

**D. LGS. N. 231/2001: LA VEXATA QUAESTIO DELL'IDONEITÀ
ED EFFICACIA DEI MOG FRA PROSPETTIVE
DI RIFORMA E FONTI DELLE REGOLE CAUTELARI¹**

di Enrico Pezzi

(Assegnista di ricerca presso l'Università di Trento)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il giudizio di idoneità ed efficacia e la natura dell'illecito posto in essere dall'ente. – 3. Le soluzioni emerse dal dibattito scientifico. 3.1. – I sistemi di validazione preventiva dei MOG. – 3.2. Le regole cautelari di fonte legislativa. 3.3. Le regole cautelari poste in essere dalle fonti di *soft law*. 3.4. La ricognizione delle *Best Practices*. 4. Conclusioni. I modelli c.d. pilota.

1. In occasione del suo ventesimo anniversario, la normativa per la prevenzione dei reati nelle realtà organizzative vanta un passato del tutto contraddittorio. Da un lato, sono infatti ormai riconosciuti i meriti di questa disciplina, alla quale si tributa la nascita e lo sviluppo d'una vera e propria "cultura della *compliance* e della legalità d'impresa", favorendo così l'adesione, da parte degli enti privati, ad un sistema di valori etici e di efficienza imprenditoriale². Ancora, la tematica degli "adeguati assetti organizzativi" è divenuta così centrale nella vita delle imprese da essere fuoriuscita dalla sede strettamente penalistica per investire pressoché tutti i settori della vita dell'ente, come testimonia, da ultimo, il nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, che a partire dal 1° settembre 2021 renderà obbligatoria l'adozione di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile finalizzato alla rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale³.

¹ Il presente contributo è stato realizzato nell'ambito dell'attività di ricerca post-doc finanziata da Fondazione CARITRO e Federazione Trentina della Cooperazione, dal titolo: "MOG 231 e società cooperative: studio e analisi dei processi di creazione e validazione dei modelli di *compliance* per la prevenzione di reati".

² Emblematica, a testimonianza di ciò, l'evoluzione delle stesse Linee Guida predisposte da Confindustria, la cui ultima versione è stata pubblicata a giugno 2021. Quest'ultime, se inizialmente descrivevano la *compliance* 231 come un mero strumento a cui ricorrere per evitare una risposta punitiva da parte dello Stato, oggi, al contrario, ricostruiscono il modello in stretta correlazione alla necessità di prevenire il rischio di compimento di reati, qualificando espressamente la commissione di illeciti penali da parte di soggetti inseriti nell'organizzazione societaria come un vero e proprio rischio per l'efficienza della società stessa. In questi termini C. Santoriello, *I modelli organizzativi richiesti dal Dlgs 231/2001 e PMI. Una riflessione alla luce delle indicazioni di Confindustria*, in *Rivista 231*, 2015, 1, 186; nonché, da ultima, F. Assumma, *Valorizzazione del sistema premiante previsto dal D. Lgs. 231/2001*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 1-bis/2021, 511 ss.

³ Con specifico riferimento alle possibili interazioni fra il novellato art. 2086 co. 2 Cc e i modelli organizzativi 231 cfr., *ex multis*, R. De Luca, *Prevenzione della crisi e compliance 231: binomio irrinunciabile per la governance d'impresa*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 1-bis/2021, 327 ss.; D. Quarto, *Il ruolo dei Modelli di organizzazione e gestione nella prevenzione della crisi d'impresa, tra prevenzionismo ed obbligatorietà*, in [La legislazione penale](#)

Dall'altro, tuttavia, ben note sono anche le molteplici criticità affiorate nel corso del tempo, di cui solo poche possono dirsi realmente risolte⁴. Fra di esse, nel presente contributo ci si soffermerà in particolare sul *deficit* di determinatezza dei criteri guida per la costruzione del Modello di Organizzazione e Gestione (MOG) e la conseguente imprevedibilità del giudizio di idoneità ed efficacia compiuto dal giudice, trattandosi senz'ombra di dubbio d'uno dei più grandi fallimenti della normativa 231.

È noto infatti che il cuore pulsante del d. lgs. 19.6.2001 n. 231 è costituito proprio dall'efficacia esimente⁵ dei MOG, i quali, se adottati ed efficacemente attuati,

www.giurisprudenzapenale.com, 1-bis/2021, 304 ss.; L. Rutolo, *Organizzazione di impresa e prevenzione del rischio di insolvenza: dai modelli 231 ai sistemi di allerta del CCII*, in *Soc.*, 11/2020, 1195 ss.; P. Vernerio, R. Frascinelli, *Gestione dell'impresa: il principio della organizzazione per la prevenzione. Dalla riforma del 2003 al nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Rivista231*, 1/2020, 233 ss.; C. Zanichelli, L. Mulazzi, *Assetti organizzativi: profili di attinenza tra il modello 231 ed il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Rivista231*, 4/2019, 177 ss.

⁴ Basti ricordare, a titolo d'esempio: l'inversione dell'onere probatorio nel caso di reato commesso da soggetto in posizione apicale, che comporta più d'una frizione con i principi penalistici; la difficoltà di coniugare i requisiti dell'interesse e del vantaggio con le fattispecie colpose di cui all'art. 25 *septies*; il rapporto fra la normativa 231 ed il principio di territorialità, in particolare per i reati commessi in Italia da enti con sede all'estero, ipotesi non espressamente disciplinata dall'art. 4; le tensioni con il principio di legalità, con particolare riferimento a quei reati presupposto che implicano, quale loro antecedente o conseguente logico, la commissione di altri illeciti penali, tuttavia non inseriti nel catalogo dei reati 231 (si pensi alle fattispecie prodromiche ai delitti di *laundry*, ovvero ai reati scopo dei delitti associativi); l'inserimento, nel predetto catalogo, di fattispecie criminali del tutto avulse dal fenomeno della criminalità d'impresa; la rilevanza o meno delle violazioni isolate delle regole e dei presidi antinfortunistici ai fini della responsabilità dell'ente.

⁵ Si rende doveroso specificare che il termine "esimente" viene utilizzato in questa sede per mera necessità di agevolazione espositiva, dal momento che la natura giuridica delle prescrizioni contenute nei MOG risulta tutt'ora oggetto di dibattito, essendo inoltre necessario operare una diversa qualificazione a seconda che si tratti di ipotesi rientranti nella disciplina dell'art. 6 (per i fatti commessi da soggetti in posizione apicale), ovvero in quella dell'art. 7 (per quelli posti in essere da soggetti sottoposti ad altrui direzione o vigilanza). In tale seconda ipotesi il ricorso al concetto di "esimente" risulta fuorviante, dal momento che, trattandosi di una responsabilità per difetto di vigilanza e controllo, la colpevolezza dell'ente dev'essere più propriamente intesa come una vera e propria forma di agevolazione colposa, per non aver impedito un reato commesso dai soggetti "controllati". Sul punto si rimanda, *ex multis*, a G. Forti, *Uno sguardo ai "piani nobili" del d.lgs. n. 231/2001*, in *RIDPP*, 4/2012, 1263 s.; C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex D. Lg. n. 231/2001)*, pt. 1, in *CP*, 1/2013, 377. Più complicata è invece la qualificazione quando il fatto sia stato commesso da un soggetto apicale, per il quale il legislatore ha introdotto una forma di colpevolezza costruita "negativamente", che è stata intesa in dottrina secondo diverse sfumature, evocandosi talvolta la categoria delle scusanti, talaltra quella delle esimenti. Ancora, a fianco di chi ha sostenuto, più genericamente, di essere in presenza di una clausola di esclusione della punibilità, vi è chi, sottolineando una confusione fra il piano delle scusanti e quello della colpa vera e propria, ha ritenuto che le regole cautelari debbano essere più propriamente ricondotte entro il perimetro della tipicità colposa. Nel primo senso cfr. G. De Simone, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la "parte generale" e la "parte speciale" del D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Padova 2002, 107. Per un inquadramento dei MOG come elemento della colpa C.E. Paliero, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, in *RTrimDPenEc*, 2018, 206; nonché, da ultima, G. Garofalo, *Dalla 'culpa in vigilando' alla 'colpa di organizzazione' e ritorno: corsi e ricorsi nella giurisprudenza di legittimità in tema di responsabilità ex crimine dell'ente*, in *www.sistemapenale.it*, 6/2020, 32.

comportano l'esenzione da responsabilità dell'impresa per i fatti commessi dai soggetti indicati dall'art. 5 co. 1.

Nello specifico, in adesione alla logica punitivo-premiale dei *compliance programs* statunitensi, a sua volta fondata sul ricorso al c.d. "carrot and stick approach"⁶, la disciplina italiana appresta un sistema sanzionatorio subordinato alla (mancata) predisposizione, da parte dell'ente, di un MOG idoneo a prevenire il compimento di reati della specie di quello in concreto verificatosi⁷.

Eppure, come efficacemente sostenuto in dottrina, tramite tale meccanismo di esenzione da responsabilità «il legislatore sembra, in effetti, "promettere" troppo poco rispetto a quanto pretende»⁸. Nello specifico, se è vero che tale causa di esclusione della responsabilità dovrebbe incentivare l'adozione dei modelli organizzativi, non ci si può tuttavia esimere dal sottolineare che i criteri previsti dal decreto 231 per guidare l'ente nella loro implementazione risultano troppo vaghi e deficitari. Infatti, gli artt. 6 e 7 si limitano ad una mera enunciazione dei contenuti minimi essenziali che il modello deve presentare, idonei al più a fornire indicazioni di massima che sarà poi onere dello stesso soggetto privato riempire, adattandoli al proprio contesto aziendale⁹.

L'assenza di parametri normativi certi poi, non determina "solamente" un disorientamento diffuso nelle imprese in punto di adozione dei MOG, ma riverbera inevitabilmente le proprie incertezze sulla stessa valutazione giudiziale del modello, essendo il giudice sprovvisto di criteri a cui fare riferimento per effettuare il proprio

⁶ J.C. Jr. Coffee, "Carrot and stick" Sentencing: Structuring Incentives for Organizational Defendants, in *FSR*, 3/1990, 126 ss.; richiamato anche da B. Assumma, *Il ruolo delle linee guida e della best practice nella costruzione del modello di organizzazione e di gestione e nel giudizio di idoneità di esso*, in *Rivista* 231, 3/2010, 196; S. Manacorda, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *RTrimDpenEc*, 1-2/2017, 54 s.

⁷ I *compliance programs* statunitensi prevedono infatti un apparato sanzionatorio parametrato alla *culpability* dell'ente, commisurata prendendo come riferimento un sistema di criteri condensati in apposite Linee Guida e tenendo conto in particolare del comportamento tenuto dall'impresa sia prima che dopo la verifica dell'illecito. Sul punto, cfr. *ex multis*, F. Centonze, *La co-regolamentazione della criminalità d'impresa nel d.lgs. n. 231 del 2001. Il problema dell'importazione dei "compliance programs" nell'ordinamento italiano*, in *AGE*, 2/2009, 219 ss.; M. Colacurci, *L'idoneità del modello nel sistema 231, tra difficoltà operative e possibili correttivi*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2/2016, 68; C. De Maglie, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano 2002, 64 ss.; F. Sardella, *La valutazione dei modelli organizzativi: aspetti legali e sistemi di certificazione. I punti di forza del D. Lgs. 231/2001 e le prospettive di riforma*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 1-bis/2021, 45.

⁸ In questi termini, G.M. Flick, *Le prospettive di modifica del d.lg. b. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti: un rimedio peggiore del male?*, in *CP*, 11/2010, 4032.

⁹ Così la dottrina pressoché unanime. Cfr. *ex multis* F. Assumma, *op. cit.*, 505; A. Bernasconi, *Modelli organizzativi, regole di giudizio e profili probatori*, in *Il processo penale de societate*, a cura di Id., Milano 2006, 94; G. De Vero, *Il progetto di modifica della responsabilità degli enti tra originarie e nuove aporie*, in *DPP*, 10/2010, 1137 ss.; G. Fidelbo, *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal D.lgs. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, a cura di A.M. Stile, V. Mongillo, G. Stile, Napoli 2013, 175; S. Manacorda, *op. cit.*, 66 s.; F. Sardella, *op. cit.*, 45 ss.

sindacato, così generando una vera e propria tensione fra mondo imprenditoriale e Autorità giudiziaria¹⁰. Non si deve infatti dimenticare che l'adozione di strumenti di *compliance*, ed in particolare di quelli per la prevenzione di reati, comporta esborsi economici anche molto elevati per le imprese (l'assunzione di professionisti per la costruzione del modello, la creazione dell'ODV, la formazione del personale, la circolazione dei flussi informativi, etc.), costi ai quali tuttavia non corrisponde alcuna certezza circa la tenuta giudiziale dei MOG¹¹. Infatti, se da un lato la discrezionalità dell'organo giudicante non può certamente essere soppressa, dall'altro l'assenza di veri e propri criteri guida rischiano di trasformarla in una totale libertà di decisione, specie in questo ambito, nel quale il giudice è chiamato a giudicare di organizzazioni complesse. Ciò ha comportato, in definitiva, la presenza di un numero estremamente esiguo di pronunce che hanno condotto all'esclusione di responsabilità dell'ente, ed un conseguente senso di sfiducia da parte delle imprese¹².

Pertanto, fra le varie criticità sorte in relazione alla normativa 231, s'impone con forza la necessità di comprendere come rispondere alle istanze provenienti dal mondo imprenditoriale, garantendo al contempo la discrezionalità giudiziale nella valutazione della (esclusione della) colpevolezza della persona giuridica.

2. Prima di approfondire le soluzioni sino ad ora proposte per ovviare a tale problematica, risulta necessario comprendere come si concretizza il giudizio di idoneità ed efficacia (artt. 6 e 7), essendo noto, infatti, che «le maggiori difficoltà con cui devono confrontarsi gli operatori economici [...] derivano, a monte, dall'incerto statuto della colpa di organizzazione quale cardine della responsabilità dell'ente»¹³.

In via preliminare, si rende necessario specificare che le riflessioni che seguono muovono dal presupposto, condiviso dalla dottrina maggioritaria¹⁴, secondo cui

¹⁰ Sintomatica di un disorientamento anche giudiziale è l'adozione di un vero e proprio "Decalogo 231" da parte del Tribunale di Milano, contenente le ragioni in base alle quali il modello dovrebbe essere ritenuto idoneo. Tale iniziativa, da valutare certamente con favore, non ha tuttavia la forza, da sola, di supplire alla mancata concretizzazione delle regole cautelari. Per approfondimenti si rimanda a M. Arena, *Il decalogo 231 del Tribunale di Milano*, in www.reatisocietari.it, 15.6.2005. Cfr. inoltre L. Bassi, M. Morelli, *Paese che vai, responsabilità che trovi: il "sistema 231" italiano e la corporate compliance estera*, in www.giurisprudenzapenale.com, 10/2020, 12 s.

¹¹ Anche il tema dei costi è fatto ben noto nella letteratura specialistica. Sul punto, si ritiene interessante la posizione di G. Garuti, *Profili giuridici del concetto di adeguatezza dei modelli organizzativi*, in *Rivista231*, 3/2007, 11 ss., il quale, nell'analizzare il contenuto del giudizio di idoneità ed efficacia del modello, ritiene che il concetto di "adeguatezza" dei MOG non dovrebbe essere inteso in senso meramente giuridico, dovendo al contrario essere valorizzato da un punto di vista economico.

¹² Aspetto opportunamente evidenziato, fra i tanti, da C. Piergallini, *Note in tema di prevenzione del rischio-corruzione nel contesto societario*, in *LP*, 1/2021, 61 s.

¹³ In questi termini V. Mongillo, *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d. lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *Rivista231*, 3/2011, 72.

¹⁴ Così, *ex multis*, M. Colacurci, *op. cit.*, 73; G. Forti, *op. cit.*, 1286; S. Manacorda, *op. cit.*, 69; C. Piergallini,

l'illecito dell'ente dev'essere ricostruito sulla falsariga di un normale reato colposo, *sub species* di illecito di evento, all'interno del quale il MOG svolge una funzione essenzialmente cautelare (così rifiutando, al contrario, un inquadramento dello stesso alla stregua di un illecito di rischio, nel quale il modello finirebbe per essere qualificato «come un *obbligo di condotta* meramente preventivo, non tanto cautelare, quanto *cautelativo* orientato alla prevenzione *astratta* del rischio-reato»¹⁵).

Tale scelta metodologica, che trova sostegno testuale nello stesso decreto 231 (artt. 6 co. 1, lett. a; 7 co. 2; 12 co. 2 lett. b; 17 co. 1 lett. b, laddove si afferma che il modello dev'essere "*idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi*"), si rende necessaria per un duplice ordine di ragioni: in primo luogo, perché, ricostruendo l'illecito dell'ente prendendo come punto di riferimento il modello del reato di evento, se ne impone l'accertamento del nesso causale; in secondo luogo, in quanto si consente di evitare derive oggettivistiche sul piano della colpevolezza dell'ente¹⁶.

Secondo tale impostazione, pertanto, è dai canoni dell'accertamento colposo che bisogna muovere al fine di fornire concretezza alla valutazione giudiziale di idoneità ed efficacia: sul fronte oggettivo si dovrà accertare il nesso causale che lega la condotta dell'ente al reato della persona fisica (causalità materiale); che quest'ultimo rappresenta la concretizzazione del rischio che la regola cautelare violata mirava a contenere; infine, che la predisposizione del MOG ne avrebbe impedito la verifica (causalità della colpa); sul fronte dell'imputazione soggettiva, invece, si dovrà accertare la violazione della regola cautelare, *sub species* di corretta organizzazione e gestione, idonea a prevenire la commissione del reato (c.d. colpa di organizzazione)¹⁷.

Appare pertanto chiaro che, nel disegno del legislatore, lo strumento precauzionale preposto all'individuazione delle regole cautelari, sulla scorta dei parametri fissati dagli artt. 6 e 7 del decreto, è costituito dallo stesso Modello di Organizzazione e Gestione, sicché questa dottrina ha ritenuto di dover ancorare la "colpevolezza organizzativa" dell'ente al paradigma della colpa specifica¹⁸.

Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex D. Lg. n. 231/2001), pt. 2, in CP, 2/2013, 858 ss.

¹⁵ In questi termini C.E. Paliero, *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, in *RIDPP*, 4/2008, 1516 ss., che efficacemente ha posto tale distinzione all'attenzione del dibattito scientifico.

¹⁶ In questo senso M. Colacurci, *op. cit.*, 73, che richiama anche A. Alessandri, *I criteri di imputazione della responsabilità all'ente*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, a cura di A.M. Stile, V. Mongillo, G. Stile, Napoli 2013, 241; nonché, con particolare riferimento alle norme del d. lgs. 231/2001 che depongono in favore della ricostruzione dell'illecito dell'ente alla stregua di un normale *crimen colposum*, C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, pt. 2, *cit.*, 858. Per una esaustiva trattazione delle diverse ricadute delle due ricostruzioni cfr. C.E. Paliero, *ibidem*.

¹⁷ Sul punto, B. Assumma, *op. cit.*, 193; M. Colacurci, *ibidem*; V. Mongillo, *op. cit.*, 72 s. In questo senso, il MOG «rappresenta infatti il *parametro di riferimento* su cui misurare la diligenza dispiegata dall'ente nel contenimento del rischio-reato», così G. Garofalo, *op. cit.*, 33.

¹⁸ In questo senso, *ex multis*, B. Assumma, *op. cit.*, 197; F.C. Bevilacqua, *I presupposti della responsabilità da reato*

Eppure, ad un più attento esame, una simile classificazione dello statuto soggettivo dell'ente sembra reggere solo sulla carta. Com'è noto, e semplificando all'estremo, si ha colpa specifica nei casi in cui la regola cautelare venga positivizzata, con la conseguenza che, nella prassi, il soggetto tenuto ad osservarla – ma anche lo stesso organo giudicante – può essere considerato alla stregua di un fruitore di cautele formalizzate da altri. Tuttavia, se si ritengono condivisibili le osservazioni critiche relative all'eccessiva indeterminatezza dei criteri previsti dagli artt. 6 e 7, si avrà una diversa conseguenza. Lungi dall'essere mere "fruitrici" di norme cautelari, le imprese si vedono onerate del compito di individuare esse stesse il contenuto dei MOG, divenendo in definitiva creatrici delle cautele per la prevenzione di reati¹⁹. Questo con un'ovvia conseguenza: che se la bussola normativa non è in grado di orientarli con sicurezza, fornendo un filtro selettivo nell'opera di individuazione e selezione delle regole cautelari, l'unico risultato possibile sarà il ricorso, da parte degli enti, alle migliori conoscenze ed esperienze del settore in cui operano²⁰.

Alla luce di tali osservazioni, all'interno dell'indirizzo che riconduce la colpevolezza della persona giuridica al paradigma della colpa specifica si registra la condivisibile opinione di chi, efficacemente, ha evidenziato che «la colpa dell'ente, che *primu visu* parrebbe "specificata" per inosservanza di regole scritte, rivela, quanto ai suoi meccanismi ricostruttivi, i tratti della colpa c.d. "generica"»²¹.

degli enti, in *I modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001. Etica d'impresa e punibilità degli enti*, a cura di C. Monesi, Milano 2005, 140; M. Colacurci, *op. cit.*, 73; R. De Paolis, *Responsabilità degli enti e reati colposi: verso il tramonto dell' "interesse o vantaggio"?*, in www.giurisprudenzapenale.com, 1-bis/2021, 169; F. D'Arcangelo, *Il sindacato giudiziale sulla idoneità dei modelli organizzativi nella giurisprudenza più recente*, in *Rivista231*, 2015, 60; G.M. Flick, *op. cit.*, 4033; V. Mongillo, *op. cit.*, 73; D. Quarto, *op. cit.*, 311.

¹⁹ Anche tale circostanza è già stata ampiamente evidenziata in dottrina. Cfr. G.M. Flick, *op. cit.*, 4036; V. Mongillo, *op. cit.*, 73 s. Da conto di questo aspetto anche lo studio condotto nel 2019 dal gruppo di lavoro della Giunta Assonime, dal titolo *Prevenzione e governo del rischio di reato: La disciplina 231/2001 e le politiche di contrasto dell'illegalità nell'attività d'impresa*, 35, reperibile nel sito dell'Associazione <http://www.assonime.it>.

²⁰ Evidenziano la necessità che il contenuto dei MOG sia conforme allo stato delle migliori acquisizioni disponibili al momento della commissione dell'illecito penale, fra gli altri, F. D'Arcangelo, *op. cit.*, 60; A. Fiorella, A.S. Valenzano, *Colpa dell'ente e accertamento. Sviluppi attuali in una prospettiva di diritto comparato*, Roma 2016, 54 ss; V. Mongillo, *op. cit.*, 74.

²¹ In questi termini V. Mongillo, *op. cit.*, 73, il quale richiama inoltre D. Castronuovo, *La colpa penale*, Milano 2009, 318, secondo cui «in presenza di una regola elastica, sebbene si tratti di inosservanza di regole scritte, saremo piuttosto di fronte ad una colpa "generica" (quanto ai meccanismi ricostruttivi)». Sottolinea che le regole elastiche impongono apprezzamenti non dissimili da quelli utilizzati nel campo della colpa generica G. De Francesco, *In tema di colpa. Un breve giro d'orizzonte*, in *LP*, 1/2021, 29, che opportunamente evidenzia inoltre come (anche prescindendo dal tema qui indagato sui Modelli 231) «la rilevanza, tutt'altro che trascurabile, attribuita ancor oggi alla colpa 'generica' ponga di fronte ad interrogativi sempre più allarmanti in ordine al suo concreto ambito di estensione, facendo apparire incerta ed aleatoria – in assenza di regole 'codificate' – la pretesa di ravvisare, al momento della condotta, percorsi cautelari in grado di orientare verso la scelta maggiormente conforme alle esigenze preventive».

In altri – e più brevi – termini, l'elasticità dei criteri posti dalla normativa 231 fa sì che l'accertamento della loro violazione da parte del giudice non differisca da quello della violazione di una norma di mera diligenza, restituendo così l'impressione di una colpa formalmente specifica, ma sostanzialmente generica²².

Tale circostanza è solo in apparenza di poco conto. Se è vero infatti che da un punto di vista strutturale non vi sono sostanziali differenze fra colpa generica e specifica (tanto che, in sede penale, la giurisprudenza stessa non attribuisce grande rilevanza a detta distinzione, affermandone al contrario la reciproca integrazione²³), si

²² Similmente, A. Fiorella, A.S. Valenzano, *op. cit.*, 54. Del resto, anche fra chi evidenzia che lo statuto della colpa organizzativa dell'ente debba essere informato ai canoni della colpa specifica, non mancano Autori che sottolineano la presenza di schemi riconducibili alla colpa generica. Così ad es. F. D'Arcangelo, *op. cit.*, 60, il quale da un lato evidenzia che la conformità della cautela organizzativa è collegata allo stato delle migliori conoscenze disponibili (colpa generica), ma dall'altro sottolinea che «il contenuto del dovere di auto-organizzazione dell'ente [...] è, infatti, precisato da un ampio compendio di fonti normativa primarie e sub primarie» (colpa specifica, ricondotta tanto a fonti di *hard* quanto di *soft law*); nonché G.M. Flick, *op. cit.*, 4033 e 4036, che se da un lato riconduce la colpevolezza dell'ente allo schema della colpa specifica, dall'altro non manca di sottolineare come l'aspetto critico di tale disciplina sia rinvenibile proprio nel fatto che «le regole cautelari le crea – o comunque le sceglie – lo stesso imprenditore chiamato ad osservarle».

²³ Sul punto, Cass. 19.11.2015 n. 12478, in *DeJure*. Del resto, la giurisprudenza storicamente esclude la violazione del principio di correlazione fra accusa e sentenza nel caso di mutamento dell'imputazione per colpa generica a fronte dell'originaria formulazione per colpa specifica, ovvero nel caso inverso (Cass. 15.11.2018 n. 53455; Cass. 7.3.2014 n. 35943, entrambe in *DeJure*). Ancora, è noto, specie nell'ambito della circolazione stradale, il ruolo integrativo della colpa generica rispetto a quella specifica, nel senso che l'osservanza delle singole regole cautelari non comporta necessariamente il venir meno della responsabilità colposa laddove esistano particolari circostanze che le rendano inidonee, nel caso concreto, a proteggere il bene tutelato. Infine, la giurisprudenza è costante, in tema di infortuni sul lavoro, nell'affermare che sia onere dell'imprenditore non solo adottare le misure specificamente imposte dalla disciplina antinfortunistica, ma anche osservare i precetti generali, che, ex art. 2087 Cc, impongono «l'adozione delle misure che secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del lavoratore» (Cass. 14.4.2010 n. 18628; Cass. 11.12.2007 n. 6281; Cass. 4.7.2006 n. 32286, tutte in *DeJure*). Con specifico riferimento a quest'ultimo aspetto cfr., anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, F. Donelli, *La violenza come infortunio: specificare la colpa e ragionare per principi*, in *LP*, 2/2021, 74 ss. Tale impianto è infine da ultimo confermato, seppur con importanti precisazioni, dalla sentenza della Cassazione sul noto disastro di Viareggio (Cass. 8.1.2021, n. 32899, in *DeJure*). In particolare, per quanto riguarda l'art. 521 Cpp, la Quarta Sezione ne ha escluso la violazione a patto che il mutamento risulti rispettoso delle garanzie difensive, sicché il motivo di ricorso che si limiti a segnalare la sola mancanza di coincidenza fra l'imputazione originaria ed il fatto ritenuto in sentenza – senza cioè allegare un concreto e specifico pregiudizio – sarebbe inammissibile in quanto aspecifico. Ben più complesso è invece l'apparato argomentativo circa l'eventualità che, escluso un rimprovero per colpa specifica, possa residuarne uno a titolo di colpa generica. Si evidenzia in particolare che giurisprudenza datata faceva discendere il residuo dovere di diligenza dal generale principio di *neminem laedere* ex art. 2043 Cc, con la conseguenza che, pur a fronte dell'osservanza di regole scritte, la possibilità per il soggetto di prevedere il verificarsi di conseguenze pregiudizievoli (unitamente all'incidenza causale), avrebbe potuto fondare un rimprovero a titolo di colpa generica. Tale tesi viene tuttavia condivisibilmente criticata dalla Corte, per un duplice ordine di ragioni: *in primis*, perché l'art. 2043 Cc non è una norma in grado di fondare una posizione di garanzia, e nemmeno può essere considerata come una vera e propria regola cautelare, non avendo essa carattere modale; *in secundis*, perché tale metodo di accertamento – che fa discendere il rimprovero dal fatto che il comportamento diligente non adottato fosse possibile all'agente modello – rischia di tradursi in un vero e proprio processo creativo,

deve tuttavia sottolineare come, nel tema qui indagato, la questione si riveli, al contrario, di primaria importanza.

Infatti, tale identità di struttura fra le “due colpe” – ossia la violazione di un obbligo di diligenza – non implica anche un'identità funzionale. Come osservato in dottrina, mentre la colpa generica è fondata su norme esperienziali, che orientano il comportamento secondo criteri di normalità, in quanto destinata a normare situazioni di rischio comuni e quotidiane, quella specifica ricorre nei casi di rischi c.d. “qualificati”, «che riguardano aree di attività sostanzialmente omogenee [...] in cui la ripetitività dei comportamenti, la rilevanza dei beni in giuoco e l'affinarsi delle conoscenze consentono di proiettare una affidabile cornice nomologica in direzione dei giudizi di prevedibilità ed evitabilità dell'evento»²⁴.

A queste affermazioni ci si permette di aggiungere un'altra, ossia che solo la colpa generica, riguardando ipotesi comuni di rischio, permette un'agevole individuazione delle regole cautelari, tanto da parte del soggetto agente, quanto del giudice. Al contrario, i casi di rischio “qualificato”, propri della colpa specifica, riguardano spesso aree in cui le regole cautelari non sono facilmente desumibili sulla base di criteri di normalità sociale, richiedendo di frequente un maggiore sforzo ricostruttivo. Per questo la loro positivizzazione ne consente una maggiore fruizione sia per il comune cittadino, quanto per l'organo giudicante.

tramite il quale il giudice finirebbe per individuare *ex post* la regola di condotta che il soggetto avrebbe dovuto tenere. Al contrario, tale processo di individuazione (con conseguente operatività della colpa generica) ad opera dell'organo giudicante è sì possibile, ma, al fine di garantire il rispetto dei principi di colpevolezza e determinatezza, esso non può che tradursi in un'operazione più rigorosa rispetto a quella richiesta per l'individuazione di cautele positivizzate. Pertanto, un simile risultato potrà essere raggiunto solo a patto che la regola non formalizzata risulti essere *preesistente al fatto*, e tale preesistenza si sostanzia nella necessità di accertare *ex ante*, alla luce di conoscenze scientifiche, tecniche o esperienziali, l'inefficacia preventiva della regola cautelare scritta, posta a fondamento del rimprovero per colpa specifica. In altri termini, la Corte ammette il ruolo integrativo della colpa generica rispetto a quella specifica, subordinando tuttavia il rimprovero per negligenza o imprudenza al «fallimento del modello prevenzionale codificato», con la conseguenza che, se detto fallimento risulta essere controverso in giudizio, esso dovrà essere oggetto di accertamento processuale, in modo che la regola non scritta potrà essere invocata solo dopo aver accertato che «quella positivizzata [è] stata riconosciuta dal consesso sociale di riferimento [...] come non più in grado di assicurare la eliminazione o la riduzione del rischio». Tale assunto si spiega in considerazione del fatto che la positivizzazione di una regola cautelare determina un affidamento del soggetto circa la sua esaustività per il governo di un determinato rischio, sicché tale affidamento può venir meno solo se l'agente conosceva – o poteva conoscere – l'insufficienza della regola codificata (cfr. in particolare il punto 19 delle considerazioni in diritto).

²⁴ C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, pt. 2, op. cit., 865, il quale conclude evidenziando che «in definitiva, la 'specificità' delle aree di rischio da disciplinare [...] impone di ricorrere a dispositivi cautelari supportati da una piattaforma scientifica, che si affida alle più collaudate conoscenze». Cfr. anche Id., *Il modello organizzativo alla verifica della prassi*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal D.lgs. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, a cura di A.M. Stile, V. Mongillo, G. Stile, Napoli 2013, 382 s.; nonché, da ultimo, Id., *Note in tema di prevenzione*, op. cit., 62 s.

La suesposta impostazione appare condivisibile, a patto tuttavia di porre ancora talune brevi precisazioni: è ormai assodato che la responsabilità dell'ente costituisca un paradigma di imputazione *sui generis*, che presenta ampie similitudini con quello di matrice penale, pur non essendo interamente assimilabile a quest'ultimo. Pertanto, se certamente ad esso si applicano determinati principi costituzionali rilevanti in materia penale (come quelli di legalità e colpevolezza), non è tuttavia possibile effettuare una semplicistica ed automatica trasposizione all'illecito dell'ente dell'intera disciplina del reato e, più in generale, delle categorie dogmatiche penalistiche. Tale precisazione vale anche sul terreno dell'elemento soggettivo, dal momento che, se è vero che l'addebito mosso all'ente si innesta sulla tradizionale nozione di colpa, non va dimenticato che lo statuto della colpevolezza dell'ente (regolato dagli artt. 6 e 7 d. lgs. 231/2001) non coincide necessariamente con quello penalistico, regolato dal codice penale (artt. 42 e 43 Cp)²⁵. Eppure, se è vero che quella fra colpa generica e specifica è una distinzione "penalistica" e, come tale, non estensibile automaticamente alla normativa 231, si ritiene tuttavia che le implicazioni che da essa derivano – e che sono state descritte poc'anzi – rimangano ferme anche sul terreno dell'illecito dell'ente, dal momento che, anche senza mutuare le categorie descritte dall'art. 43 Cp, la risoluzione al problema della tenuta giudiziale dei MOG deve comunque essere rintracciata nella necessità di favorire una maggiore positivizzazione delle regole cautelari²⁶.

In definitiva, osservando la situazione da questa prospettiva, risulta chiaro che le maggiori criticità riguardano proprio l'assenza di una bussola – le regole cautelari – che orienti ogni fase della vita dei modelli, dall'adozione, passando per la concreta attuazione, sino all'eventuale valutazione giudiziaria degli stessi, e non invece le modalità secondo cui il giudice è chiamato a svolgere tale giudizio, che possono ormai

²⁵ Tale circostanza è ben nota anche a chi ha ricondotto la responsabilità dell'ente al paradigma della colpa specifica, dal momento che diversi autori, pur evocando categorie proprie dell'illecito penale, non mancano di sottolineare che, in ogni caso, quella dell'ente è una colpevolezza normativa, ben diversa da quella propria della persona fisica. Cfr. M. Colacurci, *op. cit.*, 73; C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocotrollo penale*, pt. 2, *op. cit.*, 865 ss. Cfr. inoltre anche A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna 2010, 224, per il quale «nessuna contaminazione è possibile tra le due e se si vuole continuare a utilizzare il lessico tradizionale, e a parlare quindi di colpa, bisogna essere consapevoli che si tratta di un impiego traslato del termine»; M. Caputo, *Colpevolezza della persona fisica e colpevolezza dell'ente nelle manovre sulla pena delle parti*, in *RIDPP*, 1/2017, 162. Per una approfondita disamina del concetto di "colpa di organizzazione" e del rapporto fra questo e il modello della colpa penale cfr. in particolare E. Villani, *Alle radici del concetto di 'colpa di organizzazione' nell'illecito dell'ente da reato*, Napoli 2016.

²⁶ Del resto, anche senza scomodare le categorie della colpa generica e specifica, i termini dell'equazione non cambiano: la necessità che tanto l'ente quanto il giudice si atteggiino prima di tutto a fruitori – e non (solo) a creatori – di regole cautelari passa necessariamente dalla necessità di rintracciare un corpo di regole che sia, per quanto possibile, predeterminato e positivizzato, secondo modalità che saranno analizzate più avanti. Questo percorso di ricognizione e cristallizzazione delle cautele, che sul fronte eminentemente penale è riconducibile alla colpa specifica, può pertanto essere riproposto anche in questa sede, pur senza che ciò comporti un'estensione della disciplina del codice penale anche all'illecito dell'ente.

ritenersi in larga parte condivise dalla letteratura penalistica: a) il rifiuto categorico di un accertamento *ex post*, che rischierebbe di condurre al noto cortocircuito logico delle c.d. “profezie auto-avveranti”; b) la speculare necessità di un giudizio di prognosi postuma, improntato alla stregua dei criteri di prevedibilità ed evitabilità dei reati presupposto, in cui al giudice sarà richiesto di collocarsi idealmente nella realtà aziendale nel momento in cui si è verificato il fatto illecito, tenendo conto delle conoscenze tecnologiche a disposizione in tale contesto storico, al fine di valutare la congruenza del MOG rispetto al dato normativo (secondo una prospettiva *ex ante* in concreto)²⁷; c) la conseguente suddivisione del giudizio in due fasi, di cui una prima volta a verificare l'adozione di un MOG idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi (giudizio di idoneità), ed una seconda relativa alla sua attuazione, nei termini di efficacia in concreto, valutando la presenza di un sistema sanzionatorio interno, di controlli periodici e di aggiornamenti del modello a fronte di modifiche organizzative dell'ente (giudizio di efficacia); d) la necessità di modulare differentemente l'accertamento a seconda che il modello sia stato adottato *ante* ovvero *post delictum*, nel senso di effettuare, nel caso di un MOG implementato *ex post*, un giudizio più stringente, sicché l'organo giudicante dovrà operare una valutazione non meramente prognostica ed ipotetica, ma che tenga anche conto del dato fattuale della “scoperta di un reato”; e) la valorizzazione del requisito dell'elusione fraudolenta, quale indice rivelatore della validità del modello²⁸.

3. Passando dal fronte delle problematiche a quello delle soluzioni proposte *de jure condendo*, le elaborazioni dottrinali e le proposte di riforma (d'iniziativa tanto parlamentare quanto privata), muovono, anche se spesso solo indirettamente, proprio dalla necessità di procedere ad una più vigorosa cristallizzazione delle regole cautelari. Infatti, fra le soluzioni prospettate risulta possibile identificare una matrice comune, quella di fornire più sicurezza alle imprese, attraverso una maggior specificazione dei contenuti dei Modelli di Organizzazione e Gestione.

²⁷ In questo senso, l'organo giudicante sarà tenuto a verificare se il singolo abbia potuto agire a causa dell'eccessiva autonomia concessagli dall'impianto organizzativo (ossia rilevando gli estremi di una colpa organizzativa), dovendo anche accertare che una corretta adozione del modello avrebbe, nel caso concreto, evitato il prodursi dell'illecito. Si tratta di una valutazione difficile e complessa, che spesso, come osservato in dottrina, richiede «un'elevata dose di onestà intellettuale in capo al giudicante». In questi termini F. Giunta, *I modelli di organizzazione e gestione nel settore antinfortunistico*, in *Rivista* 231, 4/2013, 12.

²⁸ Per maggiori approfondimenti si veda, *ex multis*, M. Colacurci, *op. cit.*, 73 s.; G. Fidelbo, *op. cit.*, 177 ss.; G. Garuti, *Profili giuridici*, *op. cit.*, 11 ss.; D. Quarto, *op. cit.*, 312 ss.; F. Sardella, *op. cit.*, 55 ss. Per un'efficace sintesi del panorama giurisprudenziale, sia di legittimità che di merito, cfr. A. De Nicola, V. Mancuso, *Il rapporto tra il modello di organizzazione e gestione e il sistema di gestione della salute e sicurezza sul luogo di lavoro: lo “strano” caso dell'art. 30 D. Lgs. 81/2008*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 1-bis/2021, 202 ss.

In via di prima approssimazione, può affermarsi che le soluzioni poste al fine di dare maggior concretezza al contenuto dei MOG, o comunque per assicurare agli enti maggior certezza circa la loro adozione, si muovono lungo quattro diverse direzioni: a) la creazione di presunzioni di validità del modello, che riducano sensibilmente la discrezionalità dell'Autorità giudiziaria (c.d. sistema di certificazione preventiva); b) una più vigorosa specificazione delle previsioni legislative nella determinazione delle regole cautelari, sulla scorta di quanto già accade con riferimento a talune discipline settoriali, come quella della prevenzione degli infortuni sul luogo di lavoro; c) la valorizzazione del disposto dell'art. 6 co. 3 d. lgs. 231/2001, relativo alle Linee Guida redatte dalle associazioni rappresentative degli enti; d) la *discovery* delle *leges artis* e, pertanto, delle più avanzate prassi e conoscenze in tema di modelli di gestione e prevenzione di reati.

Si tratta di una suddivisione già proposta in dottrina, e che in larga parte coincide con una tripartizione delle varie fonti delle procedure cautelari che possono essere utilizzate al fine di predisporre, in un dato settore, adeguati modelli di prevenzione: legge (*hard law*); Linee Guida, codici di comportamento, codici etici, etc., redatti dalle associazioni di categoria (*soft law*); le migliori pratiche di settore (*best practices*)²⁹. Tre diverse tipologie di strumenti che si caratterizzano inoltre per il fatto che il grado di vincolatività del precetto risulta essere inversamente proporzionato rispetto al loro grado di determinatezza, sicché se lo strumento dotato di maggior cogenza risulta essere sicuramente la legge, quello che pare più in grado di perimetrare con certezza i procedimenti cautelari non può che essere rappresentato dalle *best practices*³⁰.

Nel proseguo della presente trattazione, pertanto, si tenterà di analizzare ognuna di queste strade.

3.1. Una prima strada astrattamente percorribile è rappresentata dalla predisposizione di meccanismi di validazione *ex ante* dei modelli 231 (certificazione, asseverazione, etc.), capaci di neutralizzare la discrezionalità dell'autorità giudiziaria in sede di valutazione di idoneità del modello, così fornendo maggiori garanzie alle imprese che decidano di dotarsi di strumenti di *compliance*. In buona sostanza, si tratterebbe di affidare a soggetti terzi il potere di "convalidare" la regolarità del MOG, tramite un'attività di asseverazione o di certificazione sul cui operato lo Stato è

²⁹ Così V. Mongillo, *op. cit.*, 74. Cfr. anche S. Manacorda, *op. cit.*, 81 ss., il quale tuttavia suddivide le tecniche di normative di valorizzazione del requisito di idoneità secondo una tassonomia parzialmente differente, distinguendo fra tecniche a) di "armonizzazione minima dei modelli" (strumenti di *soft law*, come Linee Guida e codici di categoria); b) di "specificazione/positivizzazione dei contenuti dei modelli" (strumenti di *hard law*); c) di "certificazione/attestazione/asseverazione di *compliance* penale concretamente adottato" (sistema di validazione *ex ante* dei MOG).

³⁰ In questo senso B. Assumma, *op. cit.*, 193 ss.; V. Mongillo, *ibidem*.

chiamato a vigilare. Questo schema è invero già noto all'esperienza giuridica italiana, essendo stato il fulcro di una proposta di riforma redatta dall'AREL, la quale, in estrema sintesi, prevedeva la possibilità che determinati soggetti, pubblici e privati, inseriti in un elenco tenuto presso il Ministero della Giustizia, potessero certificare l'idoneità dei MOG, o anche di sue singole procedure, così sottraendo al vaglio giudiziale la verifica circa l'idoneità astratta di questi, al fine di garantire al soggetto "certificato" un più facile accesso all'esimente prevista dalla disciplina 231 (nonché di evitare l'applicazione, nella fase delle indagini preliminari, delle misure cautelari interdittive). Il tutto a patto che il modello concretamente adottato corrispondesse a quello oggetto di certificazione, e purché non fossero sopravvenute in concreto significative violazioni che avessero reso manifesta la presenza di lacune organizzative³¹.

Nonostante qualche opinione favorevole³², tale proposta è stata per lo più accolta negativamente dalla dottrina, che ne ha evidenziato diverse e decisive problematiche, sottolineando il rischio che il sistema delle certificazioni mascherasse una vera e propria "patente di legalità" per le imprese, o ancora una moderna "vendita delle indulgenze", capace di degradare a "mera funzione notarile" il compito del giudice penale³³.

Al di là delle specifiche problematiche insite nella proposta di riforma in concreto presentata (come ad esempio l'opportunità di affidare il controllo del sistema delle certificazioni al Ministero della Giustizia e non ad un'Autorità Pubblica dotata di imparzialità, neutralità ed indipendenza, sulla scorta del modello delle Autorità Amministrative Indipendenti), sono due le maggiori criticità che in generale si possono muovere a qualsiasi sistema di certificazione.

La prima fa leva sull'incompatibilità di fondo che sussiste fra il carattere necessariamente statico del giudizio di attestazione, adatto al più a "fotografare" la

³¹ Cfr. lo Schema di disegno di legge di modifica del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, *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*, in *DPP*, 10/2010, 1137 ss., con nota di G. De Vero, *op. cit.*, nonché su www.penalecontemporaneo.it, con le riflessioni di M. Vizzardi, L. Santa Maria, *Il progetto di riforma alla "213": che cosa cambia, che cosa manca*, 16.11.2010.

³² A. Fiorella, *Elasticità dei parametri di idoneità dei modelli preventivi e incertezze della 'pratica'*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, a cura di A.M. Stile, V. Mongillo, G. Stile, Napoli 2013, 359 ss.; M. Vizzardi, L. Santa Maria, *ibidem*; nonché da ultimo, muovendo dal sistema di asseverazione già previsto dal d. lgs. 81/2008 in tema di sicurezza sui luoghi di lavoro, M. Moscardini, *L'efficacia esimente dei modelli di Gestione della Sicurezza, una promessa mai mantenuta*, in www.giurisprudenzapenale.com, 1-bis/2021, 224 ss.

³³ Cfr., *ex multis*, S. Bartolomucci, *Lo strumento della certificazione e il d.lgs. 231/2001: polisemia ed interessi sottesi nelle diverse prescrizioni normative*, in *Rivista231*, 2/2011, 53 ss.; M. Colacurci, *op. cit.*, 78 s.; G. De Vero, *op. cit.*, 1137 ss.; G.M. Flick, *op. cit.*, 4035 ss.; V. Mongillo, *op. cit.*, 93 ss.; F. Mucciarelli, *Una progettata modifica al D.Lgs. n. 231/2001: la certificazione del modello come causa di esclusione della responsabilità*, in *Le Soc.*, 2010, 1251 ss.; C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, pt. 2, cit. 860 ss.

situazione esistente al momento dell'avvio della richiesta di certificazione, con la natura dinamica e "in divenire" della realtà aziendale, che impone una periodica verifica ed aggiornamento dei MOG, al fine di adattarli al mutare nel tempo delle caratteristiche organizzative dell'impresa³⁴.

Certamente, si potrebbe non a torto obiettare che al mutare delle condizioni organizzative, l'ente potrebbe nuovamente ricorrere alla certificazione, al fine di ottenerne l'aggiornamento. Tuttavia, il rischio evidente è quello di un ulteriore moltiplicarsi dei già notoriamente alti costi della *compliance*.

Ancora, anche ritenendo non determinante questo primo aspetto, il cuore del problema sta altrove, e precisamente nel rapporto fra l'istituto delle certificazioni preventive, il sindacato giudiziale (*rectius*: libero convincimento del giudice) e lo statuto della colpevolezza dell'ente. Proprio questo è infatti l'aspetto su cui si registrano le maggiori perplessità.

In estrema sintesi, per ovviare al rischio che l'incertezza relativa alla mancanza di sicure regole cautelari si traduca in una totale imprevedibilità delle decisioni assunte dall'autorità giudiziaria, la certificazione del modello dovrebbe avere la forza di vincolare il sindacato del giudice, operando a tutti gli effetti come una presunzione di idoneità.

Chiaro è che, in questo modo, sono due le strade percorribili: quello di rimuovere *in toto* qualsiasi ambito di discrezionalità in capo al giudice, oppure quello di introdurre una presunzione limitata al piano dell'idoneità astratta del MOG certificato, lasciando all'organo giudicante il compito di indagare il piano della sua concreta ed efficace attuazione.

Se la prima opzione risulta invero non praticabile, in quanto potenzialmente in contrasto con i più basilari principi del libero convincimento del giudice e del giusto processo, anche la seconda si espone a penetranti obiezioni, che si sviluppano proprio sul terreno della colpevolezza.

Come già evidenziato da più voci in dottrina, infatti, il sistema delle certificazioni finirebbe per comportare una inammissibile "privatizzazione delle regole cautelari", dal momento che, pur facendo salva la possibilità del giudice di sindacare la concreta attuazione del modello, quest'ultimo finirebbe per operare sulla base di regole cautelari predisposte da un soggetto privato (l'ente) e validate da un altro soggetto

³⁴ Sul punto V. Mongillo, *op. cit.*, 93 ss., secondo cui il modello «non può essere inteso come una pellicola protettiva apposta sull'organizzazione dell'ente una volta per tutte, o, peggio, come un supporto puramente cartaceo». Del resto, lo stesso art. 7 c. 4 lett. a d. lgs. 231/2001 prevede proprio che l'efficace attuazione del modello passi anche da "una verifica periodica e l'eventuale modifica dello stesso quando sono scoperte significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività".

privato (il certificatore, ancorché eventualmente sottoposto a controllo della pubblica autorità)³⁵.

Se infatti il ruolo del giudice dovesse essere limitato a valutarne solo l'efficace implementazione, risulterebbe chiaro che i percorsi cautelari condensati nel MOG, difettando una disciplina normativa che indichi con sufficiente determinatezza il loro contenuto, verrebbero *in toto* affidati ai privati. Inoltre, se pure si ammettesse la possibilità di sindacare anche il merito delle cautele predisposte, e non solo la loro attuazione, la certificazione verrebbe svuotata della sua ragione d'essere, finendo solamente per creare un nuovo ed artificiale mercato per i professionisti, tramite l'illusione che lo scudo protettivo predisposto *ex ante* si riveli anche *ex post* efficace³⁶.

In definitiva, la certificazione finirebbe per offrire una soluzione solo in apparenza soddisfacente, senza avere la forza di superare le incertezze che ruotano attorno all'assenza di cautele predeterminate.

Si badi bene, queste riflessioni non vogliono tradursi, come può sembrare, in una netta chiusura verso questo strumento, non potendosi negare che lo stesso, ove adottato, ha per lo più funzionato. Il riferimento è al sistema di prevenzione previsto dal d. lgs. 30.4.2008 n. 81 in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro (TUSL)³⁷. Tuttavia, non ci si può esimere dal sottolineare che tale sistema di certificazioni è stato implementato in un contesto che potremmo definire come "già cautelativizzato", dal momento che, come si darà conto nel prossimo paragrafo, il settore della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro si connota proprio per una più vigorosa positivizzazione e specificazione delle regole cautelari, sia a livello normativo, tramite i criteri di redazione del modello posti dal d. lgs. 81/2008 stesso (art. 30 co. 1), sia attraverso il richiamo a norme tecniche internazionali ed alle Linee Guida UNI-INAIL (art. 30 co. 5)³⁸.

³⁵ Così, G.M. Flick, *op. cit.*, 4036; V. Mongillo, *op. cit.*, 93-94; C. Piergallini, *Il modello organizzativo, cit.*, 386.

³⁶ Si veda in proposito quanto osservato da G.M. Flick, *op. cit.*, 4037 s. in merito alla regolarità dell'attestazione: l'Autore osserva come, tramite una lettura sostanzialistica del concetto di "regolare certificazione", previsto dalla riforma, la giurisprudenza potrebbe comunque giungere a disconoscere la certificazione anche nei casi in cui essa sia stata rilasciata nelle forme prescritte, laddove appai nei fatti inattendibile. In tal senso, oltre al sindacato sull'efficacia, si riaprirebbero spazi per un giudizio sull'idoneità stessa del modello. Ritiene illusoria la promessa di "non-responsabilità" del sistema delle certificazioni anche F. Mucciarelli, *op. cit.*, 1251 s.

³⁷ Sul punto si rimanda a M. Moscardini, *op. cit.*, 223, il quale riporta i dati contenuti nel quaderno dell'Osservatorio Accredia sulla sicurezza sul lavoro reperibile sul sito <https://www.inail.it/cs/internet/docs/all-quaderno-osservatorio-accredia-2018.pdf>, ove si evidenzia che, in media, nelle aziende certificate si assiste ad una riduzione della frequenza degli infortuni (circa del 16%), che nel 40% dei casi sono meno gravi rispetto a quelli che avvengono in imprese non certificate, pur specificando che l'entità di simili riduzioni varia poi sensibilmente a seconda del settore di attività.

³⁸ Sul punto cfr. F. Mucciarelli, *op. cit.*, 1253, il quale evidenzia che nel sistema delineato dal TUSL è comunque e sempre la legge a stabilire i requisiti di adeguatezza, sia pur attraverso il rinvio ad elaborati di carattere tecnico. Del resto, tornando a quanto già osservato in tema di rapporti fra colpa generica e specifica, osserva F. Donelli,

In definitiva, la certificazione, in tale settore, si inserisce in un sistema “multilivello” di fonti che concorrono a precisare il contenuto delle regole cautelari, ponendosi quindi a valle di un già ben avviato percorso di positivizzazione delle cautele³⁹.

Per questo si ritiene che il sistema delle certificazioni possa ben favorire l'adozione di modelli di *compliance*, a patto tuttavia di considerarlo come uno strumento altro e diverso rispetto alla necessità, profondamente avvertita nella *compliance* 231, di procedere ad una più incisiva specificazione delle regole cautelari che l'ente è chiamato ad osservare: se queste mancano, i problemi connessi all'incertezza delle decisioni giudiziali rischia di rimanere tale nonostante il ricorso a strumenti di certificazione⁴⁰.

3.2. Risulta chiaro allora che un'eventuale riforma, volta ad introdurre un sistema di validazione *ex ante* dei MOG, con contestuale riduzione della volatilità delle decisioni giudiziarie, intanto può essere utile, in quanto si sia provveduto, a monte, ad individuare e perimetrare le regole cautelari rilevanti nel settore.

Si ritorna così, in modo circolare, al problema iniziale, ossia quello dell'insufficiente concretizzazione dei criteri per la redazione e la valutazione dei MOG. Il motivo è presto detto: l'attuale formulazione degli artt. 6 e 7 nasce, da un lato, dalla necessità di contemperare la libera iniziativa privata (art. 41 Cost.) con l'eterointegrazione normativa della *corporate governance* finalizzata alla prevenzione dei reati; dall'altro, dalla condivisibile preoccupazione che fosse impossibile predisporre disposizioni più dettagliate, a causa del fatto che la disciplina 231 si rivolge a strutture organizzative, tipologie di enti, settori produttivi e categorie di reati troppo variegate e differenti per poter addivenire ad una vigorosa *reductio ad unum* già in punto di disciplina primaria.

Ed infatti, tale assunto trova conferma proprio nella circostanza che una maggiore concretizzazione delle cautele è sì già presente a livello normativo, ma limitatamente

op. cit., 76, che «il diritto penale del lavoro è una materia che non esiteremmo ad accostare alla categoria della colpa specifica, presentando un alto tasso di normazione di dettaglio e risultando di conseguenza (apparentemente) meno permeabile di altri settori al ragionamento proprio della colpa generica».

³⁹ Ed infatti, lo stesso progetto AREL prevedeva opportunamente anche una revisione dello stesso art. 6, introducendo sette prescrizioni di maggior dettaglio per l'adeguatezza organizzativa.

⁴⁰ Cfr. inoltre C. Piergallini, *Il modello organizzativo*, cit., 387 ss., il quale evidenzia proprio la diversità ontologica e funzionale fra il sistema di certificazioni e la colpa organizzativa delineata nella normativa 231, a causa del fatto che, se da un lato lo scopo del primo è quello di giungere ad una “neutrale codificazione dello stato dell'arte”, dall'altro mancano ancora conoscenze scientifiche consolidate che permettano una sicura progettazione delle cautele, sicché una loro cristallizzazione generalizzata tramite il sistema delle certificazioni finirebbe per portare ad una presunzione che, utilizzando le parole dell'Autore «poggia i piedi su un'isola (la codificazione dell'arte) che... non c'è». Cfr. anche Id., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit., 863.

a settori specifici, come quello per la prevenzione degli infortuni sul luogo di lavoro, ad opera del già citato art. 30 d. lgs. 81/2008.

Partendo dal presupposto che tale disciplina dev'essere letta in integrazione e non in sostituzione della *compliance* 231, si deve sottolineare come la normativa settoriale prevista dal TUSL proponga a tutti gli effetti un modello organizzativo che beneficia di un complesso di regole cautelari dotato di un maggior grado di concretezza e positivizzazione⁴¹.

Quanto ai rapporti fra il modello ex art. 30 TUSL e quello del d. lgs. 231/2001, la dottrina maggioritaria ritiene che essi si relazionino secondo un vero e proprio rapporto di contenenza, rilevando che il primo possa essere contenuto nella Parte Speciale del secondo, trattandosi di uno strumento di *compliance* specificamente rivolto alla tutela degli infortuni sul luogo di lavoro. In questo senso, il modello antinfortunistico dev'essere letto come uno strumento di rinforzo per la prevenzione delle fattispecie colpose di cui all'art. 25 septies d. lgs. 231/2001⁴².

Eppure, se in dottrina e nella prassi si rinvengono valutazioni tendenzialmente positive con riferimento all'impatto di tale disciplina, si concorda con chi afferma che il processo di formalizzazione delle cautele *ivi* avvenuta non risulti essere suscettibile di una applicazione generalizzata, prestandosi al più ad essere impiegata solo in quei settori, come quello in questione, nei quali l'idea della "prevenzione mediante organizzazione" risulta radicata e sviluppata già da tempo⁴³. Del resto, i Sistemi di Gestione della Sicurezza sul Lavoro (SGSL) possono giovare di varie fonti per l'individuazione delle regole cautelari, dal momento che, oltre al dato normativo del d. lgs. 81/2008, il co. 5 dell'art. 30 fa espressamente riferimento ad ulteriori strumenti di *soft law*, e più precisamente alle Linee Guida UNI-INAIL ed agli standard tecnici internazionali dati dalla BS OHSAS 18001:2007 (da poco ritirata per far posto alla nuova norma ISO 45001:2018)⁴⁴.

⁴¹ È di questo avviso S. Manacorda, *op. cit.*, 92.

⁴² Per approfondimenti in dottrina si rimanda, *ex multis*, a M. Moscardini, *op. cit.*, 218 ss.; P. Rivello, *Il modello "generale" di organizzazione e gestione delineato dal d. lgs. n. 231/2001 e quello "specifico" di cui all'art. 30 del d. lgs. n. 81/2008, valutato in correlazione al sistema di prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 1-bis/2021, 187 ss.; P. Serra, *I modelli di organizzazione nel settore della sicurezza sul lavoro (parte II)*, in *GM*, 2013, 2515 ss.

⁴³ Cfr. G. Marra, *Prevenzione mediante organizzazione e diritto penale. Tre studi sulla tutela della sicurezza sul lavoro*, Torino 2009, 177 ss.; S. Manacorda, *op. cit.*, 92.

⁴⁴ La migrazione dai vecchi standard BS OHSAS 18001 ai nuovi standard ISO 45001 rende invero obsoleto il richiamo contenuto nell'art. 30 co. 5 d. lgs. 81/2008, sicché in dottrina si è già opportunamente rilevata la necessità di un "aggiornamento della normativa del TUSL volta a richiamare i nuovi standard, ovvero eliminando il richiamo a standard specifici per far posto ad un richiamo "mobile" agli standard nazionali ed internazionali di riferimento. Sul tema si rimanda a M. Arena, *La rilevanza dei sistemi di gestione certificati OHSAS 18001 nei processi ex D.Lgs. 231/2001 in tema di sicurezza sul lavoro*, in *Rivista231*, 4/2019, 310; A. De Nicola, V. Mancosu, *Il rapporto tra il modello di organizzazione e gestione e il sistema di gestione della salute e sicurezza su luogo di*

Può pertanto rilevarsi che, in tale frangente, nonostante una maggiore concretizzazione delle cautele già presente a livello di *hard law*, si sia comunque dinanzi ad un sistema da un lato settoriale e di difficile generalizzazione e, dall'altro, improntato in ogni caso ad una integrazione delle regole preventive ad opera di diverse tipologie di fonti.

Ed infatti, una simile soluzione viene oggi prospettata, *de jure condendo*, anche per un altro settore, a sua volta caratterizzato dalla presenza di diverse fonti di *hard* e *soft law* che compongono una fitta trama di prescrizioni cautelari che, in parte, le imprese hanno già messo in atto.

Il riferimento è al settore agroalimentare, in relazione al quale l'attenzione si è progressivamente intensificata a causa del fatto che il 6 marzo 2020 è stato presentato alla Camera dei deputati il d.d.l. AC 2427 che, traendo spunto da un testo in precedenza formulato dalla Commissione istituita nel 2015 presso l'ufficio legislativo del Ministero della Giustizia, propone oggi un ambizioso progetto di riforma che, oltre a prevedere una riorganizzazione dei reati in materia alimentare, dovrebbe incidere anche sullo stesso d. lgs. 231/2001, predisponendo un modello organizzativo *ad hoc* per le imprese operanti nel settore agroalimentare⁴⁵.

Infatti, l'art. 5 del d.d.l. prevede l'aggiunta di un art. 6 *bis* al decreto 231, rubricato "modelli di organizzazione dell'ente qualificato come impresa alimentare", caratterizzato proprio da una più incisiva specificazione dei requisiti del modello (co. 1 e 2), nonché una disposizione *ad hoc* per le piccole e medie imprese (co. 3). Inoltre, pur se la riforma non vi fa espresso riferimento, i criteri previsti dal legislatore rimandano indirettamente ad un complesso di norme, strumenti di *soft law* internazionale e di standardizzazione privata, nonché al ben noto sistema di HACCP, in grado di fornire preziose indicazioni per la costruzione del modello, in armonia con uno statuto della colpevolezza dell'ente (agroalimentare) fondato su un sistema di regole cautelari sufficientemente riconosciute e positivizzate⁴⁶.

lavoro: lo "strano" caso dell'art. 30, D. Lgs. 81/2008, in www.giurisprudenzapenale.com, 1-bis/2021, 211 ss.

⁴⁵ Per un più approfondito esame delle principali modifiche relative ai reati agroalimentari si rimanda a D. Castronuovo, *La riforma dei reati a tutela della salute pubblica e della sicurezza alimentare. Appunti sul d.d.l. 2427*, in www.sistemapenale.it, 4/2020, 165 ss. Per un'analisi specifica delle modifiche proposte in tema di *compliance* 231 cfr. invece C. Catrini, *Riflessioni sulla codifica di un "peculiare" modello di gestione e organizzazione per il comparto agroalimentare: limiti attuali, prospettive di riforma e spunti comparatistici*, in www.giurisprudenzapenale.com, 1-bis/2020, 427 ss.; nonché sul testo presentato dalla Commissione Caselli, M. Donini, *Il progetto 2015 della Commissione Caselli. Sicurezza alimentare e salute pubblica nelle linee di politica criminale della riforma dei reati agroalimentari*, in www.penalecontemporaneo.it, 1/2016, 4 ss. Con riferimento alle più rilevanti Linee Guida operative nel settore agroalimentare, infine, si rimanda a A. Natalini, *231 e industria agroalimentare*, Pisa 2017, 93 ss.

⁴⁶ Oltre ai criteri contenuti nell'art. 6 *bis*, infatti, preziosi riferimenti per la costruzione dei MOG si rinverrebbero, a titolo d'esempio, e senza la pretesa di una elencazione esaustiva: a) quanto agli strumenti di *hard law*, nel d. lgs. 15.12.2017 n. 231 (per le informazioni sugli alimenti), nel Reg. 178/2002/UE (per la c.d. tracciabilità dei

Trattasi pertanto di una riforma che, se da un lato ha il pregio di ancorare la colpevolezza dell'ente a criteri normativi più specifici rispetto all'attuale normativa 231, dall'altro si inserisce in un sistema già altamente procedimentalizzato, in cui l'attenzione alla positivizzazione di regole cautelari è da tempo elevata.

Pertanto, l'esperienza del TUSL, unitamente alle prime impressioni che affiorano dall'analisi del d.d.l. in materia di reati agroalimentari, sembra confermare l'opinione secondo cui una differenziazione dei MOG, già in punto di *hard law* risulterebbe opportuna: una maggiore concretizzazione delle regole cautelari già sul piano legislativo favorirebbe infatti una migliore tenuta dei MOG in sede giudiziaria. Eppure è facile – e corretto – osservare come questo percorso sembri difficilmente praticabile, sia perché appare fin troppo ottimistico pensare ad una riforma che, già in punto di legge ordinaria, individui diversi modelli organizzativi per ogni singolo settore produttivo, ovvero per singole categorie di reati; sia a causa del fatto che, a parere di chi scrive, soluzioni come quelle soprariportate sono potute gemmare in contesti dove le cautele risultano già altamente proceduralizzate.

Del resto, questi primi vent'anni di vita del d. lgs. 231/2001 sembrano confermare quanto attenta dottrina scriveva già ormai una decade fa, ossia che se certamente risulta auspicabile un «recupero di incisività dell'*hard law* in materia, onde accrescere il livello di tassatività e certezza complessiva del sistema», tuttavia essa rimane caratterizzata da un «margine incomprimibile di genericità [...] che può essere ridotto in modo significativo solo attraverso l'emersione delle *leges artis*»⁴⁷.

Pertanto, occorre “scendere di livello”, e volgere lo sguardo anche al piano della *soft* e delle buone pratiche.

3.3. Quanto alla *soft law*, giova preliminarmente sottolineare che attraverso tale concetto si designa un fenomeno complesso e variegato di strumenti di regolazione (Linee Guida, codici etici, di autoregolamentazione e deontologici), di iniziativa tanto pubblica quanto privata, privi di una forza precettiva o cogente, e tuttavia in grado di esercitare una c.d. vincolatività indiretta⁴⁸. Il principale vantaggio legato a tali

prodotti), nel d. lgs. 9.11.2007 n. 193 (per i controlli relativi alla sicurezza alimentare); b) quanto agli strumenti di *soft law*, nel *Codex Alimentarius* (contenente un insieme di Linee Guida e *best practices* standardizzate a livello internazionale in tema di sicurezza alimentare e protezione del consumatore), nelle norme UNI EN ISO 22005:2008 e EN ISO 9001:2015 (relative alla tracciabilità nelle filiere agroalimentari); c) di procedure di autocontrollo, come il sistema *Hazard Analysis Critical Control Point* (HACCP), di derivazione eurocomunitaria (originariamente previsto dalla Direttiva 1993/43/CEE, recepita dal d. lgs. 13.6.1997 n. 155, poi sostituita dal REG CE 852/2004, attuato dal d. lgs. 193/2007. Per un'esaustiva analisi tanto dei singoli criteri previsti dall'art. 6 bis quanto dei vari strumenti, nazionali e internazionali, di *hard* e *soft law*, operativi nel settore agroalimentare si rimanda a C. Catrini, *op. cit.*, 435 ss.

⁴⁷ Così, V. Mongillo, *op. cit.*, 99.

⁴⁸ Con specifico riferimento alle Linee Guida di categoria cfr. *ibidem*, 79, che evidenzia che esse costituiscono

strumenti riposa essenzialmente nella flessibilità delle discipline in essi contenute, in grado di adattarsi più rapidamente all'evoluzione economica e sociale rispetto alle fonti di *hard law*, poiché suscettibili di rapido aggiornamento. Proprio in virtù di tale caratteristica, l'utilizzo di strumenti di *soft law* dovrebbe favorire l'adozione di MOG dotati di maggiore concretezza ed effettività, in particolare fornendo indicazioni più dettagliate circa l'individuazione di procedure cautelari per la prevenzione dei reati nei contesti aziendali, differenziate anche in base ai singoli settori merceologici in cui le imprese svolgono la propria attività⁴⁹.

Delle potenzialità di tali strumenti, del resto, è consapevole anche lo stesso legislatore. Non solo perché le più rilevanti disposizioni in tema di *compliance* 231 richiedono che il sistema dei modelli organizzativi per la prevenzione di reati si debba fondare sull'integrazione del dato normativo primario (*hard law*) tramite forme di regolamentazione di natura tecnica e privatistica (*soft law*)⁵⁰. Ma anche in quanto alcune indicazioni normative si colgono – oltre che nel TUSL e nel d.d.l. poc'anzi citati – già nella stessa normativa 231. L'ovvio riferimento è al comma terzo dell'art. 6, secondo cui “i modelli di organizzazione e di gestione possono essere adottati, garantendo le esigenze di cui al comma 2, sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti, comunicati al Ministero della giustizia che, di concerto con i Ministeri competenti, può formulare, entro trenta giorni, osservazioni sulla idoneità dei modelli a prevenire i reati”. Tale richiamo alle Linee Guida redatte dalle associazioni rappresentative testimonia infatti la loro centralità in tema di *compliance*, sia in quanto espressione di prassi di settore, sia come criteri interpretativi per l'Autorità Giudiziaria⁵¹.

Se tuttavia non si dubita del fatto che si tratti di strumenti rilevanti per il settore qui analizzato, permane tuttavia il dubbio di quale sia concretamente la loro rilevanza, dal momento che l'art. 6 co. 3 si presenta come un vero e proprio lavoro “lasciato a metà”: da un lato, al fine di evitare di considerare tale disposizione come lettera morta, appare chiaro che le predette Linee Guida debbano assumere una qualche valenza che vada oltre a quella di mero orientamento delle imprese; dall'altro, avendo omesso

forme di “autoregolamentazione privata rafforzata” che, pur non arrivando alla stessa imperatività della *hard law*, non sono neppure prive di rilievo giuridico.

⁴⁹ In questo senso F. Assumma, *op. cit.*, 505 s.

⁵⁰ Cfr. B. Assumma, *op. cit.*, 197 ss.; F. Assumma, *ibidem*, che opportunamente evidenziano come il ricorso a strumenti di *soft law* ad integrazione di discipline legislative risulta essere un fenomeno affatto nuovo nell'ordinamento giuridico italiano, richiamando in questo senso i contratti collettivi di lavoro; la rilevanza delle Linee Guida e delle *best practices* per l'esclusione della responsabilità penale del medico; il Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del COVID-19 negli ambienti di lavoro; alcune tipologie di Linee Guida, pareri o istruzioni emessi da Autorità amministrative indipendenti (come ad es. l'ANAC, il Garante per la privacy, etc.); e così via.

⁵¹ Cfr. sempre B. Assumma, *op. cit.*, 198 s.

qualsiasi riferimento circa la loro valenza con riferimento al giudizio di idoneità ed efficacia, esse vengono ritenute, al più, in grado di imporre al giudice una motivazione rafforzata a fronte di modelli ad esse conformi, alla stregua di meri indicatori di idoneità preventiva, negandone di conseguenza la natura di presunzione *juris tantum*. Del resto, la sostanziale inutilità delle Linee Guida ai fini del giudizio di idoneità ed efficacia è un'affermazione ricorrente in dottrina, che trova conferma anche sul sito del Ministero della Giustizia, ove si sottolinea che, in ogni caso, la tenuta giudiziale dei MOG rimane oggetto di autonoma valutazione da parte del giudice⁵².

A tali criticità tentò di porre soluzione la proposta di riforma Della Vedova che, diversamente dal progetto redatto dall'AREL, mirava a potenziare lo strumento delle Linee Guida stabilendo una presunzione relativa di idoneità dei MOG ad esse conformi⁵³. Eppure anche tale proposta è andata incontro a penetranti critiche, essendosi rilevato come una simile modifica avrebbe solo in apparenza fornito maggior certezze agli enti, in quanto l'esperienza applicativa della normativa 231 ha dimostrato che la predisposizione di Linee Guida e codici etici rappresenterebbe al più un primo passo per la costruzione di adeguate cautele, rivelandosi tuttavia insufficienti a fornire prescrizioni certe e puntuali sia in punto di redazione che di valutazione dei MOG. Al contrario, si è rilevato come tali strumenti possano al più risultare utili per individuare i principi che governano le cautele, senza tuttavia avere la forza di selezionare singole e specifiche procedure preventive. In particolare, se ne è rilevata l'utilità ai fini della

⁵² In dottrina, pur riconoscendo alle Linee Guida un ruolo propulsivo e una funzione pedagogica nei confronti delle imprese, se ne evidenzia tuttavia la scarsa utilità, non trattandosi di strumenti *realmente* spendibili in sede processuale. Cfr. M. Colacurci, *op. cit.*, 78 ss.; S. Manacorda, *op. cit.*, 87, il quale inoltre evidenzia come la procedura di approvazione delle Linee Guida da parte del Ministero, disciplinata dagli artt. 5 e ss. d.m. 4.8.2003 n. 2003, assuma a conti fatti una valenza meramente cartolare, non condizionandone in ogni caso la rilevanza pratica e limitandosi al contrario a consentirne semplicemente la diffusione fra gli enti rappresentati, 83 ss.

⁵³ Fra le varie modifiche, si proponeva la sostituzione dell'art. 6 co. 3 con la seguente formulazione: "fino a prova contraria, si presumono avere efficacia esimente dalla responsabilità amministrativa degli enti i modelli di organizzazione e di gestione definiti conformemente alle indicazioni contenute nelle Linee Guida ovvero nei codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti e comunicati al Ministero della Giustizia.

Il Ministero della Giustizia, di concerto con i Ministeri competenti, può formulare, entro trenta giorni dalle comunicazioni (sia in ipotesi di nuove Linee Guida o nuovi codici di comportamento sia in caso di modifica e/o aggiornamento degli stessi), osservazioni sulla idoneità di tali Linee Guida o codici di comportamento. Il Ministero della Giustizia indica le regole procedurali che si dovranno seguire in occasione di tali comunicazioni". Per un più ampio commento alla riforma si rimanda a M. Pansarella, *Proposta di legge n. 3640: modifiche al d.lgs. 231/2001 incluse ed escluse*, in *Rivista231*, 1/2011, 163 ss. In ogni caso, si segnalano anche diverse voci favorevoli ad una maggiore valorizzazione delle Linee Guida in prospettiva *de jure condendo*. Cfr. l'intervento di G. Del Vecchio, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n.231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, a cura di A.M. Stile, V. Mongillo, G. Stile, Napoli 2013, 115 ss., il quale propone di mantenere l'attuale inversione dell'onere della prova nei soli casi di MOG non conformi ai Codici di comportamento; cfr. inoltre, da ultima, F. Assumma, *op. cit.*, 508 ss., che suggerisce una più vigorosa valorizzazione delle Linee Guida, proponendone anche una differenziazione per singoli settori merceologici.

predeterminazione dei principi rilevanti per la Parte Generale del modello, secondo un *principle oriented approach*.

In definitiva, le Linee Guida potranno essere recepite *in toto* per quanto riguarda il piano della metodologia di intervento, dei principi (come quello della segregazione delle funzioni) e dei criteri orientativi, ma non potranno spingersi oltre, risultando strutturalmente inadeguate a fornire un valido parametro di giudizio⁵⁴.

Lasciando per dopo valutazioni più incisive, pare tuttavia di poter già da ora sottolineare che, anche fra gli Autori che hanno escluso che le Linee Guida possano rappresentare *la* soluzione al problema dell'idoneità ed efficacia dei MOG, è tuttavia possibile enucleare due diversi piani di valutazioni: un primo, per lo più negativo, circa la loro incapacità di fornire precise e determinate cautele utili a riempire i modelli di contenuto, ed un secondo, positivo, circa il ruolo pedagogico/orientativo/di indirizzo che le stesse hanno fornito – e tutt'ora forniscono – alle imprese, capaci sia di favorire lo sviluppo di una cultura della legalità di impresa, sia di incentivare quest'ultime all'adozione di modelli che non risultino meramente cartolari, favorendo lo sviluppo di procedimenti cautelari anche in concreto più effettivi⁵⁵.

Pertanto, pur essendo dotati di un grado di precisione certamente maggiore rispetto ai criteri previsti dalla normativa primaria – anche in considerazione del fatto che le associazioni di categoria redigono Linee Guida differenziate in base ai singoli settori produttivi e merceologici, con il risultato di fornire criteri di intervento più precisi rispetto a quelli sanciti dal d. lgs. 231/2001 – anche gli strumenti di *soft law* presentano una insopprimibile carenza contenutistica con riguardo ai singoli protocolli, cautelari e procedurali, che in concreto l'impresa deve adottare, sicché, di tale aspetto, si sono fatte carico direttamente le imprese.

3.4. Si giunge infine all'ultimo gradino, quello delle buone pratiche, che, a conti fatti, risulta essere anche il più difficile da perimetrare. Non solo bisogna preliminarmente definire cosa s'intenda con tale concetto, ma risulta anche necessario

⁵⁴ Evidenzia positivamente la validità delle Linee Guida sul piano dei principi e delle modalità di intervento B. Assumma, *op. cit.*, 199; ne sottolineano l'inutilità a spingersi oltre, fra gli altri S. Manacorda, *op. cit.*, 87 e 90 ss., secondo cui le Linee Guida rappresentano «uno strumento di *armonizzazione debole o del minimum standard, diretto agli enti più che al giudice*»; V. Mongillo, *op. cit.*, 79 ss., il quale efficacemente osserva anzi che un modello che contenga una semplice reiterazione dei contenuti delle Linee Guida condurrebbe inevitabilmente ad un giudizio sfavorevole, fondato proprio sulla sua eccessiva genericità.

⁵⁵ Si assiste infatti oggi ad una maggiore attenzione, nella predisposizione dei MOG, a principi e criteri direttivi quali la già citata necessità di segregazione delle funzioni (autorizzative, contabili e operative), la tracciabilità e la documentazione dei processi decisionali; l'attività di informazione e formazione del personale coerente con i codici etici e di comportamento relativi a singole fattispecie o categorie di reati presupposto e così via. Maggior attenzione che, di conseguenza, favorisce la creazione di MOG dalle maggiori capacità preventive rispetto a quelli adottati in contesti dove risultano assenti criteri, principi e metodologie di intervento.

comprende quali siano le condizioni e i criteri per la loro individuazione, specialmente in un settore dove le indicazioni normative risultano troppo generiche e la giurisprudenza (anche dopo vent'anni di esperienze applicative) ancora troppo scarna. Eppure, nonostante le varie incertezze che inevitabilmente aleggiano attorno alle c.d. buone pratiche, diversi autori ne sottolineano le potenzialità proprio per la costruzione e la tenuta giudiziaria dei MOG.

Ma procediamo con ordine. In via di prima approssimazione, con il termine "buone pratiche" si rimanda a quell'insieme di regole, procedure e comportamenti che, se organizzati in modo diffuso e sistematico, possono costituire un paradigma per favorire il raggiungimento di migliori risultati in un determinato settore. Con specifico riferimento ai modelli organizzativi poi, esse possono essere più precisamente identificate in quel complesso di regole cautelari, rappresentanti la miglior scienza ed esperienza che, secondo parte della dottrina, potrebbero favorire, secondo un approccio metodologico di tipo induttivo, l'adozione di modelli più efficienti, a monte, nonché criteri orientativi per il giudizio di idoneità ed efficacia, a valle⁵⁶.

In particolare, la valorizzazione delle *best practices* sarebbe possibile tramite una prima attività di *discovery* dei modelli 231 già esistenti – e suddivisi per settori omogenei e/o omologhe attività di rischio – ed una successiva redazione di modelli pilota⁵⁷.

Ora, si è in effetti convinti che quella della valorizzazione delle buone pratiche sia la strada da percorrere, a meno di non voler cedere, in ottica di riforma, ad un ripensamento profondo e strutturale di *tutta* la disciplina della responsabilità degli enti. Infatti, la specificazione delle cautele attraverso un'indagine che selezioni le migliori fra tutte le procedure già in vigore nelle singole realtà aziendali e le condensi in cataloghi guida, utili alle imprese e all'Autorità giudiziaria – oltre ad apparire coerente con le finalità della decreto 231, che favorisce l'auto-normazione delle aziende a discapito dell'etero-normazione – potrebbe finalmente portare entrambe queste categorie a divenire definitivamente fruitrici, e non solo creatrici, di regole cautelari.

Eppure, il problema sta proprio qui: se è vero che le *leges artis* rappresentano una sintesi delle migliori prassi, esperienze e conoscenze, è anche vero che esse, se non

⁵⁶ Evidenziano l'importanza di questo strumento, in particolare, M. Colacurci, *op. cit.*, 79; V. Mongillo, *op. cit.*, 81 ss.; C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, pt. 2, cit., 867; Id., *Il modello organizzativo*, cit., 392 ss.

⁵⁷ Cfr., più diffusamente, C. Piergallini, *ibidem*, 865 ss. Cfr. inoltre V. Mongillo, *op. cit.*, 82, secondo cui, ai fini dell'emersione delle *leges artis*, sarebbe opportuno analizzare: i principi e le regole di corretta organizzazione in ottica comparata, ossia in quelle legislazioni che abbiano adottato legislazioni imperniate sui *compliance programs*; atti normativi; Linee Guida e raccolte di *best practices* redatte per singoli reati da organismi internazionali o da associazioni non governative particolarmente qualificati; *standard* accreditati a livello nazionale e sovranazionale; norme di comportamento redatte da ordini professionali; la giurisprudenza sviluppatasi in materia.

preventivamente selezionate e “isolate” rispetto alle restanti pratiche vigenti in un dato settore, potranno essere individuate dal soggetto agente, l'ente, solo facendo ricorso alle proprie esperienze ed al proprio giudizio, ossia, in definitiva, operando una selezione improntata a canoni di diligenza, prudenza e perizia. In altri termini, recuperando quell'impostazione dottrinale esposta nel par. II, risulta chiaro che solo attraverso una puntuale formalizzazione le *leges artis* potranno effettivamente transitare dal terreno della colpa generica a quello della colpa specifica. La domanda sorge allora spontanea: come si realizza questo passaggio, variamente definito come emersione/positivizzazione/formalizzazione delle *best practices*?

La questione non è di poco conto, dal momento che non vi sono indicazioni positive che possano agevolare questo percorso: non soccorrono a colmare questa lacuna né il piano normativo, stante l'eccessiva genericità degli strumenti di *hard law*, né tantomeno quello giudiziario, dove, nonostante le due decadi di vita del decreto 231, «si coglie una certa difficoltà a confrontarsi con categorie normative così complesse come quelle delineate in relazione ai modelli di organizzazione»⁵⁸. Per quanto concerne il fronte giurisprudenziale, in particolare, è infatti ormai tramontata l'illusione che lo stratificarsi di pronunce avrebbe contribuito al consolidamento di criteri orientativi per la redazione dei MOG.

Tale ultimo aspetto è in particolare vero se si considera il numero ancora esiguo di sentenze della Corte di Cassazione che si sono occupate della questione. Dato, quest'ultimo, che trova diverse spiegazioni.

Anzitutto, a causa del fatto che l'adeguatezza del modello potrebbe emergere già in una fase precedente al giudizio, come oggetto di una valutazione autonoma da parte del PM, senza però che essa si sostanzi in un provvedimento pubblico e motivato⁵⁹, e questo per due motivi. *In primis*, in quanto l'archiviazione potrebbe essere disposta proprio sulla scorta di un giudizio di adeguatezza del modello da parte della Pubblica Accusa in fase di primo accertamento. *In secundis*, poiché si registra, per quanto riguarda il momento dell'esercizio dell'azione a carico dell'ente, una tendenziale attenuazione del principio di obbligatorietà e, pertanto, non si assiste ad una sistematica imputazione degli illeciti nei confronti degli enti⁶⁰.

Ma anche a voler tacere di tale primo aspetto, non ci si può esimere dal sottolineare come il già richiamato senso di sfiducia circa la tenuta giudiziale dei MOG si sia tradotto in una vera e propria “fuga dal dibattito” – e quindi dalla sentenza –

⁵⁸ Così S. Manacorda, *op. cit.*, 71.

⁵⁹ *Ibidem*, 76.

⁶⁰ Sul punto, cfr. anche quanto osservato in dottrina circa l'istituto dell'archiviazione diretta da parte del PM, A. Bernasconi, *I profili della fase investigativa e dell'udienza preliminare*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Padova 2004, 306 ss.; M. Ceresa-Gastaldo, *L'accertamento dell'illecito*, in Aa. Vv., *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, Padova 2004, 150 ss.

da parte degli enti, che spesso optano strategicamente per il patteggiamento (art. 63 d. lgs. 231/2001), così trasformando l'esborso economico ad esso legato in un vero e proprio "costo d'impresa"⁶¹.

Pertanto, appurato che tanto il dato normativo quanto quello prasseologico non sono d'aiuto, chi propone una valorizzazione delle *best practices* si è anche speso per individuare quali dovrebbero essere gli attori deputati alla loro emersione e proporre una procedimentalizzazione per la loro emersione. In proposito, si è evocata, non a torto, la necessità di un "approccio multiagenziale", in cui soggetti pubblici, come il Ministero della Giustizia o le Autorità di Vigilanza, e privati, come le associazioni di categoria, concorrano per identificare, elaborare ed aggiornare principi e protocolli di prevenzioni diversificati per categorie di reato e settori omogenei di attività⁶². In questo contesto, un ruolo di primo piano dovrebbe poi essere svolto, in particolare, proprio dalla componente privatistica⁶³.

4. Risulta a questo punto chiaro che quello della positivizzazione delle cautele si presenta come un progetto tanto ambizioso quanto di difficile realizzazione, specie per quanto riguarda la ricognizione dell'ultimo livello delle fonti cautelari, quello delle migliori prassi, presentando diverse problematiche, oltre a quanto già accennato nel precedente paragrafo.

Si è già detto infatti che si ritiene sia questo il percorso da intraprendere, a meno di non voler ripensare *in toto* l'intero modello di responsabilità degli enti. Eppure, per poter efficacemente partire "dal basso", individuando e formalizzando le *best practices* in protocolli cautelari pilota, si ritiene necessario spendere ancora qualche parola sul reale ruolo da assegnare, in questo percorso, alle fonti di *hard* e *soft law*.

Quanto ai secondi, già si è dato conto dell'opinione secondo cui detti strumenti sarebbero inadatti a fornire un'adeguata risposta alle incertezze legate al giudizio di idoneità ed efficacia⁶⁴.

Eppure, si è visto, gli stessi Autori che ne criticano l'utilità non mancano di riconoscerne anche un ruolo propulsivo, evidenziandone la funzione pedagogica e orientativa per le imprese⁶⁵. Tale aspetto, richiamato per lo più al fine di ridimensionare la portata di tali strumenti, si rivela invece, a parere di chi scrive,

⁶¹ Sul punto si rimanda, per maggiori approfondimenti, a M. Riccardi, M. Chilosi, *La messa alla prova nel processo "231": quali prospettive per la diversion dell'ente?*, in *DPC*, 10/2017, 76 s.

⁶² Così V. Mongillo, *op. cit.*, 100. Cfr. anche S. Manacorda, *op. cit.*, 109.

⁶³ Evidenzia il ruolo fondamentale delle associazioni rappresentative di categoria per lo sviluppo di una "standardizzazione cautelare", C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale, pt. 2, cit.*, 866 s.; Id., *Il modello organizzativo, cit.*, 393.

⁶⁴ Cfr. par. 3.3.

⁶⁵ S. Manacorda, *op. cit.*, 87; V. Mongillo, *op. cit.*, 80.

determinante ai fini di gettare le basi per un corretto percorso di emersione e standardizzazione delle cautele.

Ciò in quanto tale processo non può che svilupparsi attraverso un'influenza circolare e reciproca fra strumenti di *hard law*, *soft law* e buone pratiche. Posto che la legge primaria difficilmente potrà spingersi tanto oltre nel determinare criteri di idoneità sufficientemente predeterminati, se non in contesti, come quello agroalimentare o della sicurezza sul lavoro, già altamente proceduralizzati, la necessità che emerge è allora quella di valorizzare maggiormente le altre possibili fonti cautelari, e non solo quelle che, a vario titolo, compongono la categoria delle *best practices*.

Nello specifico, nel rispetto dei limiti normativi – necessariamente elastici – l'elaborazione di codici di comportamento e Linee Guida, favorendo lo sviluppo e la diffusione della cultura della *compliance* di prevenzione da reato e la legalità d'impresa, consentono, in potenza, l'emersione di singoli modelli in concreto più complessi ed efficaci. Conseguentemente, il moltiplicarsi dei MOG nelle imprese agevolerebbe anche la stessa ricognizione delle migliori pratiche, avendo più modelli a disposizione da poter studiare e categorizzare a questo fine. Ma v'è di più: se, come detto, le *best practices* possono svolgere un ruolo determinante sul piano del giudizio di idoneità ed efficacia solo ove si proceda ad una loro formalizzazione, risulta chiara la necessità di una loro "cristallizzazione" in veri e propri modelli pilota. Se questo è corretto, si deve tuttavia sottolineare che un simile processo non può che risolversi nella produzione di documenti che siano accessibili agli operatori coinvolti. Documenti che, se dovranno essere dotati di una qualche rilevanza, non potranno che assumere anch'essi le fattezze di strumenti di *soft law*, in un flusso circolare di informazioni che da qui riparte, influenzando l'adozione di futuri MOG, in una "costante circolazione dei saperi"⁶⁶. Infine, deve segnalarsi che, se si condivide quanto sopra riportato, oltre ad un'influenza reciproca fra Linee Guida e buone pratiche, quest'ultime, una volta positivizzate, si differenzerebbero dalle prime solamente per il dato contenutistico (principi e metodologie generali d'intervento per le Linee Guida – prassi virtuose e consolidate per i modelli pilota), essendo redatte dagli stessi soggetti ed avendo, quantomeno *de jure condito*, la stessa rilevanza.

V'è quindi da chiedersi se, in prospettiva *de jure condendo*, non si renda necessario fare normativamente riferimento, oltre che alle Linee Guida, anche alle *best practices*, così come condensate in modelli pilota redatti dalle associazioni di categoria. Ossia, in altri termini, intervenendo sull'art. 6 co. 3 d. lgs. 231/2001, vera e propria norma incompiuta, inserendovi al suo interno un espresso riferimento ai modelli pilota,

⁶⁶ Cfr. C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, pt. 2, cit., 867.

redatti dagli stessi soggetti che negli ultimi decenni si sono spesi nella realizzazione delle Linee Guida che, tutt'ora, svolgono un ruolo di orientamento per le imprese⁶⁷.

Allo stesso tempo, è impensabile che una soluzione come questa possa funzionare senza un'adesione sostanziale da parte della giurisprudenza, a meno di non intervenire, *de jure condendo*, nel senso di valorizzare l'adozione di MOG conformi a tali strumenti anche in sede di valutazione giudiziale, ossia, in definitiva, recuperando quella tanto vituperata presunzione di conformità che la proposta Della Vedova avanzava con riferimento alle Linee Guida, ricollegandola invece ai c.d. modelli pilota⁶⁸. I limiti e le criticità di tale soluzione sono ben noti. Allo stesso tempo, una presunzione relativa (e quindi vincibile), fondata su parametri più specifici rispetto alle Linee Guida (le *best practices*), consentirebbe di salvaguardare l'autonomo vaglio giudiziale dotando comunque l'ente di un ulteriore strumento difensivo.

La proposta non è certamente immune da critiche. Tuttavia, pare a chi scrive che, a meno di non voler mettere mano alle fondamenta stesse della responsabilità dell'ente, sembra essere questa la strada da percorrere.

Senza dilungarsi ulteriormente sulle modalità attraverso cui tale percorso dovrebbe svolgersi, già presentato da dottrina ben più autorevole⁶⁹, s'intende qui soffermarsi brevemente su alcune questioni ancora poco attenzionate dal dibattito giuridico, ed in particolare sugli ambiti oggettivo e soggettivo dei modelli pilota. In altri termini, su quali siano i soggetti deputati a redigerli e quale sia il "grado di dettaglio" che essi, dal punto di vista contenutistico, devono raggiungere, in un difficile bilanciamento fra concretezza del modello e necessità che esso risulti comunque fruibile, ed adattabile, ai singoli contesti imprenditoriali.

Quanto al primo punto, si è convinti che gli attori principali non possano che essere rappresentati dalle associazioni di categoria, ossia quei soggetti che, meglio degli altri, possono "tastare il polso" degli enti e, allo stesso tempo, interloquire con il Ministero della Giustizia (riprendendo il dettato dell'art. 6 co. 3), ovvero con le Autorità amministrative deputate a vigilare sui settori più rilevanti (ANAC, Consob, etc.). Eppure, si è al contempo consapevoli che quella di "associazioni rappresentative degli enti" è una nozione a geometrie variabili, nella quale rientrano realtà molto diverse. Non solo si tratta di soggetti che operano nei settori produttivi più disparati,

⁶⁷ Del resto, la rilevanza tanto delle Linee Guida quanto delle buone pratiche ai fini del giudizio sulla colpa è un fenomeno affatto nuovo nel nostro ordinamento, essendosi consolidata in ambito medico già con l'entrata in vigore della l. 8.11.2012 n. 189 (c.d. Legge Balduzzi) e ulteriormente valorizzata dalla L. 8.3.2017 n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco).

⁶⁸ In proposito, essendo quella della valorizzazione delle *best practices* e dei modelli pilota una soluzione avanzata e discussa dalla dottrina da ormai una decade, la sensazione è che tale percorso, astrattamente praticabile anche senza una riforma della normativa 231, possa invero essere intrapreso solo tramite un intervento, a monte, da parte del legislatore stesso.

⁶⁹ Il riferimento è, in particolare a C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale, pt. 2, cit.*, 865 ss.

ma tale concetto accomuna anche associazioni dotate di gradi di rappresentatività profondamente diversi, nonché di caratteristiche territoriali differenti (nazionale, regionale e financo territoriale). La questione è allora anche quella di comprendere se tutti o solo alcuni di questi attori debbano essere coinvolti in questo ambizioso compito. Se infatti le associazioni nazionali sembrano essere quelle più adatte ad interloquire con i soggetti pubblici, quelle territoriali, dal canto loro, possono risultare maggiormente in grado di cogliere le specificità di singoli settori produttivi fortemente legati al territorio, notoriamente diffusi nel nostro Paese, e, in definitiva, di redigere efficaci modelli pilota, che racchiudano le *best practices* del settore di riferimento⁷⁰.

Sempre sul fronte soggettivo, la presenza di molteplici attori potrebbe comportare inoltre un problema di coordinamento, non potendosi escludere l'eventualità di modelli pilota che, sebbene rivolti agli stessi soggetti, presentino tuttavia contenuti non coincidenti, o addirittura contrastanti, specialmente a fronte di modelli redatti al contempo da associazioni nazionali e territoriali⁷¹. Pertanto, la domanda da porsi è come risolvere eventuali antinomie fra modelli pilota, unitamente alla necessità di comprendere se a prevalere, in caso di contrasto, dovrebbe essere il modello predisposto dall'associazione nazionale, poiché sulla carta dotata di un più elevato grado di rappresentatività, ovvero da quelle territoriali, poiché potenzialmente più in grado di adottare prescrizioni "vicine" al tessuto imprenditoriale e, di conseguenza, caratterizzate da un maggior grado di concretezza⁷².

In secondo luogo, risulta necessario comprendere come diversificare i protocolli di prevenzione fondati sulle *best practices*, i quali possono variare non solo in relazione alle tipologie di illeciti da prevenire, ma anche in forza di numerose altre circostanze. Risulta infatti chiaro che un modello pilota che abbia la pretesa di fornire indicazioni rivolte a qualsiasi ente ed indifferentemente dal settore produttivo di riferimento, finirebbe per essere con ogni probabilità troppo vago, generico e, in definitiva, inutile.

Per questo, in dottrina si sono proposte diverse forme di differenziazione, da intendersi come cumulative e non come alternative: per tipologie di illecito (reati agroalimentari; tributari; societari; e così via); per settori merceologici omogenei; per

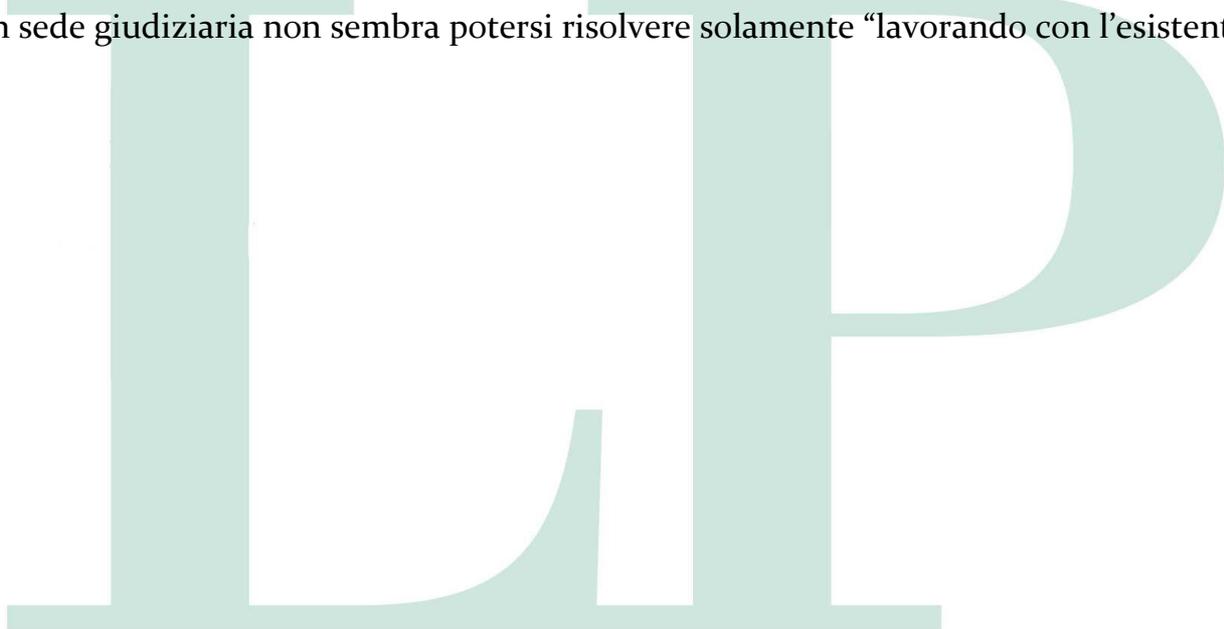
⁷⁰ Allo stato dell'arte, anche associazioni rappresentative non nazionali si sono viste approvare Linee Guida ai sensi dell'art. 6 co. 3 d. lgs. 231/2001 da parte del Ministero della Giustizia. L'elenco di tali associazioni è consultabile sul sito del Ministero stesso, https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_17_3_2.page.

⁷¹ Problema che è invece difficilmente riscontrabile con riferimento alle Linee Guida, trattandosi di strumenti che si arrestano per lo più, come visto, a livello di principi operativi.

⁷² Dovendo sbilanciarsi, si ritiene che le seconde siano quelle maggiormente in grado di operare questa selezione, dovendosi rivolgere – ed interloquire – con gruppi di enti sostanzialmente omogenei, per struttura, attività e settore merceologico. In questo senso, gli enti rappresentativi di rilevanza nazionale potrebbero continuare a svolgere un ruolo decisivo nella produzione di strumenti più generali, come le Linee Guida, mentre le associazioni territoriali sarebbero maggiormente in grado di riconoscere specifiche problematiche nell'implementazione dei MOG che, ragionando altrimenti, rischierebbero di essere lasciate a sé stesse.

livelli di complessità organizzative (enti di piccole, medie e grandi dimensioni)⁷³. A questi, si ritiene di dover aggiungere anche differenziazioni basate sul “tipo societario” adottato (società di capitali, cooperative, etc.), ovvero in relazione alle ipotesi di collaborazione fra più enti (l'attenzione, in proposito, si è quasi esclusivamente rivolta ai gruppi d'impresa, ma si rende necessario approfondire anche l'implementazione dei modelli organizzativi nei consorzi, nelle reti d'impresa e così via, valutando l'opportunità per le imprese di adottare protocolli di prevenzione condivisi, ovvero la necessità di determinare con sufficiente precisione, nel caso in cui si verifichi un illecito, dove si arresti la responsabilità di una e inizi quella dell'altra società⁷⁴).

Sono tutti quesiti che non possono essere abbandonati alla sola elaborazione dottrinale – la quale tuttavia svolge, e deve svolgere, un ruolo persuasivo tanto nei confronti del legislatore, quanto nei confronti degli operatori (autorità giudiziaria *in primis*) anche su questo aspetto – dal momento che l'*impasse* della valenza dei MOG in sede giudiziaria non sembra potersi risolvere solamente “lavorando con l'esistente”.



⁷³ Cfr., seppur a volte con diverse sfumature, F. Assumma, *op. cit.*, 508 ss.; M. Colacurci, *op. cit.*, 79; V. Mongillo, *op. cit.*, 100; C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale, pt. 2, cit.*, 866 s.

⁷⁴ Su questi ultimi aspetti, la letteratura – e il dibattito scientifico – risulta tutt'ora quasi del tutto assente. Cfr., per maggiori approfondimenti sui consorzi, M. Bartoli, *La responsabilità 231 nei consorzi*, in *Rivista231*, 229 ss.