

NOTE IN TEMA DI PREVENZIONE DEL RISCHIO-CORRUZIONE NEL CONTESTO SOCIETARIO

di Carlo Piergallini

(Professore ordinario di diritto penale presso l'Università di Macerata)

SOMMARIO: 1. Premessa: il volto delle cautele nelle procedure di prevenzione del rischio-reato a norma del d. lgs. 231/2001 - 2. Protocolli cautelari e contrasto della corruzione: le aree strumentali - 3. Consulenze, sponsorizzazioni, liberalità e forniture - 4. Le assunzioni - 5. Fondazioni, enti o associazioni collegati ai partiti politici. - 6. Conclusioni.

1. La colpa di organizzazione, architrave imputativo del d. lgs. 8.6.2001 n. 231, trova nel modello il supporto materiale. La sua redazione ed implementazione sono strettamente legati ad una efficace *mappatura dei rischi-reato (risk assessment)*: si tratta di una fase *cognitivo-rappresentativa*, funzionale alla *percezione del rischio* e alla *valutazione della sua intensità*. Una volta individuati i rischi e la loro intensità, questi andranno *'governati'* (*risk management*), forgiando *presidi cautelari*. A questo scopo, i modelli di organizzazione rinviano ai pertinenti strumenti aziendali, variamente denominati (procedure, protocolli, standard di *compliance*, ecc.), che vengono allegati al modello.

I protocolli hanno, come obiettivo strategico di fondo, quello della *cautela*, cioè l'apprestamento di misure idonee a *ridurre, continuativamente e ragionevolmente, il rischio-reato*. Lo strumento per conseguire tale obiettivo è la predisposizione di un *processo*, di un *sistema operativo*, cioè, che coinvolge una *pluralità di soggetti e di funzioni*.

I protocolli devono, perciò, contenere *regole comportamentali ed operative munite di iper-descrittività*: devono essere, cioè, *altamente tassativi* e orientati sullo *specifico rischio-reato* da contenere. Sul versante contenutistico, rileva una *distinzione tipologica* delle cautele. Si danno, infatti¹:

1) *cautele procedimentali*, in cui la riduzione del rischio è perseguita ed implementata dalle modalità con le quali viene scandita la decisione dell'ente; il processo decisionale deve, cioè, ispirarsi al *principio di segregazione delle funzioni* tra coloro che svolgono fasi cruciali di un processo a rischio-reato: si tratta di una cautela volta ad evitare la concentrazione dei poteri e l'insorgenza di conflitti di interesse;

¹ Le distinzioni, che seguono nel testo, riproducono quelle già formulate in un *nostro* precedente lavoro: cfr., in proposito, C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del 'modello organizzativo' ex d. lgs. 231/2001)*, in *CP* 2013, parte II, 846 ss.

2) *cautele sostanziali*, relative al *contenuto della decisione a rischio-reato*, che viene conformato sul piano dell'*an*, del *quomodo* e del *quantum*, in *diretta correlazione funzionale* con lo *specifico tipo di rischio* da contrastare (criterio di *copertura del rischio tipico*): la natura di queste regole di comportamento è tipicamente “*cautelare*”, perché riecheggia i meccanismi di imputazione della colpa del diritto penale individuale;

3) *cautele espressive di un'istanza di controllo*, che traducono l'esigenza di assicurare l'*adeguatezza e l'effettività della cautela*, con l'adozione di *meccanismi di supervisione di primo grado*, interni, cioè, al processo decisionale, e di *secondo grado*, operati da un organismo estraneo al processo decisionale; questo tipo di cautela rilascia una *strumentalità funzionale* con le cautele sostanziali, avendo lo scopo di garantire l'efficienza e l'effettività operative di quest'ultime.

È opportuno rimarcare che, specie con riguardo al contenimento del rischio di commissione dei *reati dolosi*, le cautele (prevalentemente autonormate) *esplicano di rado una funzione impeditiva*. Questa è ravvisabile solo quando la cautela si risolve nell'obbligo di astenersi dal compimento di un atto di gestione, un'eventualità, questa, per vero rara nelle organizzazioni complesse. A ben vedere, *le cautele si collocano, per lo più, a ragguardevole distanza dalle modalità di condotta che integrano la tipicità del reato*. Esse assumono una *funzione prevalentemente 'frappositiva'*, volta a rendere '*disagevole*' la consumazione del reato, '*incidendo*' sulle *condotte prodromiche* al suo avveramento. Così, per meglio marcare lo stacco con i reati colposi, questi sono '*governabili*' attingendo ad un catalogo di misure preventive che in massima parte puntano al cuore del meccanismo di innesco del danno: se si adopera, in un ambiente di lavoro, una scala, il rischio da scivolamento viene '*eliminato*' con il ricorso ai dispositivi antisdrucchiolo. Nei reati dolosi, le cautele non rilasciano simili prestazioni. Si pensi al rischio di consumazione del reato di cui all'art. 346-bis Cp («*Traffico di influenze illecite*»), di recente assunto al rango di delitto presupposto della responsabilità dell'ente: per quanto si voglia '*conformare*' l'attività, attraverso penetranti cautele², non è da escludere che il reato possa comunque esitare, anche

² Eccone alcune, a mo' di esempio.

- Il divieto di avvalersi di intermediari che: i) prestino la loro attività in favore della controparte pubblica o di una società da questa controllata o partecipata; ii) siano familiari di soggetti appartenenti alla controparte pubblica; iii) costituiti come imprese o enti collettivi effettivamente riconducibili, per ragioni di titolarità o di controllo, anche parziali, nonché per l'esistenza di rapporti di lavoro o di collaborazione, ai soggetti appartenenti alla controparte pubblica o a loro familiari;
- la formalizzazione delle ragioni che inducono la società ad avvalersi dell'intermediario e la puntuale delimitazione dell'oggetto dell'incarico;
- la contrattualizzazione dello stesso, dopo avere eseguito le verifiche contenute nei punti che seguono;
- il divieto per l'intermediario di iniziare l'attività prima della contrattualizzazione;
- il divieto per l'intermediario di gestire risorse finanziarie della società, salvo espressa autorizzazione;
- l'obbligo dell'intermediario di riferire, tramite *report*, sull'andamento dell'attività affidatagli;
- il divieto di disporre corrispettivi in favore dell'intermediario prima della contrattualizzazione e, in ogni caso, il divieto di preseguire un intermediario che indichi come sede di pagamento istituti che figurino in *black list* o in '*paradisi fiscali*';

quando siano stati rispettati i protocolli cautelari.

Le cautele, quindi, sono teleologicamente orientate alla *ragionevole riduzione del rischio-reato*, che, è inutile sottacerlo, aumentano il disagio della *societas*, incapace di formulare rassicuranti prognosi sulla tenuta del progetto cautelare forgiato dinanzi al giudice. Assodato ciò, si intende qui di seguito soffermare l'attenzione su alcune *attività strumentali* al rischio di consumazione del reato di *corrruzione*, che rivestono un ruolo prominente all'interno delle società. In particolare, si proverà a declinare le linee di una *compliance* preventiva idonea ed adeguata a fronteggiare detti rischi, al cospetto di *segnali di allarme* meritevoli di particolare attenzione.

2.- La consumazione del reato di corruzione è emblematicamente evocativa della vocazione alla criminalità del profitto e la 'gestione' di tale rischio assume un ruolo centrale nel modello di organizzazione. Lo testimoniano, del resto, non solo gli studi criminologici ma pure la circostanza che esso sia stato collocato nel catalogo dei reati presupposto della responsabilità dell'ente fin dall'entrata in vigore del d. lgs. 231/2001, in cui campeggiava come elemento centrale nella sparuta cerchia dei delitti presupposto. Risapute le difficoltà di contenimento di un simile rischio, specie a causa delle molteplici modalità di commissione, non di rado innescate dalla necessità di aggirare gli strumenti di accertamento investigativo più collaudati. È quasi superfluo avvertire che, in un'ottica preventiva, una ridottissima efficacia svolgono i "principi di comportamento" che si rintracciano nei modelli di organizzazione. Si risolvono nella declinazione delle fattispecie corruttive e nel correlativo divieto di violarne il contenuto: al più possono svolgere una funzione pedagogica verso le risorse umane aziendali, ma sono sprovvisti di qualsiasi efficacia cautelare. Detto in altri termini: descrivono un rischio, vietano di correrlo, ma non indicano "come" ridurlo ragionevolmente. Le difficoltà di contenimento tendono ad innalzarsi se solo si pone mente al fatto che, spesso, il ruolo della tangente 'liquida' (la cd. 'mazzetta') viene

-
- il divieto di prescegliere come intermediario un soggetto o società che indichino, come beneficiario del corrispettivo, soggetti diversi, salvo che per motivate ragioni espressamente approvate dalla società;
 - vaglio dell'identità dell'intermediario (sede, natura giuridica, soci, amministratori) e *due diligence* etica, patrimoniale e finanziaria, da eseguire con la compilazione dell'apposito questionario;
 - che l'intermediario non figuri in *black list*;
 - che l'intermediario è parte correlata;
 - che, qualora l'intermediario sia una società, quale sia la composizione del capitale ed eventuali modificazioni della compagine societaria nell'arco degli ultimi sei mesi;
 - l'identità dei componenti del vertice societario (amministratori, sindaci effettivi, procuratori) e la loro affidabilità etica, acquisendo copia del certificato generale del casellario giudiziale e dei carichi pendenti;
 - l'eventuale esistenza, in capo all'ente-intermediario, di condanne definitive o di procedimenti per taluno dei reati associativi di cui all'art. 24-ter d. lgs. 231/01 ovvero misure di prevenzione antimafia previste dal d. lgs. 6.9.2011 n. 159, acquisendo la documentazione prevista dalle norme di riferimento (il predetto catalogo potrà pure essere ampliato);
 - che, nel contesto dell'attività dell'intermediario, non compaiano altresì uno o più soggetti interposti; in caso contrario, l'operazione può essere conclusa solo previo esperimento degli accertamenti sopra enumerati.

surrogato dal compimento di *attività strumentali* al conseguimento dell'obiettivo corruttivo. Le indagini empirico-criminologiche, robustamente supportate da una insistita eco massmediatica, dimostrano che il ruolo della tangente liquida è stato soppiantato dal rilascio di *consulenze*, di *sponsorizzazioni*, di *liberalità*, dall'assegnazione di *forniture* e dalle *assunzioni*. Si è al cospetto di aree fortemente esposte al rischio-corrruzione, la cui gestione pone le società dinanzi a problemi particolarmente rilevanti. Specie quando tra i possibili destinatari figurino Soggetti Pubblici o persone legate a tali Soggetti da qualificati rapporti. Intuibili gli interrogativi che si pongono sul terreno della *compliance* preventiva: è preferibile, in simili evenienze, privilegiare una strategia di 'radicale' sradicamento di tale rischio, vietando *tout court* l'effettuazione di tali atti tramite l'apposizione di un *black period*? Oppure è possibile ritagliare una strategia *meno invasiva*, che, magari, punti ad individuare *azioni mitigatrici* di un simile, grave rischio? Si tratta di questioni tutt'altro che agevoli da risolvere, specie in considerazione del risaputo fatto che non vi sono 'cataloghi normativi' da consultare. Nondimeno, anche sulla scorta delle esperienze ormai maturate a distanza di vent'anni dall'entrata in vigore del d. lgs. 231/2001, appare possibile formulare alcune proposte volte ad un 'governo' ragionevole del rischio.

3.- La questione è così definibile: che fare quando si 'decide' in ordine all'affidamento di una consulenza, di una sponsorizzazione, di una liberalità o di una fornitura? Ecco le linee di una possibile strategia preventiva.

(a) La prima, insostituibile cautela è integrata dal principio "*conosci la tua controparte*". In altre parole, è necessario sceverare, scarnificare il destinatario dell'iniziativa, attraverso una penetrante *due diligence*. Questa analisi è espressamente prevista dai sistemi di anticorrruzione, ispirati dalla norma ISO 37001³, che possono, pertanto, fungere da prezioso punto di riferimento. Detti questionari muovono innanzi tutto dalla identificazione giuridica del destinatario, che può essere una persona fisica o un ente (società, associazione, fondazione, ecc.). Assodata l'identità, inizia un esame 'endoscopico', che comprende pure profili di rilievo etico (condanne riportate, procedimenti in corso, ecc.). Nell'ottica della prevenzione della corruzione, a rilevare sarà soprattutto il ruolo del destinatario; in particolare, il questionario deve far aggallare se sia al cospetto: i) di un Soggetto Pubblico; ii) di una impresa o di società o ente 'controllati' da un Soggetto Pubblico; iii) di un 'familiare' di un Soggetto Pubblico; iv) di una impresa o di società o ente 'controllati' da un 'familiare' di un Soggetto Pubblico; v) di un soggetto che abbia un rapporto di "frequenziazione assidua" con un Soggetto Pubblico. Quanto alla definizione di Soggetto Pubblico, si allude ai

³ La norma ISO 37001 *Anti-Bribery Management System* identifica uno standard di gestione destinato al contrasto della corruzione nelle organizzazioni complesse, che numerose aziende calano nel modello di organizzazione ex d. lgs. 231/2001.

Pubblici Ufficiali e agli Incaricati di un pubblico servizio, secondo le definizioni offerte dal codice penale, che potrebbero, peraltro, essere accompagnate da una griglia esemplificativa (e non esaustiva), di ausilio verso i soggetti aziendali di estrazione culturale non giuridica. In tal senso, si potrebbe ricorrere alla nozione di “*Persone Politicamente Esposte*” (PPE), contenuta nell’art. 1 dell’Allegato tecnico al d. lgs. 21.11.2007 n. 231 (concernente la prevenzione del riciclaggio sul piano finanziario), che, opportunamente integrata, potrebbe assumere la seguente portata: “Si intendono:

A) per “Soggetti Pubblici”:

- 1) i Capi di Governo, i Ministri, i Vice Ministri, i Sottosegretari;
- 2) i componenti delle assemblee rappresentative e degli organi di governo degli enti territoriali;
- 3) i dirigenti e i funzionari della pubblica amministrazione;
- 4) i membri degli organi di amministrazione, direzione o vigilanza delle imprese controllate, anche indirettamente, dallo Stato o da un Ente territoriale;
- 5) i magistrati ordinari, amministrativi e contabili;

B) per “familiari”:

- 1) coloro che sono legati da un rapporto di coniugio, unione civile o convivenza di fatto;
- 2) i genitori, i figli e i loro coniugi;
- 3) i fratelli, le sorelle e i loro coniugi”.

Quanto ai rapporti di “*frequentazione assidua*”, se ne può rintracciare una definizione nell’art. 1 co. 1 lett. a d. lgs. 18.5.2018 n. 54 (recante «*Disposizioni per disciplinare il regime delle incompatibilità degli amministratori giudiziari, dei loro coadiutori, dei curatori fallimentari e degli altri organi delle procedure concorsuali, in attuazione dell’art. 33 co. 2 e 3 l. 17.10.2017 n. 161*»), dove si precisa che, per “*frequentazione assidua*”, si intende quella derivante da una relazione sentimentale o da un rapporto di amicizia stabilmente protrattosi nel tempo e connotato da reciproca confidenza, nonché il rapporto di frequentazione tra commensali abituali. È da avvertire, peraltro, che questa condizione non viene riportata in numerosi questionari, perché ritenuta eccessivamente ‘invasiva’ e soprattutto ‘equivoca’, a causa della ‘vaghezza’ che affligge il testo normativo, come tale suscettibile di implementare le difficoltà di accertamento.

L’emersione delle sopradescritte relazioni integra altrettanti *red flags* (*segnali di allarme*): il rapporto che si instaura potrebbe, infatti, camuffare attività corruttive. Si impone, quindi, un’analisi più ravvicinata della *relazione funzionale* tra la società e i soggetti come sopra individuati, così declinabile:

- i) il destinatario opera nell’ambito di un plesso della P.A. con il quale la società è destinata a non avere rapporti;

ii) il destinatario potrebbe intrattenere rapporti con la società, in ragione dell'attività che svolge;

iii) il destinatario *ha in corso* rapporti con la società o li *ha avuti* da meno di uno/due anni.

All'esito di tale indagine, si profilano i seguenti *scenari di rischio*, muniti di un *diverso gradiente*.

Nel primo caso, non paiono ricorrere ragioni che possano ostacolare l'esecuzione dell'iniziativa.

Nel secondo, si è al cospetto di un *red flag di media intensità*: è da rilevare che, ove si dia corso all'iniziativa, incomberebbe in futuro, in capo al Soggetto Pubblico, un obbligo di astensione, che, tuttavia, potrebbe pure essere disatteso.

Il rischio *lievita corposamente di intensità* nella terza ipotesi, in cui vi sono rapporti in atto o conclusi da un ridotto periodo di tempo. L'esecuzione dell'iniziativa può, pertanto, integrare un *significativo rischio-reato* (di *corruzione antecedente o susseguente*).

Come si è detto, le procedure adottate da molte società lasciano emergere le suddette condizioni di rischio, ma molte mantengono nell'ombra la scansione successiva, compendiabile nell'espressione "*chi decide e cosa si decide*". In altri termini, non si menziona la decisione e la tipologia del suo contenuto. A questo proposito, è bene, invece, sgombrare il terreno della *compliance* preventiva da qualsiasi aporia, che potrebbe fomentare una scarsa trasparenza decisionale. In proposito, si è dell'avviso che, dinanzi alle situazioni di allarme sopra censite, le procedure debbano conferire una *speciale evidenza* alla decisione da assumere, individuando la funzione aziendale competente a deliberare sull'*an* e sul *quomodo* dell'attività. Sono la seconda e, soprattutto, la terza ipotesi di allarme a implementare il rischio decisionale, la cui orbita varia in ragione del contenuto della decisione stessa.

Una *prima strategia*, che consentirebbe di *azzerare il rischio-reato* è di natura marcatamente *precauzionale*: si potrebbe, cioè, prevedere che, ogniqualvolta l'iniziativa raggiunge i Soggetti suindicati, che possono avere o che hanno o che hanno avuto un rapporto funzionale con la società, la stessa venga *vietata*: per questa via, verrebbe ritagliato un *black period*, che, in omaggio alle esigenze di prevenzione del rischio-reato, inibisce l'esecuzione dell'attività. La decisione assume, così, un contenuto negativo-paralizzante, che punta ad annullare il rischio o a ridurlo molto significativamente (qualche inevitabile residuo potrebbe permanere in relazione ai casi di corruzione susseguente, specie con riguardo alla durata del cd. periodo di raffreddamento, che decorre dal compimento dell'atto da parte del Soggetto pubblico). Si tratta di una soluzione di indiscutibile efficacia preventiva, che, tuttavia, sconta la *rigidità* tipicamente insita negli approcci precauzionali 'estremizzati', in base ai quali

davanti ad un rischio, più o meno intenso, è sempre preferibile decidere di non correrlo.

Un'alternativa, meno intransigente, consiste, invece, nel conferire al divieto la consistenza dell'*extrema ratio*: ad esso, cioè, si ricorre solo quando si è appurata, in concreto, l'inesistenza di efficaci *azioni di mitigazione* del rischio, che possano legittimare l'esecuzione dell'iniziativa. Mitigazioni che possono riguardare, tra l'altro, tanto l'*oggetto* (la tipologia di atti in cui è coinvolto il Soggetto Pubblico), quanto il *soggetto* (i protagonisti chiamati a confrontarsi con la società). Così, per fare un esempio del primo tipo, ove si appurasse che il Soggetto Pubblico è competente a rilasciare o abbia rilasciato atti amministrativi muniti di un ridottissimo rilievo per la società (si pensi a routinarie certificazioni o autorizzazioni a contenuto vincolato), il rischio-corruzione, pure astrattamente insito nell'affidamento di una consulenza, di una sponsorizzazione, di una liberalità o di una fornitura, tramanderebbe, in concreto, una consistenza poco più che virtuale, sì che si profilerebbe una percepibile sproporzione tra il 'mezzo' (ad esempio, il rilascio della consulenza, come ipotetica tangente) e lo 'scopo' (il conseguimento dell'atto amministrativo). Con riferimento ai "soggetti", ben può accadere che, ad esempio, il "familiare" del Soggetto Pubblico compri una rottura dei rapporti, sì da renderlo equiparabile ad un soggetto sprovvisto di un simile legame. Oppure, ma il caso è indiscutibilmente più delicato, si pensi al fenomeno del *lock-in*, destinato a presentarsi quando il "familiare", destinatario di una consulenza, possiede competenze tecnico-professionali 'uniche', non agevolmente surrogabili.

Queste evenienze, peraltro non esaustive, rendono preferibile un *modello decisionale 'aperto'*, sottoposto ad un *obbligo di motivazione rinforzata*. La procedura deve, cioè, individuare il *centro decisionale* (che, in alcuni casi, potrebbe coincidere con il vertice della società) e stabilire che, al cospetto dei predetti segnali di allarme, qualsiasi decisione che muova verso l'adozione dell'iniziativa debba essere assistita da una "*speciale motivazione*", che renda trasparente il bilanciamento degli interessi in gioco. L'alternativa, più rigorosa e perentoria, del *black period* sarebbe, di conseguenza, destinata ad operare solo quale *extrema ratio*, quando, cioè, non si danno azioni mitigatrici.

4.- Una 'speciale' attenzione va riservata alla gestione delle assunzioni. Non tanto perché le situazioni di rischio (i segnali di allarme) riservino differenze, quanto, invece, in ragione del fatto che, in questa materia, spicca un significativo dato normativo. È da rilevare, infatti, l'esistenza di un *black period* contemplato dalla legge: si allude alla disciplina del cd. *pantouflage* o *revolving doors*, di cui all'art. 53, co 16-ter, d. lgs. 30.3.2001 n. 165 (recante "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle

dipendenze delle pubbliche amministrazioni”)), in cui si stabilisce che «i dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni, non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri. I contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione di tali previsioni sono nulli. È, inoltre, vietato ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni. È, infine, prevista la restituzione obbligatoria dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti».

La norma rilascia un'evidente *finalità anticorruptiva*: mira, infatti, ad evitare che un dipendente pubblico trasmigri, entro un determinato arco temporale (periodo di raffreddamento), nella società nei cui confronti abbia esercitato poteri autoritativi o negoziali. Una 'trasmigrazione' attinta dal sospetto di costituire una controprestazione illecita, sinallagmaticamente collegata ai poteri esercitati dal dipendente pubblico verso il suo 'nuovo' datore di lavoro.

La disposizione ha alimentato *svariate perplessità*, da imputare al ricorso ad una tecnica normativa imperfetta e lacunosa. Prova ne sia che l'Anac, con un atto di segnalazione (n. 6 del 27 maggio 2020), tenendo conto pure dei rilievi della sentenza n. 7411/2019 del Consiglio di Stato, ha licenziato alcune proposte di modifica, volte a sanare le numerose aporie tramandate dalla disposizione. Per richiamarne alcune, si pensi all'ambito soggettivo di applicazione, afflitto da un disallineamento tra le norme che annoverano tra le pubbliche amministrazioni solo gli enti pubblici non economici e quelle che fanno riferimento agli enti pubblici in generale, senza alcuna distinzione. Oppure, quanto ai soggetti che esercitano poteri autoritativi o negoziali, l'esistenza ~~del~~ di un dubbio in ordine alla possibilità di ricomprendervi coloro che svolgono funzioni dirigenziali. Infine, viene denunciata una lacuna: la mancata estensione della disposizione ai dipendenti che elaborano *atti endoprocedimentali obbligatori*, destinati ad incidere sul contenuto del provvedimento finale: si pensi, per fare alcuni esempi, ai *commissari di una gara* e ai *responsabili delle singole fasi procedimentali*.

Si è, dunque, dinanzi ad una previsione incompleta, ma che, tuttavia, le società *debbono* calare nelle procedure di gestione delle assunzioni. La violazione della norma comporta, infatti, la nullità del contratto e la sanzione interdittiva dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione nei successivi tre anni (non è chiaro, peraltro, se il divieto riguardi la sola amministrazione dalla quale proviene il dipendente o tutte le pubbliche amministrazioni).

Ciò posto, la disposizione fomenta ulteriori, importanti riflessioni *a latere societatis*. Occorre, cioè, chiedersi se, una volta calata nella procedura, esaurisca la

strategia di contrasto del rischio-corrruzione. La risposta è, sul punto, negativa: eccone le ragioni.

Viene, prima di tutto, in considerazione la sua *estensione*: la disposizione è rivolta ai *dipendenti delle amministrazioni e non menziona i loro familiari*. Si è subito rilevato dai commentatori la possibilità di tradirne lo scopo, laddove il dipendente pubblico solleciti e consegua l'assunzione di un familiare o di una persona a lui legata da relazioni di interesse. Peraltro, a fronte di questa inoppugnabile considerazione, si è osservato che la norma non avrebbe potuto contemplare una simile evenienza, stante il divieto di restringere la libertà contrattuale di soggetti terzi rispetto alle decisioni assunte dal pubblico dipendente, a cui sono 'legati'. *Questo limite, però, potrebbe non operare* nei confronti delle società con le quali si interfaccia il Soggetto Pubblico, che, nel momento in cui effettuano assunzioni, possono, dunque, 'governare' questo tipo di rischio, di non trascurabile spessore.

Vi è, poi, la necessità di tenere conto dell'orientamento dell'Anac, laddove sollecita l'estensione del divieto ai dipendenti pubblici che rilascino pareri endoprocedimentali rilevanti ai fini dell'adozione dell'atto amministrativo.

Sulla scorta di tali considerazioni, la *compliance* preventiva potrebbe rilasciare i seguenti contenuti.

(a) In primo luogo, una volta recepito il divieto di *pantouflage*, disegnato dal legislatore, questo dovrebbe altresì abbracciare i soggetti coinvolti nel procedimento con il rilascio di pareri rilevanti, come pure i responsabili del procedimento stesso.

(b) Ineccepibili considerazioni di natura criminologica, suggeriscono altresì di porre ad attento vaglio la posizione dei "*familiari*" di tali Soggetti Pubblici, colpiti dal divieto. La soluzione di attrarli nella sua orbita instilla, però, una obiezione. Si può, infatti, eccepire che l'adozione del divieto, come unica misura di contrasto del rischio, possa integrare una limitazione che reca pregiudizio al familiare proprio in ragione del suo *status*, così da *discriminarlo*. Inoltre, una simile preclusione restringerebbe in modo eccessivo la libertà della società di reperire le professionalità più adeguate. Allo scopo di fronteggiare tali rilievi, si potrebbe prevedere, analogamente a quanto proposto per le attività esaminate nei precedenti paragrafi, di soppesare l'intensità del *red flag* e di porre in atto proporzionate azioni di mitigazione individuale, volte, ad esempio, ad evitare potenziali interferenze tra l'incarico rivestito dal pubblico agente e quello che il "familiare" dovrebbe essere chiamato a svolgere nell'organizzazione aziendale. Come pure la condizione di *improper influence* potrebbe non stagliarsi in ragione dell'atto espressivo del potere autoritativo esercitato dal Soggetto Pubblico, contraddistinto da un modestissimo impatto per la società. Davanti a simili evenienze, ben si potrà decidere di procedere all'assunzione, con una motivazione munita di speciale evidenza, che faccia trasparire le ragioni che militano in direzione

dell'attenuazione del *red flag*. Ne deriva che il divieto di assunzione potrà trovare applicazione solo quando alcuna azione mitigatrice individuale potrà essere reperita, sì che lo stesso si attegga come l'unico, residuale strumento di contrasto del rischio.

La procedura in materia di selezione ed assunzione del personale potrebbe, infine, essere integrata da un ulteriore presidio. Si allude all'opportunità di istituire un "Registro Informatizzato", che, in modo *anonimo*, riporti il numero dei candidati assunti "*politicamente esposti*" (per la definizione di "persona politicamente esposta", si rinvia, ancora una volta, a quella offerta dall'art. 1 dell'allegato tecnico al d. lgs. 231/2007). La funzione di un simile Registro è intuibile: ove si registrasse una crescita eccessiva di tali assunzioni, ciò potrebbe costituire il *diapason* di una gestione segnata da condizionamenti esterni, tale da suggerire lo svolgimento di un'attività di *audit* sul processo.

5.- Alcuni importanti procedimenti giudiziari hanno evidenziato che, talvolta, le consulenze, le sponsorizzazioni e le liberalità vengono effettuate in favore di fondazioni, associazioni, istituzioni e enti collegati ai partiti politici. I modelli 231 vietano, di regola, qualsiasi forma di finanziamento, diretto o indiretto, ai partiti politici. Parrebbe opportuno integrare i presidi cautelari, prevedendo che i questionari di *due diligence*, relativi alle attività suindicate, facciano aggallare eventuali collegamenti tra la controparte contrattuale e i partiti politici, da apprezzare alla stregua di significativi *red flags*. Quanto ai criteri di collegamento, è da ricordare che sono stati, di recente, ridisegnati dall'art. 1 co. 20, l. 9.1.2019 n. 3, che ha modificato l'art. 5 l. 28.12.2013 n. 149 (recante l'abolizione del finanziamento diretto ai partiti politici).

6.- I presidi cautelari proposti risentono dell'*impossibilità di attingere al contributo di chiarificazione della giurisprudenza*, prevalentemente impegnata a cimentarsi vuoi con asperità di impronta squisitamente dogmatica (si pensi alle numerose pronunce sul contenuto da riconoscere al criterio imputativo dell'"interesse o del vantaggio" o sulla natura della responsabilità dell'ente), vuoi con problemi, più 'pratici', di delimitazione dell'effettività di alcune misure sanzionatorie (si pensi alla confisca). Il 'viaggio' all'interno del modello, per scrutare da vicino le cautele e la loro efficacia, in contesti culturali complessi, non è stato ancora seriamente intrapreso. Il tutto, è bene riconoscerlo, in un contesto di mancata o difforme applicazione territoriale del d. lgs. 231/2001, accompagnata, non di rado, da una ideologia ammennicolare, in forza della quale il decreto viene percepito come un 'accessorio' da 'liquidare' quanto prima, anche attraverso prassi disinvolute. In questo contesto, è proprio il modello di organizzazione ad essere prevalentemente percepito come un

fastidioso incombente, che mal si concilia con i ‘tempi’ e i ‘saperi’ del giudice. Lo prova il numero rarissimo di decisioni che sono entrate nel ‘vivo’ del modello per saggiarne l’idoneità e l’effettività preventive.

È, questo, uno scenario che veicola una diffusa sensazione di insofferenza e di malessere nel mondo delle imprese. È come se sottoscrivessero una cambiale in bianco: impiegano risorse economiche sul terreno della *compliance* preventiva senza poter prevedere, in anticipo, come sarà apprezzata. Di qui, il profilarsi di un corposo *fattore irritativo*, visto che la decisione della *societas* nei confronti dei rischi-reato si atteggia come, a sua volta, *rischiosa*, calata, com’è, in un deserto cognitivo, che non permettere di predire, in anticipo, qual è il sentiero virtuoso.

Se non si intende rimanere prigionieri di un’euristica dell’incertezza, fatalmente foriera di spinte ‘reattive’ disgregatrici del sistema di prevenzione disegnato dal legislatore del 2001, occorre muovere da un dato incontrovertibile: il problema della ‘validazione’ del modello può trovare una soluzione equilibrata solo a patto di sfruttare le opportunità che offre la “*colpa specifica*”. I rischi-reato riferibili alla *societas* non possono essere riversati nell’alveo di quelli ‘comuni’, da affidare al governo (essenzialmente giudiziale) della colpa generica. Si tratta, infatti, di rischi che abbracciano importanti beni giuridici e che coinvolgono decisioni ed attività seriali. Dunque, il terreno è quello funzionalmente proprio della colpa specifica. Ciò che latita, ancora, è il consolidamento delle cautele, nel senso che la loro emersione e il loro confezionamento è *in progress*. Lo stato di incertezza, che ne deriva, può essere rimosso intensificando la produzione di regole, tenendo conto delle peculiarità del contesto (decisioni adottate da organizzazioni complesse).

La possibilità di pervenire ad una *formalizzazione del processo di elaborazione delle regole cautelari*, in contesti organizzativi complessi, che consenta all’ente, nella fase di auto-organizzazione preventiva, di poter contare su un catalogo sufficientemente testato di cautele, richiede un *approccio metodologico* di taglio squisitamente *induttivo*. A distanza di venti anni dall’entrata in vigore del d. lgs. 231/2001, ci si dovrebbe decisamente orientare in direzione della *positivizzazione di protocolli cautelari* imperniati sulle *best practices*. Detto in altre parole, le associazioni rappresentative degli enti dovrebbero implementare indagini conoscitive sul grado di sviluppo e di evoluzione dei modelli. Una indagine, si badi, da eseguire secondo gli schemi di un’azione *procedimentalizzata* (diretta ad individuare, prima, e a formalizzare, poi, le cautele), segnata dalle seguenti scansioni⁴:

1) in primo luogo, le associazioni rappresentative dovrebbero favorire la *discovery* dei modelli e dei protocolli adottati dagli enti che svolgono *omologhe attività*

⁴ Sia consentito rinviare, per la formalizzazione di tale procedimento, a C. Piergallini, *Paradigmatica dell’autocontrollo*, cit., 865 ss.

a rischio;

2) successivamente, sottoporre ad una *valutazione critica* i diversi livelli di *compliance*, allo scopo di ricavare, con l'ausilio di '*saperi*' esperti (aziendalistici, societari e giuridico-penalistici), *comuni standard cautelari*, espressivi delle 'superiori' prestazioni esigibili da un agente-modello collettivo;

2.1.) la descritta attività di individuazione e di formalizzazione delle cautele non potrà ignorare il *background* informativo, vale a dire la necessità che i protocolli realizzino un'osmosi sia con le migliori evidenze scientifiche disponibili, sia con gli indici qualitativi mutuati dal formante giurisprudenziale;

3) parimenti fondativo si rivela il *riesame sistematico* dell'effettività preventiva dei protocolli e delle conoscenze sui cui poggiano: vanno, perciò, instaurati flussi informativi che agevolino la circolazione dei '*saperi*' ma anche degli errori.

In modo non troppo dissimile da quanto avviene nell'ambito della colpa professionale del medico, governata dai protocolli terapeutici⁵, le associazioni di categoria potrebbero, quindi, puntare al confezionamento di *modelli e protocolli 'pilota'*, destinati a veicolare la *nervatura* delle principali cautele, sempre suscettibili, poi, di integrazioni di '*dettaglio*', derivanti dalle peculiarità organizzative ed operative di ciascun ente.

Ritagliati all'esito di una tale formalizzata procedura, i modelli '*pilota*' potrebbero essere assistiti da una *presunzione 'relativa'* di idoneità preventiva, limitatamente alla fase della loro adozione, atteggiandosi alla stregua di *parametri conformativi del giudizio per colpa di organizzazione*, che pongono a carico del giudice un esplicito obbligo di motivazione in caso di *dissentig opinion* sull'adeguatezza delle cautele. Potrà discostarsene, se crede, ma, in questo caso, dovrà esibire convincenti motivazioni.

⁵ Cfr., in proposito, M. Caputo, "*Filo d'Arianna*" o "*Flauto magico*"? *Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *RIDPP* 2013, 875 ss.