dovrebbero essere considerate anche in sede di elaborazione dei codici etici e di comportamento interni alle organizzazioni al fine di istituire un tessuto economico sano, costruito in relazione alle dimensioni dell'uomo. Le riflessioni di natura etica, che a mio avviso vanno considerate, sono:

- Il carattere sistemico della natura e del nostro essere: l’etimologia rimanda allo stesso concetto, poiché il termine “ethos”, da cui deriva la parola etica, ancora prima di indicare un’usanza, significa “abitazione” ed in un certo senso include anche il termine economia. Quini sia etica che economia rimandano all’idea di una casa in cui ci sono delle leggi interne da rispettare. In relazione al sistema economico tutti gli operatori devono ricordare che si trovano all’interno di un sistema, sia chiamato esso natura o universo, che ha delle regole proprie che vanno rispettate. L’economia è un fenomeno aggregativo che, se messo in pratica nel rispetto delle regole proprie della natura, crea armonia e benessere tra i soggetti. Viceversa, se praticata in contrasto con le dimensioni umane, fa sorgere disfunzioni a livello globale;
- L’attuale crisi ambientale: riflessione volta in modo particolare alla politica e non agli enti, in quanto riguarda la *polis*. La crisi ambientale che stiamo vivendo è conseguenza di un sistema economico che ha ben pensato di fare a meno dell’etica. Nell’ottica di massimizzazione dei profitti e delle risorse si è voluto ignorare il fatto che il pianeta è un sistema, e come tale ha i suoi limiti. Di conseguenza, oggi viviamo in prima persona gli effetti di questo sistema, cui dovremmo iniziare a porre rimedio, e il punto di partenza potrebbe essere proprio l’etica;
- L’importanza dell’estetica: a primo impatto, l’estetica sembrerebbe non avere nulla a che fare con l’etica, ma bisogna fare riferimento alle grandi opere antiche (es. bronzi di Riace), poiché così non la pensavano i greci. La bellezza delle loro opere ci stupisce ancora oggi ed è lì che emerge ciò che etico e ciò che è estetico. È innegabile che una cosa non è buona se non è anche bella, cioè se non c’è natura in essa. Sull’aspetto estetico non è sufficiente vedere o ragionare poiché la parola stessa significa prima di tutto “sensazione/percezione”, ed è in questo senso che si snoda l’estetica dell’etica, che si basa non su un senso del dovere, ma piuttosto su una logica di sensibilità che rimanda alla volontà di essere puliti con sé stessi come lo sono le persone giuste e corrette.

CONCLUSIONI

L'analisi fino ad ora condotta porta alla luce molteplici aspetti derivanti dal D.lgs. 231/01, dopo più di vent'anni dalla sua emanazione. In *primis*, vengono esposti aspetti prettamente tecnici, che fanno emergere: le origini e la struttura della normativa, il carattere innovativo e l'evoluzione della stessa, i soggetti destinatari e il meccanismo di attribuzione della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche.

Si dice che il D.lgs. 231/01 responsabilizzi gli enti poiché l'adozione di un modello organizzativo non è obbligatoria per Legge ma è necessaria affinché una persona giuridica coinvolta in un procedimento giudiziale, per reati commessi nell'interesse o vantaggio della stessa, possa beneficiare dell'esimente. Come è già emerso precedentemente, la sua adozione non è sufficiente, è richiesto inoltre che gli enti dimostrino che il modello organizzativo adottato sia idoneo a prevenire le condotte specifiche al caso e che le persone fisiche che le hanno attuate l'abbiano fatto in contrasto con lo stesso.

Inoltre, la struttura delineata dal D.lgs. 231/01, responsabilizza gli enti in quanto all'interno del sistema preventivo degli stessi, specificatamente nei Codici etici e di comportamento interni, vengono esposte le regole e i principi che le organizzazioni fanno propri e che servono ad indirizzare lo svolgimento dell'attività economica, sia verso l'interno che verso l'esterno. È necessario che il sistema preventivo venga basato su regole e principi etici, di correttezza e trasparenza, affinché l'identità assunta dagli enti, possa essere chiara a tutti i soggetti con i quali collaborano. Esso è anche fondamentale per dimostrare l'estraneità degli enti dall'ambito della criminalità. Infatti, nel secondo capitolo, viene esposta l'importanza dei codici etici, i quali rappresentano l'archetipo dei modelli organizzativi è la loro centralità è dovuta al fatto che le regole e i principi in essi contenuti, insieme all'esempio portato dai comportamenti tenuti dai soggetti che ricoprono funzioni di *management*, costituiscono l'etica interna alle organizzazioni.

Questo è il fulcro del presente elaborato, in quanto l'etica interna alle organizzazioni, istituita attraverso l'adozione di modelli organizzativi interni, viene considerata

necessaria non solo a prevenire all'interno delle organizzazioni situazioni a rischio di reati, e quindi a evitare la responsabilità amministrativa delle stesse, ma viene valorizzata in quanto potrebbe rappresentare la chiave per indirizzare l'economia odierna, definita del benessere, verso nuovi obiettivi.

Al termine dello studio fino ad ora condotto, effettuando una microanalisi, e quindi considerando i benefici che gli enti possono trarre dall'implementazione di un'etica interna, ciò che emerge è che l'etica interna permette alle organizzazioni di prevenire situazioni a rischio di reati, di godere di una miglior reputazione verso l'esterno e di generare un maggior senso di responsabilità e di impegno in tutte le persone che vi collaborano all'interno, aumentano così anche la competitività sul piano concorrenziale.

Viceversa, effettuando una macroanalisi, e quindi analizzando l'insieme degli operatori economici che compongono il sistema economico, ciò che emerge è un effettivo distacco dell'economia odierna dall'etica. Nel terzo capitolo, viene alla luce come l'etica, che oggi sembra essere un ostacolo per tutti gli operatori economici, venga considerata la chiave per poter generare un'effettiva economia del benessere, in grado di massimizzare i profitti considerando simultaneamente le molteplici dimensioni dell'universo e di ognuno di noi. Questo ritengo sia un tema estremamente attuale perché mai come oggi l'economia risente della mancanza di rispetto, anche formale, dell'etica che genera disarmonia sia tra operatori economici come tra tutta la collettività.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., “*Responsabilità amministrativa degli enti e modello 231*”, Wolters Kluwer, 2022
- ARENA M., CAMPANINI A., “*Come fare...modello 231/01 e nuovi reati tributari*”, IPSOA, 2020
- ARENA M., TATAFIORE A., “*20 anni di 231*”, CEDAM, 2022
- BALESTRA L., “*Il ruolo dei codici etici nell'autoregolamentazione del mercato*”, *Giurisprudenza Commerciale*, 2018
- CAMPOBASSO M., “*Manuale di Diritto commerciale*”, UTET giuridica, 2019
- CONTE G., “*La responsabilità sociale dell'impresa – prima edizione*”, LATERZA, 2008
- CORTELLAZZI V., MARIA G., “*Corporate governance note in tema di whistleblowing*”, *Rivista dei Dottori Commercialisti*, fasc. 2, 2019
- DE VIVO A., “*Il professionista e il D.lgs. 231/2001 2020*”, WOLTERS KLUWER, 2020
- D'ORAZIO E., “*Codici etici, cultura e responsabilità d'impresa*”, *notizie di Politeia*, XIX, 72, 2003
- GUIDO E., “*Il valore della legalità nell'impresa e partire dalla normativa sulla responsabilità degli enti per l'illecito derivante da reato (parte 2-2.1)*”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc.1, 2015
- LOMBARSI S., “*il modello organizzativo di gestione e controllo e l'organismo di vigilanza ed d.lgs. 231/01 – prima edizione*”, CEDAM, 2020
- LOTTINI R., “*Le principali questioni in materia di modelli di organizzazione, gestione e controllo ex D.L.G. N. 231 del 2001 (parte I)*”, *Giur. Merito*, fasc. 10, 2013

SBISA' F., SPINELLI E., *“Responsabilità amministrativa degli enti (D.lgs. 231/01)”*,
WOLTERS KLUWER, 2020

SEN A., *“Etica ed economia”*, LATERZA, 2002

STRAZZERI C. A., *“Guida pratica per la redazione dei modelli 231: la nuova norma
ISO 37301”*, WOLTERS KLUWER, 2021

TALIENTO G., *“Il Decreto legislativo n. 231 del 2001. progettazione dei modelli
organizzativi”*, LA TRIBUNA, 2019

ZAMAGNI S., *“Economia ed etica, la crisi e la sfida dell'economia civile”*, LA
SCUOLA, 2009

SITOGRAFIA

www.dejure.it – BALESTRA L., *“Il ruolo dei codici etici nell’autoregolamentazione del mercato”*

www.dejure.it – LOTTINI R., *“Le principali questioni in materia di modelli di organizzazione, gestione e controllo ex D.L.G. N. 231 del 2001 (parte I)”*

www.portalecompliance.it – DE SIMONE F., *“L’internal Audit”*

www.riskcompliance.it – GRIBALDO P., *“231: la costruzione di un efficace sistema di comunicazione e informazione”*

www.riskcompliance.it – LUNGARO E., REGOLIOSI C., PAPA C., *“La sinergia della compliance, longa manus dell’Organismo di vigilanza”*

www.riskcompliance.it – NUCCI G., *“L’organismo di vigilanza previsto dal d.lgs.231/2001: ennesimo attore del sistema dei controlli o effettivo protagonista del presidio dei rischi?”*

www.riskcompliance.it – RUBINI M., *“Il D.lgs. 231: scopo della normativa ed evoluzione dalle origini ai giorni nostri”*

www.riskcompliance.it – RUBINI M., *“L’evoluzione della giurisprudenza riguardo il ruolo dell’Organismo di Vigilanza, OdV: spunti di riflessione per le aziende”*

www.rivista231.it – SALVATORE A., *“il codice etico: rapporti con il modello organizzativo nell’ottica della responsabilità sociale dell’impresa”*

