PRESENTE E FUTURO DELLA *COMPLIANCE* PENALE

Riflessioni a margine di Stefano Manacorda e Francesco Centonze (a cura di), Corporate Compliance on a Global Scale. Legitimacy and Effectiveness, *2022*

di Vincenzo Mongillo

1. È stato appena dato alle stampe, per i tipi della Springer, un pregevole volume curato da Stefano Manacorda e Francesco Centonze, intitolato *Corporate Compliance on a Global Scale. Legitimacy and Effectiveness* (2022).

Il testo raccoglie quindici contributi di studiosi europei e statunitensi di diversa estrazione disciplinare, che si snodano lungo un variegato itinerario tematico, spaziando dalla nozione ed evoluzione della *corporate compliance* nella dimensione globale, alle sue diverse declinazioni e sperimentazioni, al rapporto con la vasta cerchia degli *stakeholders*, alle novità della *digital compliance* e della *compliance* comportamentale, ai nessi con il *law enforcement*.

L'opera stimola alcune riflessioni sulla *compliance* (aziendale, normativa, penale), che non è eccessivo additare come una delle più significative innovazioni maturate negli ultimi decenni nei sistemi di gestione e controllo delle società e (in parte) delle pubbliche amministrazioni, e – sul versante politico-criminale – nelle strategie di contrasto agli illeciti che trovano ambientazione nelle imprese collettive e nelle organizzazioni in generale.

Mi riferisco proprio a quel vasto e composito universo che siamo usi compendiare, sul piano scientifico e comunicativo, con l'espressione in oggetto: un termine anglosassone che ha avuto largo seguito tra teorici e pratici, sino a diventare, non solo in Italia ma a livello internazionale, un *topos* dell'economia e del diritto, incluso il diritto penale (*criminal compliance*, *cumplimiento penal*, *conformité pénale*). Parliamo anzi, *sine dubio*, di un fenomeno di portata tendenzialmente universale.

2. Non può che partirsi da un **chiarimento lessicale**.

L'espressione *compliance*, se da un canto potrebbe apparire troppo contratta, dall'altro deve probabilmente la sua fortuna – come nota Presti nel volume citato (*What We Talk About When We Talk About Compliance*) – proprio alla sua ambiguità e polivalenza semantica, in cui convivono tante anime e accezioni.

Certamente è locuzione più connotativa che denotativa, variegata da innumerevoli sfumature, registri e venature cangianti. Ma come ogni concetto – non esistono concetti semplici, ci metteva in guardia il filosofo francese Deleuze… – ha varie **componenti**, a partire dalle quali si definisce. Sono proprio i suoi tratti essenziali a

Editore Associazione "Progetto giustizia penale" | via Festa del Perdono 7, 20122 Milano
c/o Università degli Studi di Milano, Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria"
redazione@sistemapenale.it

restituire il senso della metamorfosi in atto e lo spirito che ne sorregge l'impianto: sotto questa luce essi meritano di essere scandagliati, per sottrarre il concetto alla pallida sorte di tutte le parole *passe-partout*.

È bene subito delucidare, allora, che con il termine sotto la nostra lente non si fa riferimento (solo o tanto) all'aspettativa immediata che si prefigge qualsiasi ordinamento giuridico mediante la posizione di norme di condotta: il loro rispetto, ottemperanza o **conformità** (traduzione letterale di *compliance*) alle prescrizioni normative, redatte in forma di comandi o di divieti.

Nella densa filigrana semiotica della *compliance* conta, in un certo senso, più il **mezzo** che l'esito. Si parte dall'assunto che l'obiettivo finale – l'osservanza del precetto comportamentale individuale – possa essere mancato. È, del resto, assodato che il "rischio-zero" sia una chimera per qualsiasi fattore di pericolo, tanto più se il rischio da governare si sostanzia in condotte criminose o comunque illecite.

Così, nello *Zeitgeist* in cui ci troviamo immersi da vari decenni, vale a dire la c.d. "**società dei controlli**" (M. Power) e "dei protocolli", una società che ambisce a identificare e cautelare tutti i rischi fomentati dallo sviluppo economico e tecnologico, alle aziende, quale principale sorgente di tali rischi, si chiede molto di più. Si domanda un'efficace prevenzione interna, da perseguire – seguendo un metodo *risk-based* – attraverso assetti funzionali trasparenti e sistemi di deleghe e procure, politiche proattive e procedure decisionali, misure tecnico-organizzative e programmi formativi, garanzie di tracciabilità e flussi informativi, codici disciplinari e presidi di sorveglianza, monitoraggio e revisione.

Il fattore organizzativo, quale componente intrinseca nella genesi degli eventi avversi, diviene così la chiave del ragionamento e il punto d'appoggio delle politiche di prevenzione. Su queste basi, il tessuto connettivo della *compliance* è composto, essenzialmente, di **sistemi gestionali e protocolli decisionali**, che involgono l'impegno attuativo dell'intera collettività organizzata.

Questa è la strumentazione con cui i produttori/gestori del rischio sono chiamati a dimostrare l'attitudine all'esercizio della libertà di impresa nel rispetto dei vincoli costituzionali (art. 41, comma 2, Cost.): un cimento in cui sono necessariamente convocate anche capacità predittive e prevenzionistiche.

3. Se parliamo precipuamente di ***compliance* legale**, lo scopo a cui si tende è minimizzare il rischio di incorrere in sanzioni giuridiche e altre conseguenze negative collaterali, *in primis* reputazionali. La sua funzione è far sì che, attraverso "programmi di conformità", amministratori, dirigenti e impiegati, ma anche terze parti in relazione con l'ente, rispettino i precetti legali o auto-normati che disciplinano e conformano l'attività di un'organizzazione.

Al suo interno, un ruolo preminente è svolto dalla c.d. ***compliance* penale**, posto che il diritto penale ha rappresentato un volano decisivo per l'affermazione nelle entità collettive della cultura della prevenzione mediante un'adeguata organizzazione. È sufficiente rammentare il diritto penale o punitivo degli enti (d.lgs. n. 231/2001), che s'inscrive in un altro fenomeno a diffusione planetaria nell'ultimo ventennio, e le strategie di contrasto alla corruzione, interna e internazionale, e al riciclaggio.

Il diritto repressivo per eccellenza è divenuto, così, un po' inaspettatamente, la principale palestra del nuovo modello preventivo. Il paradigma della *compliance* si aggiunge e anzi precede l'eventuale intervento punitivo. Ne discende che lo statuto penale dell'impresa poggia, nella configurazione corrente, su due gambe, nell'ottica di un sistema integrato: **prevenzione** e **repressione**, a cui si aggiunge la valvola complementare della **riparazione**, che ormai taglia trasversalmente i due momenti.

Questa profonda evoluzione di sistema ha trovato in Italia – e nei Paesi che hanno battuto analoghe piste – la sua basilare concretizzazione giuridica nell'istituto del modello di organizzazione, gestione e controllo delineato dagli artt. 6 e 7 del d.lgs. 231/2001. L'intero sistema della responsabilità "da reato", nominalmente amministrativa, dell'ente collettivo è, così, innervato dalla filosofia della *compliance*. Più che il "castigo" dell'ente, interessa l'impianto di validi sistemi di prevenzione dei reati (***compliance* preventiva**) e – a "incidente" (fatto penalmente rilevante) avvenuto – la riorganizzazione e riparazione delle conseguenze negative dell'illecito (***compliance* reattiva**).

In effetti, tra i punti cardinali dell'autonomo sistema punitivo del soggetto meta-individuale, il più importante concerne proprio tale funzione o **missione preventiva**. Nella configurazione italiana, la responsabilità *ex crimine* dell'ente trova giustificazione e spiegazione su basi interamente cautelative o prevenzionali. Le sanzioni minacciate dal d.lgs. n. 231/2001 puntano a coinvolgere la fonte del rischio-reato, l'organizzazione complessa, nell'azione di prevenzione di illeciti motivati, nel caso delle società commerciali, dallo scopo di lucro. L'intero ordito normativo è orientato al raggiungimento di tale obiettivo, che si riflette coerentemente nella **struttura dell'illecito** corporativo, al di là di qualche elemento di enigmaticità che rende più scomoda la ricostruzione sistematica della disciplina: si pensi, ad esempio, al doppio regime imputativo dettato per apici e sottoposti (artt. 6 e 7) e, segnatamente, alle scorciatoie presuntive a cui pare ammiccare la disposizione concernente il reato dei soggetti apicali («l'ente non risponde se prova che…»).

Il dato saliente è che l'illecito dell'ente *ex* d.lgs. n. 231/2001, sul piano strutturale, è prossimo – sia pure con alcune specificità – al **tipo** (omissivo) **colposo**, giacché si sostanzia nell'omissione di cautele organizzative giuridicamente dovute, che sia tale da aver reso possibile o sensibilmente agevolato la commissione dell'illecito penale individuale. Tale approdo si è andato consolidando tanto nel pensiero dottrinale quanto nella giurisprudenza più autorevole. Basti considerare, circa quest'ultimo formante, le SS.UU. in *ThyssenKrupp* (sent. n. 38343/2014) che, attraverso la fine penna di Blaiotta, hanno rimarcato il «**connotato squisitamente normativo**» della colpa di organizzazione, legata alla «inottemperanza dell'obbligo di adottare le cautele, organizzative e gestionali, necessarie a prevenire la commissione dei reati previsti» dal decreto; e più di recente la pronuncia sul disastro ferroviario di Viareggio (Cass., sez. IV, 6 settembre 2021, n. 32899, est. Dovere), in questo caso con alcuni distinguo meritevoli di approfondimento circa i rapporti tra assenza del modello e colpa di organizzazione.

Di fondamentale rilievo è che l'afflato preventivo del sistema 231 sia supportato da una **leva premiale** che non solo interagisce *ex ante*, in funzione di esonero della responsabilità dell'ente morale giudicato *compliant*, ma si ripete *ex post*, nei vari stadi del

procedimento a carico dell'ente, attraverso plurime offerte di benefici sanzionatori, tese a stimolare contro-azioni in senso lato "riparatorie": il risarcimento integrale del danno e l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato (o l'essersi efficacemente adoperato in tal senso); la rimozione delle carenze organizzative collegate al reato, mediante l'implementazione di modelli organizzativi idonei a prevenirne l'ulteriore commissione; la messa a disposizione del profitto illecitamente incamerato.

È sufficiente ripercorrere, al riguardo, l'arcipelago di **incentivi** che la legge offre all'ente sotto procedimento per spingerlo ad aderire al progetto preventivo e dunque riconfigurare il suo agire organizzato in direzione della legalità: 1) nella fase cautelare, la promessa ha ad oggetto la non applicazione (art. 45) ovvero la sospensione e successiva revoca di eventuali misure cautelari interdittive (art. 49-50); 2) al momento dell'irrogazione giudiziale, si concede la cospicua riduzione della sanzione pecuniaria, che *ex* art. 12, in caso di cumulo di attenuanti, può arrivare fino ai due terzi, o l'esclusione delle sanzioni interdittive alle condizioni fissate dall'art. 17; 3) persino nella fase esecutiva, l'art. 78 riconosce all'ente che abbia posto in essere tardivamente le condotte di cui all'articolo 17, entro venti giorni dalla notifica dell'estratto della sentenza, l'opportunità di richiedere la conversione della sanzione amministrativa interdittiva in sanzione pecuniaria.

In definitiva, il sistema 231 è interamente votato, non alla punizione, ma alla *compliance*, prima e anche dopo la commissione del reato. L'irrogazione della sanzione decreta, piuttosto, il fallimento del vero progetto politico-criminale.

Quale che sia il giudizio che si abbia circa la disciplina della responsabilità *ex crimine* dell'ente, lo scossone, sul piano del dover essere normativo e rispetto alle precedenti certezze dottrinali, è stato veemente. Il diritto penale dell'economia, dal lato dell'impresa societaria, ha quasi deposto una forma – la repressione eticizzante –, e ne ha rivestita un'altra – la prevenzione utilitaristica.

4. L'**epicentro geografico** delle trasformazioni sin qui indicate è stato, in origine, il mondo anglosassone. Successivamente, però, il mondo continentale, quello mediterraneo e latino hanno sposato appieno la nuova logica della *compliance*, divenendo un centro propulsivo di pari rilievo.

La diffusione globale dell'ideale della *compliance*, così come dei nuovi meccanismi punitivi diretti contro le persone giuridiche, getta le sue radici nei **mutamenti della realtà**. Dinamiche radicate nel profondo dell'economia e della società contemporanee hanno reclamato il nuovo indirizzo della *governance* aziendale e la responsabilizzazione diretta delle imprese per gli illeciti da esse partoriti. Mi riferisco all'irresistibile ascesa della *corporation* e in particolare delle multinazionali (Bakan), alla globalizzazione che ha reso transnazionale e a stento controllabile anche il crimine di impresa, agli inconvenienti del progresso tecnologico fino all'insorgenza di rischi catastrofici per l'ambiente e la collettività.

Lo attesta anche l'attenzione rivolta alla strategia organizzativa della *compliance* dai principali fori internazionali (Ocse, Onu, Unione europea, Consiglio d'Europa, G20, G7, Banca Mondiale, Organizzazione internazionale del commercio). Tra i tanti esempi

più ravvicinati che potrebbero farsi, basti in questa sede un cenno al documento presentato dai Ministri del G7 (Canada, Francia, Germania, Italia, Giappone, Regno Unito e Stati Uniti d'America) nell'ambito della sessione speciale della *UN General Assembly Special Session Against Corruption* (2 giugno 2021), nel quale non si è mancato di sottolineare l'importanza di «incentivare una solida *compliance* aziendale nel settore privato al fine di prevenire efficacemente la corruzione».

A livello di singoli Stati, il **caso italiano** risulta eclatante.

Uno dei capisaldi della disciplina del d.lgs. n. 231/2001, il modello di organizzazione, gestione e controllo, ha evidenti legami genealogici con i *compliance programs* statunitensi, oggetto di una prima cristallizzazione normativa, nel settore penale, già nel 1991 con le celebri *U.S. Federal Sentencing Guidelines for Organizations*. Tuttavia, la nuova fattispecie di responsabilità è stata declinata, in Italia, nel quadro di strategie punitivo-premianti dagli accenti pioneristici, fino ad essere consacrata come modello da esportazione: in Spagna, in altri paesi europei e in quelli latino-americani, e persino negli ordinamenti anglosassoni, se è vero che l'*UK Bribery Act 2010* – innovando rispetto alla *identification doctrine*, fino a quel momento imperante per i reati comprensivi di *mens rea* – ha introdotto una fattispecie propria delle *commercial organisations*, il *failure to prevent bribery*, funzionalmente assimilabile al nostro illecito punitivo dell'ente.

Il legislatore italiano del 2001, in effetti, ha avuto taluni **meriti** indiscutibili.

È stato, in quest'occasione, un vivo e vigile interprete dei tempi, avendo colto con lungimiranza il vento che si stava levando dalle trasformazioni dell'economia, degli strumenti di governo dell'impresa e delle tecniche regolatorie internazionali, improntate all'enucleazione di precisi doveri organizzativi in sempre più numerosi ambiti dell'attività produttiva. Coniando il detto istituto del modello di organizzazione, ha assorbito questa **nuova temperie**, che ruota attorno ai sistemi di *governance*, gestione dei rischi e controllo interno alle società e alle funzioni e strutture aziendali di controllo proliferate negli ultimissimi decenni: *compliance officer*, comitati di *audit* delle società quotate, *internal audit*, *risk manager*, ecc. (storicamente, ricorda Parsons Miller nel volume, le funzioni e i responsabili settoriali della *compliance* hanno preceduto l'esperienza dei programmi di conformità più strutturati e organici).

Questa evoluzione complessiva si sposa, nel **diritto societario italiano**, con il ruolo assegnato al collegio sindacale dalla riforma del 2003: vigilare sull'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento (art. 2403 c.c.). A tale organo di controllo societario – e a quelli equiparabili a seconda del sistema di *governance* prescelto – una novella del 2011 ha finanche permesso di devolvere, nelle società di capitali, le funzioni dell'organismo di vigilanza *ex* d.lgs. n. 231/2001 (comma 4-*bis* dell'art. 6). In modo ancora più incisivo, l'avanzata dei *compliance programs* nel settore del rischio penale di impresa si coniuga, armonicamente, con gli obblighi generali dell'organo amministrativo di curare e verificare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società sulla base delle informazioni ricevute, ed altresì con i doveri demandati agli organi delegati di curare che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e di riferire al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale (art. 2381, commi 3 e 5, c.c.). Un'impostazione,

questa, che ha trovato il suo ultimo suggello normativo con il "Codice della crisi di impresa" (cfr. art. 375 del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14), che ha sancito il dovere dell'imprenditore che operi in forma societaria di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile in grado di rilevare tempestivamente la crisi dell'impresa (v. nuovo art. 2086, comma 2, c.c.).

In definitiva, il modello organizzativo 231 è un importante tassello di un processo regolatorio ben più ampio e articolato, che appare irreversibile nell'attuale fase storica, e in cui può essere iscritto a pieno titolo il paradigma della *compliance*.

Non basta. L'aver fondato la responsabilità dell'ente su un nucleo di "**colpa di organizzazione**", quindi su un elemento di carente organizzazione preventiva correlata al reato, ha reso più performante la disciplina sul piano **teleologico**, giacché la promessa di esonero da responsabilità si traduce in un forte incentivo a investire in *compliance*. Per altro verso, ha soddisfatto un'istanza **assiologico-penalistica** non meno pregnante. La nuova categoria è divenuta, per così dire, l'uovo di Colombo in grado di ricondurre «nell'alveo dell'art. 27 Cost. senza rotture eclatanti» (Palazzo e Viganò) una responsabilità carica di istanze prevenzionistiche, pensata per arginare i focolai di pericolosità obiettiva che possono covare nei gangli funzionali del soggetto collettivo. Va da sé che questa colpa organizzativa non ha nulla a che vedere con il personalismo umanistico della colpevolezza individuale, con il *Vorwurf* (rimprovero) collegato alla *Schuld* (colpevolezza), posto che una dimensione di "biasimo" appare inconferente per un ente privo di sostrato fisio-psichico e dunque di autocoscienza. È più calzante, dunque, l'espressione "responsabilità", accortamente utilizzata dal legislatore: un ombrello concettuale in cui ben possono essere ricondotte istanze prevenzionali informate, in chiave utilitaristica, al "bisogno di sanzione".

Parimenti saliente è l'ultimo merito. Assicurando, tramite il modello organizzativo, un "supporto materiale" (Paliero e Piergallini) alla colpa di organizzazione, il legislatore italiano ha esaudito anche ineludibili esigenze di **verificabilità processuale** (degli elementi dell'illecito): il corollario tradizionalmente meno coltivato della legalità penale. In questo modo si è reso afferrabile, e quindi suscettibile di dimostrazione giudiziale, un concetto altrimenti condannato all'evanescenza. Nulla a che vedere, dunque, con una suggestiva quanto impalpabile cultura organizzativa deviante.

Questi ci sembrano, in estrema sintesi, i tratti progressivi e i fattori determinanti dell'*appeal* suscitato su scala mondiale dal sistema italiano di responsabilità *ex crimine* dell'ente.

5. Ovviamente, non sarebbe corretto ridurre il grande continente della *compliance* alla pur importante regione del diritto penale. Non a caso il volume curato da Manacorda e Centonze è intitolato alla ***corporate compliance***, piuttosto che alla *criminal compliance*.

È importante esplicitarlo, anche per cogliere la **cifra politico-ideologica** della *compliance* quale tecnica di intervento e gestione di rischi. Essa è tipica di un preciso modello statuale, il c.d. "**Stato regolatore**" (ad es. La Spina e Majone), in inglese

Regulatory State, che oggi si colloca, in posizione di preminenza storica, tra lo Stato liberale ottocentesco, conservatore e "monoclasse", e lo Stato del benessere o assistenziale novecentesco (*Welfare State* o *Wohlfahrtsstaat*), la cui capacità interventistica è stata erosa dalla crisi fiscale, dalla deindustrializzazione e dalla globalizzazione.

In seno a questo *humus* politico-ideologico, la *compliance* disegna un perimetro concettuale proteiforme e di più ampio respiro. Il filo rosso che lega le sue varie componenti e manifestazioni concrete è rintracciabile, a monte, nel metodo informato al *risk assessment* e al *risk management* e, a valle, nell'obiettivo finale: prevenire che determinati rischi tracimino in eventi indesiderati.

Nulla osta a che questo campo semantico, nella sua massima estensione, sia veicolato mediante altre espressioni, sostanzialmente equipollenti: "**sistemi di controllo interno**", come quelli costruiti secondo la metodologia codificata nel c.d. *COSO Report* (giunto alla 2ª ed., 2017); oppure "***due diligence***", una locuzione utilizzata ad esempio dall'Ocse in un significato più ampio di quello più comune nella prassi aziendale (controllo sulle controparti commerciali: *know your counterparty*), vale a dire con riferimento alla vigilanza sulle catene di fornitura globali delle imprese multinazionali al fine di evitare illeciti e violazioni di diritti umani (ad es., *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, 2011; *OECD Due Diligence Guidance For Responsible Business Conduct*, 2018).

Comunque sia, la lunga e serrata marcia della *compliance*, nei più svariati campi della regolamentazione dell'attività imprenditoriale, ha avuto esiti sotto i nostri occhi. Oramai non c'è rivolo del rischio di impresa che non scorra nel letto dei sistemi di controllo interno e di gestione aziendale.

Va da sé che nel mondo reale – diversamente da quello astratto delle idee o degli idealtipi – varie forme di un paradigma possono sovrapporsi, intersecarsi, confondersi, coesistere.

Nondimeno, con il grado di semplificazione imposto da qualsiasi ricognizione schematica, può dirsi che la *compliance*, sul piano regolatorio e/o attuativo, può assumere almeno tre diverse **declinazioni**:

(*i*) ***compliance* cogente** (*enforced self-regulation*: Braithwaite e Fisse), vale a dire imposta dal legislatore e/o dalle diverse agenzie regolatorie e presidiata da sanzioni punitive (per lo più amministrative);

(*ii*) ***compliance* incentivata**, cioè stimolata attraverso disposizioni premiali, e in questo caso il paradigma di riferimento è proprio il sistema "para-penale" 231, poi mutuato anche in altri campi, ad es. nel settore degli illeciti amministrativi antitrust in cui i *compliance programs* sono valorizzati come fattore di sollievo sanzionatorio (cfr. le "Linee guida sulla *compliance* antitrust" dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato);

(*iii*) ***compliance*** puramente **volontaristica**: un paradigma la cui realizzazione operativa si avvale anche di stilizzazioni più "morbide", contenute in molteplici fonti di *soft law* (linee guida di organismi pubblici e privati, codici di autodisciplina di enti intermedi, ISO e altre norme tecniche, ecc.), ma che è pur sempre indotta dalle precipitose trasformazioni del mercato, trovando nel suddetto rivisitato ruolo degli amministratori societari la sua sublimazione.

Alla tripartizione che precede, in cui l'accento è posto sul grado di vincolatività o facoltatività delle regole di *compliance*, può essere aggiunta una più recente versione, che attiene alle modalità con le quali le agenzie indipendenti o le autorità amministrative possono sovrintendere alla implementazione dei programmi di conformità. Mi riferisco alla c.d. ***cooperative compliance***, un modello di *enforcement* che si sta diffondendo nei Paesi Ocse, inclusa l'Italia, soprattutto nel campo della *tax compliance*, specularmente allo schema da tempo invalso negli Stati Uniti in materia ambientale. Il profilo innovativo riguarda, nella specie, la relazione più dialogica che s'instaura tra soggetti obbligati e autorità indipendenti o uffici ispettivi pubblici, nella misura in cui si punta a favorire un clima collaborativo e di fiducia, che tende inevitabilmente a svanire nel tradizionale modello poliziesco votato all'accertamento degli illeciti e all'irrogazione di sanzioni. La pubblica autorità fornisce in questo caso anche un supporto consulenziale nella costruzione del modello di *compliance* e nel risolvere i dubbi che possono sorgere nell'interpretazione-applicazione dei precetti.

Quelle sin qui passate in rassegna sono diverse concretizzazioni di un medesimo costrutto: esse convivono nello stesso recinto terminologico-semantico e talvolta vengono messe a fattore comune nelle singole organizzazioni.

La *compliance* incentivata, o persino imposta, tende il suo arco verso l'autonormazione (*self-regulation*) o quanto meno l'autocontrollo (*self-policy* o *self-control*) del destinatario economico. Trae alimento dalla consapevolezza che apparati di *enforcement* sempre più oberati sul piano operativo non siano in condizione di portare avanti, in via esclusiva, un'efficace azione di contrasto al *business crime* e ai multiformi rischi produttivi e lavorativi; sicché l'unica strada per uscire dall'*impasse* è intravista in connubio sinergico con il settore privato, quindi con le stesse entità organizzate da cui si dipartono i rischi da contenere.

Tale modello d'intervento ha attratto nella sua orbita, progressivamente, sempre più numerosi ambiti di tutela. Spesso l'impulso innovatore è promanato da fonti ultranazionali, prodotte dall'UE e dagli altri fori internazionali o a proiezione transnazionale sopra menzionati.

Se parliamo di ***compliance*** **cogente**, le regolamentazioni dei **settori bancario, finanziario e assicurativo** rappresentano sicuramente un contesto elettivo e il principale centro di irradiazione, per quanto concerne sia l'adozione e la definizione dei contenuti essenziali dei programmi di conformità sia la strutturazione delle relative funzioni. Si pensi agli ambiti dell'antiriciclaggio (comincia dalla metà degli anni ottanta l'attività regolatoria del Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria, seguito dal GAFI), della trasparenza finanziaria e del contrasto agli abusi di mercato, ecc.

Le esternalità negative della società del rischio (Beck), sempre più tecnologizzata e connotata dall'ubiquità dei pericoli, le disfunzioni patologiche della globalizzazione economica e del capitalismo finanziario hanno rappresentato altrettanti catalizzatori di *compliance*. I sistemi di controllo interno hanno via via raggiunto tutti gli interstizi dell'attività di impresa: salute e sicurezza sul lavoro, *food safety* (si pensi ai noti piani HACCP e in genere ai sistemi di igiene alimentare), protezione ambientale, *data protection*, anticorruzione, contrattazione pubblica, adempimenti tributari, contrasto allo sfruttamento lavorativo e alla violazione dei diritti umani nelle *supply chains*, sicurezza

cibernetica, ecc. Sarebbe stimolante – ma ultroneo in questa sede – rintracciare per ciascuno di questi ambiti di rischio un regolamento o una direttiva eurounitaria, una convenzione internazionale o un protocollo o documento sovranazionale di riferimento.

In termini di **rigidità** *vs* **flessibilità** dei disposti regolamentari, lo spettro delle possibili soluzioni è assai ampio e varia da settore a settore. Una disamina dei diversi regimi normativi, delle varie tecniche – per così dire – di "regolamentazione dell'auto-regolamentazione", nella loro evoluzione domestica e sovranazionale, può rivelarsi istruttiva. Un esempio per tutti: il Regolamento UE 2016/679, relativo alla **protezione** delle persone fisiche con riguardo al trattamento **dei dati personali** (GDPR). Parliamo di un testo normativo direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri e al quale il nostro Paese ha dato seguito con il d.lgs. n. 101/2018, di modifica e integrazione del c.d. "Codice Privacy" (d.lgs. n. 196/2003). Il GDPR ha riconosciuto cospicui margini di flessibilità sia ai titolari del trattamento, nell'individuazione delle misure tecniche e organizzative da adottare in concreto, sia agli Stati membri, circa la possibilità di conservare o introdurre norme specifiche ulteriori per la protezione dei dati personali. Fermo l'approccio basato sul rischio, congenito alla *compliance*, spiccano nel GDPR i concetti di *accountability* e di *data protection by design* e *data protection by default*: qui può scorgersi un corposo mutamento di prospettiva da un approccio statico-formalistico, incentrato sugli adempimenti da porre in essere per "essere in regola", a un'impostazione flessibile e dinamica, adattabile vuoi alle peculiarità dei singoli contesti nel quale i dati devono essere trattati, vuoi alla complessità e alla rapidità di cambiamento di una realtà rispetto alla quale è arduo preconizzare tutti i futuribili sviluppi.

Tendenzialmente, però, negli ambiti di *compliance* etero-normata e obbligatoria affiora un'inclinazione alla **iper-regolamentazione**, a volte così minuziosa e pervasiva da risultare quasi asfissiante. Certo, si persegue anche la *self-regulation* delle organizzazioni, ma nella cornice delle meta-regole dettate dal legislatore, da amministrazioni centrali o da autorità amministrative indipendenti.

Invece, il **settore 231** è – come si notava – la più compiuta espressione della *compliance* incentivata: nessuna sanzione è comminata per la sola mancata adozione dei modelli organizzativi. Ne discende un microcosmo autonomo che, allo stato, si presenta come il vero regno dell'autoregolamentazione. Per quanto concerne, infatti, le cautele organizzativo-gestionali votate alla *crime-prevention* v'è, tuttora, assai poco di positivizzato. La fissazione del rischio tollerabile è di fatto rimessa alla discrezionalità decisoria degli enti, salvo *ex post factum* la "riserva" di sindacato giudiziale sull'adeguatezza/efficace attuazione del modello adottato, condotto – come si dirà (§ 8.1) – secondo parametri di cautela ancora troppo relativistici, quindi poco oggettivi e ricognitivi.

6. La propagazione onnilaterale della dottrina della *compliance* solleva uno sciame di problemi di coordinamento ed eventuali ridondanze, che possono investire tanto la modellistica protocollare quanto i vari organi e funzioni di controllo operanti in seno a un'organizzazione.

Pertanto, tra le urgenze oggi più avvertite dalle imprese, specie quelle di maggiori dimensioni, v'è anche la costruzione di **sistemi integrati di *compliance***. Essi implicano un'attenta disamina dei punti di contatto e delle divergenze dei sistemi da raccordare, nel quadro di una comune metodologia e in vista di un'efficiente ibridazione reciproca.

Appaiono paradigmatiche, al riguardo, le esigenze d'integrazione, nelle società in controllo pubblico, tra piani di prevenzione della corruzione richiesti dalla l. n. 190/2012 e modelli di organizzazione *ex* d.lgs. n. 231/2001; nelle banche, intermediari finanziari ecc., tra ottemperanza agli obblighi antiriciclaggio ai sensi del d.lgs. n. 231/2007 (adeguata verifica della clientela, controllo interno, conservazione delle informazioni, segnalazione di operazioni sospette, comunicazione, ecc.) e modellistica 231; nell'orbita delle società di più grandi dimensioni, tra sistemi di *tax control* («sistemi di rilevazione, misurazione, gestione e controllo del rischio fiscale»), che è possibile plasmare, ai sensi del d.lgs. n. 128/2015, attraverso forme di cooperazione e interlocuzione preventiva e successiva tra contribuente e Agenzia dell'entrate e modelli di prevenzione dei reati tributari che le imprese sono chiamate a redigere a seguito dell'innesto dell'art. 25-*quinquiesdecies* nel d.lgs. n. 231/2001; in prospettiva futura, tra sistemi di *compliance* ai sensi del GDPR e modelli organizzativi funzionali al contrasto dei reati in materia di protezione dei dati personali, qualora essi dovessero fare breccia nel catalogo 231; e così via.

Gli esempi potrebbero continuare e invero neppure si esauriscono nel perimetro degli strumenti di *compliance* resi cogenti mediante puntuali dettami normativi. È sufficiente considerare la propensione delle imprese ad adottare, in ottica squisitamente volontaristica, modelli integrati qualità/sicurezza/ambiente, con altre possibili estensioni, ad esempio alla sicurezza alimentare nel caso di imprese dedite alla produzione, trasformazione e distribuzione di alimenti.

7. L'innesto della *compliance* nelle strategie di lotta al crimine di impresa si riverbera, in chiave trasformativa, anche sui **metodi** e le **tecniche** degli **apparati di *enforcement***.

Mi limito, ancora, a un cenno elencativo degli aspetti più salienti.

(*a*) Già il primo pilastro di un buon sistema di *compliance*, vale a dire la **trasparenza** nell'assegnazione di ruoli e competenze all'interno della compagine organizzativa, può avere ricadute indirette sul piano processuale, agevolando la ricostruzione *ex post factum* delle responsabilità individuali in caso di commissione di un illecito.

Nelle pubbliche amministrazioni e nelle entità equiparate la trasparenza che si esige assume una proiezione finanche esterna, giacché mira ad agevolare un controllo democratico e diffuso di tutti i portatori di interesse.

(*b*) La c.d. **privatizzazione del controllo penale** infrange il monopolio pubblico non tanto della repressione quanto della prevenzione per così dire di polizia, cioè delle misure *ante delictum*. L'ordinamento, infatti, mira all'impianto nelle organizzazioni,

novelle "sentinelle della legalità" (Donini), di presidi decentralizzati e privati di controllo. In tal modo, si riducono anche i costi dell'*enforcement* pubblico.

Il *Modethema* in discorso oggi passa anche attraverso il binario aziendale delle **indagini interne** (*internal investigations*), che reclamano un preciso statuto normativo, a garanzia della loro funzionalità e dei diritti fondamentali dei soggetti potenzialmente coinvolti.

(*c*) Ancora: prendono corpo, a livello internazionale tendenze, aperte o talvolta striscianti, inclini alla ***prosecutorial discretion***, anche in ordinamenti per tradizione legati al principio di obbligatorietà dell'azione penale.

Per favorire l'emersione, sotto la cortina societaria, di illeciti la cui cifra oscura è in alcuni casi elevatissima, si cerca di valorizzare con inedite tecniche premiali la **collaborazione** processuale della *corporation* e l'autodenuncia di reati all'autorità giudiziaria.

Si punta, altresì, a stimolare il ***whistleblowing*** per moltiplicare le occasioni di *detection* (l. n. 179/2017; direttiva (UE) 2019/1937 del 23 ottobre 2019).

Si fanno strada, infine, nello spazio giuridico globale nuove **tecniche negoziali** e **meccanismi di *diversion***, tra cui gli ormai celebri *deferred prosecution agreements* di matrice statunitense, non privi di criticità, e ciò nonostante mutuati – sebbene talvolta con vari correttivi – in tanti altri paesi di *common law* (UK, Australia, Canada, ecc.) e persino in un paese continentale come la Francia (*convention judiciaire d'intérêt public*).

Sotto quest'ultimo profilo, vanno affiorando congegni procedurali transattivi non solo tra Stati e *corporation* private, ma anche tra diverse autorità giudiziarie nazionali. Esperimenti di **giustizia negoziata multilaterale** stanno divenendo, così, un importante snodo di raccordo interstatuale e una stanza di compensazione dei conflitti di giurisdizione, alimentati dall'espansione extraterritoriale della sfera applicativa delle leggi nazionali. Per l'effetto, la diffusione degli accordi negoziali in salsa nordamericana non è frutto tanto (o soltanto) di tendenza imitativa, quanto della competizione tra Stati per aggiudicarsi una porzione sostanziosa della ricca torta dell'*enforcement* internazionale, specie nel campo dell'anticorruzione. È emblematico, da ultimo, l'accordo stipulato nel 2020 dal colosso aerospaziale Airbus SE contemporaneamente con le autorità di Francia, Regno Unito e USA, per un ammontare complessivo di 3,9 miliardi di dollari, al fine di chiudere un caso di corruzione transfrontaliera.

Insomma, la *compliance* sta producendo, a livello internazionale, un nugolo di novità anche sul versante investigativo-processuale, che s'impone all'attenzione pure dei giuristi di *civil law*. Senza piegarsi ineluttabilmente a forme estreme e iper-elastiche di giustizia "barattata", dobbiamo sforzarci di elaborare soluzioni parimenti valevoli e che meglio si attagliano al nostro sistema giurisdizionale, anche per arginare forme striscianti di discrezionalità "sregolata" e occulta degli organi dell'accusa (v. *infra* § 9.2).

(*d*) La discrezionalità dell'autorità giudiziaria è in qualche modo esaltata anche da quell'inedito assortimento di **strumenti "curativi" dell'impresa**, che riflettono un'altra significativa traiettoria della recente legislazione italiana votata al contrasto della criminalità economica e/o organizzata in termini più preventivi che punitivi. È lo scopo perseguito a richiedere, qui, un approccio più flessibile, pragmatico e orientato ai risultati: non paralizzare l'impresa o espellerla dal mercato, non sequestrare e poi

confiscare l'azienda, ma bonificarla a fronte di indizi di contaminazione o condizionamento criminale, o comunque salvaguardarla dal pericolo concreto di infiltrazioni mafiose, assicurando la prosecuzione dell'attività imprenditoriale.

Come sappiamo, congegni di questa natura sono *de lege lata* affidati – in base a presupposti piuttosto labili – al tribunale di prevenzione dal codice antimafia, e risultano funzionalmente analoghi alle misure di straordinaria e temporanea gestione dell'impresa che sul versante della prevenzione amministrativa della corruzione l'autorità prefettizia può disporre su input del Presidente dell'ANAC ai sensi dell'art. 32 del d.l. n. 90/2014, conv. con modif. dalla l. n. 114/2014. Ci riferiamo, com'è evidente, all'amministrazione giudiziaria delle aziende (art. 34, d.lgs. n. 159/2011) e al controllo giudiziario delle stesse (art. 34-*bis*, d.lgs. n. 159 cit.), rispetto ai quali l'adozione di programmi di *compliance*, volti a evitare per il futuro infiltrazioni criminali, rappresentano un ingrediente costante dell'intervento "trattamentale" dell'impresa, una possibilità che nel caso del controllo *ex* art. 34-*bis* è anche espressamente codificata (comma 2, lett. d). Il dato più interessante, dal nostro punto di vista, è che, in applicazione di questi dispositivi di de-contaminazione dell'impresa, il modello di *compliance* è sempre apprestato e attuato – senza poter ricorrere a stilemi predeterminati – sotto la stretta supervisione dell'autorità giudiziaria (o amministrativa, nel caso del "commissariamento" *ex* art. 32) e dei soggetti a questo scopo nominati.

8. Dalle considerazioni che precedono, credo sia emerso con nitore che dietro la nozione di *compliance* non si cela una fantasia onirica o un'astrazione priva di contenuto. I sistemi di controllo dei rischi sono una realtà in tantissime aziende, specie quelle medio-grandi e/o a proiezione transfrontaliera. Forse solo un disfattismo un po' nichilista potrebbe indurre a giudicare come puro allestimento scenografico tutto ciò che le imprese fanno oggi, in termini di gestione dei rischi legali, penali, reputazionali, ecc.

Siamo dunque entrati, da qualche decennio, anche in Italia, nell'era della *compliance*. Ed è già possibile fare i primi **bilanci**.

Ebbene, solo luci? Obiettivamente no. La nuova strategia mostra anche **ombre** e denuncia alcuni limiti evidenti, che nell'opera curata da Manacorda e Centonze sono segnalati con acume, alla ricerca di soluzioni ragionevoli.

8.1. Comincerei col delineare, in termini schematici, le principali **criticità attuative**.

Sicuramente, forme di ***compliance*** puramente **cosmetica** rappresentano il più smaccato tradimento della visione prevenzionale.

Non meno inappagante, però, si rivela la sterile **burocratizzazione** dell'attività di impresa. Occorre vincere l'inerte resistenza ai cambiamenti organizzativi insita nel formalismo proclive a logiche di mero **adempimento**: insomma la tendenza a tramandare sotto l'apparenza del nuovo canovacci consunti. Questo è un problema che può profilarsi con maggiore frequenza quando l'auto-organizzazione deve seguire le rime di obblighi cogenti.

Più in generale, vanno affrontati i limiti strutturali della *corporate compliance* come **scienza imperfetta** (sul punto, il volume menzionato in premessa offre al lettore il perspicuo saggio di Centonze, *The Imperfect Science: Structural Limits of Corporate Compliance and Co-regulation*).

Non va mai dimenticato che il primo scopo della scienza è «scoprire una significativa semplicità in mezzo a una complessità disordinata» (H. Simon); cosa ben diversa dalle visioni semplicistiche che disconoscono la complessità del reale.

La *compliance* ha già sperimentato un lungo rodaggio, scandito da prove ed errori, avanzamenti e successive sintesi. In tal modo, si è progressivamente costruita la sua identità.

Tuttavia, intesa come scienza o anche solo come tecnica, essa da un lato sconta la faticosa sedimentazione di un patrimonio cognitivo ed esperienziale diffusamente accreditato e dall'altro si trova sospesa su una fitta trama di strumenti di *hard law e soft law*, di fonte pubblica o privata, nazionale o sovranazionale, giuridica o tecnica (es. le norme ISO), che proliferano a ogni piè sospinto, in modo persino alluvionale in alcuni settori, ad esempio l'anticorruzione. Il groviglio di prescrizioni, anche di matrice giuridica nazionale, è impressionante. Come se non bastasse, gli standard di *compliance* fissati in talune giurisdizioni sovente si rifrangono sull'attività di imprese straniere in forza dell'applicazione extraterritoriale delle leggi nazionali. L'"imperialismo normativo" statunitense, nel campo del contrasto alla corruzione di pubblici agenti stranieri (FCPA 1977), è un esempio appariscente.

Nonostante – o forse proprio per – il profluvio di regole e precetti preventivi in cui gli operatori devono districarsi, resta paradossalmente aperto il nodo dell'**incertezza dei parametri di adeguatezza** dei sistemi di *compliance*, resi cogenti o incentivati dal legislatore, la quale ha inevitabili ricadute processuali in caso di contestazioni.

Qual è il livello di diligenza organizzativa che, nei diversi ambiti di rischio, possiamo pretendere dalle singole imprese? Ecco un interrogativo tuttora aperto.

Nel campo della *compliance* 231, anche il ruolo, la composizione, i poteri e le responsabilità dell'**organismo di vigilanza** (OdV) danno adito a dubbi. Com'è noto, questo è un ingrediente peculiare della disciplina interna, che non trova reali corrispondenze all'estero; negli stessi paesi di lingua spagnola, dove più vivida si è rivelata la forza magnetica del sistema italiano, prevale la figura dell'*encargado de prevención de delitos*, assimilabile al *compliance officer* di matrice nordamericana. Ebbene, il nebbioso statuto funzionale dell'OdV italiano ha talvolta innescato sbandamenti giurisprudenziali. Ne è un esempio vistoso la sentenza *Impregilo* della Suprema Corte (30 gennaio 2014, n. 4677), in quanto viziata da un atteggiamento ultra-cautelativo e sostanzialmente irrealistico. Essa è difatti giunta a pretendere dall'OdV compiti di controllo preventivo sulla legalità di singoli atti di gestione amministrativa, nella specie le comunicazioni al mercato di informazioni societarie da parte dei vertici dell'impresa: «se all'organo di controllo non fosse almeno concesso di esprimere una *dissenting opinion* sul prodotto finito (rendendo in tal modo almeno manifesta la sua contrarietà al contenuto della comunicazione, in modo da mettere in allarme i destinatari), è evidente che il modello organizzativo non possa ritenersi atto ad impedire la consumazione di un tipico reato di comunicazione, quale l'aggiotaggio». Così opinando, si snatura il ruolo

dell'OdV, vengono neglette le reali condizioni di funzionamento delle società di capitali e si congettura nei modelli organizzativi adottabili dall'ente un'illusoria funzione "impeditiva" di reati. Invero, i sistemi di *compliance* sono filtri selettivi improntati a buon senso e a buone prassi; non vanno intesi come impregnabili mura cinesi.

Non pare ancora avviata a soluzione, inoltre, la questione della praticabilità e sostenibilità economica della *compliance* nelle **piccole e medie imprese**: qui l'idea di una gestione strutturata di rischi penali pare destinata a rimanere, il più delle volte, *flatus voci*.

Venature problematiche inverse presenta la costruzione dei sistemi di prevenzione dei reati nelle **grandi multinazionali**, chiamate a fronteggiare la sfida di *input* normativi estremamente variegati e a volte confliggenti nei diversi contesti in cui decidono di operare (sul punto, si veda nel volume il pregevole contributo di Manacorda, *The "Dilemma" of Criminal Compliance for Multinational Enterprises in a Fragmented Legal World*).

Sullo sfondo aleggiano i viluppi relazionali del capitalismo odierno, "super-", "turbo-" o "senza briglie"che dir si voglia (Reich, Luttwak, Chomsky e molti altri), comunque sempre più disinvolto e meno sostenibile. Si stagliano nel mare della massimizzazione dei profitti come tante isole gli interessi degli azionisti. Al contempo, però, l'amplia platea degli *stakeholders* preme per ritagliarsi uno spazio e per definire i contorni di *legitimacy* dell'attività societaria (un tema a cui il volume dedica due interessanti contributi di M. Rescigno, *Stakeholders' Interests and Compliance* e Nieto Martín, *Interests and Compliance Stakeholders' Compliance Programs: From Management of Legality to Legitimacy*).

Tutti questi dilemmi, nebulosità e increspature sono, in qualche modo, la cartina di tornasole di un percorso erto e ancora inconcluso, per quanto oggi nessuno possa asserire che ci troviamo ancora al punto di partenza.

8.2. Il sostanziale capovolgimento del secolare assioma *societas delinquere non potest*, maturato in Italia nel 2001, ha rappresentato un'enorme sfida culturale.

La buona resa del nuovo sistema di responsabilità interpellava, e interpella tuttora, l'impegno di tutti gli studiosi e operatori del diritto.

Ancor prima presuppone, direbbe Foucault, una diversa "postura del pensiero", un **cambio di mentalità** che forse non è ancora giunto a compimento, nonostante i due decenni sinora trascorsi. Lo rivela con immediatezza l'applicazione disomogenea a livello territoriale, saltuaria, direi random, del *novum* legislativo.

Un gradiente di vischiosità culturale è in parte fisiologico e comprensibile: non si cancellano con un tratto di penna legislativa due secoli almeno di diritto penale radicato nel dogma individualistico. Va anche riconosciuto che in molti altri ordinamenti recentemente approdati al *societas puniri potest* la situazione non è poi così diversa.

Sfortunatamente, però, la magistratura nostrana pare aver intravisto nell'inedita responsabilità più un impaccio processuale che una risorsa feconda e pragmatica per valorizzare gli sforzi organizzativi degli enti e altresì sfruttare le utilissime traiettorie riparatorie disegnate dal nuovo *corpus* normativo.

Se si guarda più da vicino la prassi interna, un motivo supplementare d'inquietudine è provocato da taluni moduli operativi con i quali i pubblici ministeri rischiano di divenire arbitri assoluti dell'azione punitiva e dell'addebito *contra societatem*. Mi riferisco alla tendenza alla discrezionalità sguarnita di fondamento giuridico che investe persino l'annotazione dell'illecito, prima ancora che la sua contestazione; al baratto poco trasparente tra ente e PM, che si traduce in accordi all'inazione in cambio di condotte riparatorie; alla manipolazione dell'art. 8 del d.lgs. n. 231/2001 (criterio di autonomia della responsabilità corporativa) quale viatico per venire a patti anticipati con l'ente, schermando le persone fisiche da imputazioni penali: si "assume" il reo come non identificabile, ma per mera *fictio*, giacché poco o nulla in realtà è stato fatto per individuarlo; la priorità è accordata all'incameramento di una cospicua sanzione a carico dell'ente.

Con questi stratagemmi stiamo importando surrettiziamente, e senza un'accorta trasposizione legale, i suddetti accordi stragiudiziali statunitensi.

Tale slancio esterofilo, fomite di americanizzazione spuria del nostro sistema di giustizia penale, potrebbe incontrare un valido argine se alle considerazioni di puro diritto si aggiungesse l'osservazione della realtà, con sguardo sgombro da semplicistiche adesioni. La *diversion* in salsa statunitense è, invero, una giustizia opaca e "monetizzata", che per ragioni di asserita efficienza svende la legalità processuale. È un'esperienza che andrebbe saggiata anche nelle sue incrinature e stonature, tra le quali, non da ultimo, le porte girevoli tra uffici dei *prosecutors* e delle grandi *law firms*.

Invero, simili distorsioni non appaiono neppure un prezzo da pagare per un bene maggiore: l'efficienza della macchina punitiva. Analoghi epiloghi deflattivi possono essere ottenuti mediante istituti più ortodossi e collaudati, come il patteggiamento, che il d.lgs. n. 231/2001 già annovera tra i riti speciali adottabili nei confronti dell'ente collettivo (art. 63: "applicazione della sanzione su richiesta"). In prospettiva di riforma, tale rito speciale potrebbe essere potenziato e ritoccato per metterlo più nitidamente in sincrono con la funzione riparatoria che fa da sfondo all'intero sistema. In più, nulla osta a che siano congegnate nuove fattispecie premiali, accortamente regolate, come la messa alla prova dell'ente. E altro ancora.

9. Il compito di tutti gli '*stakeholders* della compliance', di ciascun attore interessato a supportare l'affermazione – nell'arena pubblica e privata – di tale strategia, è cercare di diradare le ombre, sopra succintamente segnalate.

Parliamo, evidentemente, di una grande **opera collettiva** che chiama a raccolta – oltre agli operatori del settore privato e alle organizzazioni non governative – legislatore, magistratura e accademia.

Anche in questo caso non possiamo andare oltre brevi schizzi argomentativi.

9.1. Il ruolo cruciale delle **imprese** è intuitivo: si tratta dei destinatari primari del nuovo corso fondato sulla *partnership* pubblico-privato.

Sotto questo profilo, il decreto 231 ha avuto un pregio indiscutibile: ha favorito il diffondersi della cultura della *compliance*, veicolando la concezione secondo cui la legalità è un valore di cui anche le organizzazioni devono farsi carico.

Le imprese, soprattutto quelle di dimensioni maggiori, hanno in larga parte recepito il messaggio. Ad esse spetta di fare tesoro delle lezioni apprese sul campo, che le associazioni di categoria potrebbero premurarsi di codificare in modo più proattivo e puntuale, avuto riguardo a specifiche famiglie di rischio-reato.

Al contempo le entità imprenditoriali sono chiamate a sperimentare e coltivare le nuove frontiere della *compliance* che si vanno profilando all'orizzonte, e che in parte già attraversano il nostro presente. A questo riguardo, appare opportuna la scelta compiuta dai curatori del volume citato al principio di destinare alcuni capitoli all'**intelligenza artificiale** e alla ***digital compliance*** (Mozzarelli, *Digital Compliance: The Case for Algorithmic Transparency*), nonché all'**approccio comportamentale** e **cognitivo** (Langevoort, *Global Behavioral Compliance*; Rotolo, *Cognitive Dynamics of Compliance and Models of Self-regulation: In Search of Effectiveness in Strategies of Crime Prevention*).

Dalla prima angolazione, le nuove tecnologie della *blockchain* privata e della *big data analytics* suscitano oggi forti aspettative, perché appaiono in grado di rinvigorire e rendere più efficaci i controlli interni aziendali, inclusa la *compliance* 231. Effettivamente, potrebbero consentire l'elaborazione di quantità gigantesche di dati, favorire flussi informativi più tempestivi, accrescere la predittività dei modelli organizzativi, emancipare i singoli dal giogo di incombenze onerose, permettere rilevazioni di segnali di allarme e report di anomalie in tempo reale. Lasciano ben sperare i risultati che già stanno maturando, dal duplice versante delle agenzie di *enforcement* e delle imprese private, in settori chiave come l'antiriciclaggio, la lotta agli abusi di mercato e l'assolvimento degli obblighi stabiliti dal GDPR. Anche in questo caso, però, non è tutto oro ciò che riluce: tra l'altro, non vanno sottovalutate le insidie del ricorso a tali algoritmi «in punto di controllo dei lavoratori, di adozione di decisioni sulla base di una gestione integralmente automatizzata di dati (a dispetto della previsione dell'art. 22 del GDPR), di carenza infine di un quadro regolatorio» (Gullo).

9.2. La **magistratura**, specie quella giudicante e di legittimità, ha dato in questi anni il suo prezioso contributo nell'illuminare le tante aree oscure di una terra – la responsabilità dell'ente collettivo per la commissione di reati – fino a un paio di decenni neppure segnata sulle mappe.

Tra l'altro, ha acclarato, come si è già avuto modo di apprezzare, la funzione cardine della colpa di organizzazione nella meccanica di corresponsabilizzazione dell'ente, e – nei suoi arresti migliori – ha corretto l'inversione dell'onere probatorio letteralmente emergente dall'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001.

Pubblici ministeri e giudici, tuttavia, dovrebbero sfruttare in modo più provveduto ed esteso il grande potenziale di questa normativa, che orbita attorno ai due assi portanti della *compliance* preventiva e della riparazione.

A tal fine, dovrebbero anche guardarsi – in sede di accertamento della responsabilità dell'ente – dal facile senno del poi e da approcci ipercautelativi *post-factum*. Ne discende che il concetto di *best practice* non deve essere equivocato: le migliori

pratiche, specie a fronte d'insufficiente consolidamento scientifico o quantomeno esperienziale, vanno intese come presidi organizzativi fruibili e sostenibili, già proficuamente testati nel mondo aziendale ed enucleati secondo canoni di ragionevolezza e proporzionalità. Del resto, l'inventario delle cautele organizzative è, in astratto, inesauribile: in linea di principio, nulla vieta di esplorare l'intero orizzonte del possibile; ma oltre una certa soglia la prevenzione organizzativa finisce per inghiottire se stessa.

In tal senso, la magistratura dovrebbe rifuggire dall'idea secondo cui il modello organizzativo possa avere la capacità di eliminare integralmente i rischi di commissione di specifici reati, quindi una valenza generalmente impeditiva, o dalla tentazione di "creare" *a posteriori* la cautela doverosa anziché ricavarla da un sapere (eventualmente) preesistente. Piuttosto, dovrebbe riconoscere e premiare gli sforzi fatti in buona fede da coloro che muovono le leve della *compliance* in un'organizzazione e la rendono quotidianamente operante, con gli inevitabili limiti. Se l'ente ha intrapreso un serio percorso di profilassi e autocontrollo, non v'è reale bisogno di sanzione punitiva. Ci si potrebbe limitare al recupero – se esistente – del profitto illecitamente incamerato: il d.lgs. n. 231/2001 già lo prevede in ossequio a un'elementare istanza di giustizia, ma solo nel caso di reato apicale (art. 6, comma 5); sarebbe opportuno generalizzare tale previsione.

Nell'ottica indicata, la giurisprudenza dovrebbe prestare attenzione anche ai fattori che possono inficiare la concreta capacità di un ente di conformarsi agli standard doverosi di diligenza organizzativa: *a*) la reale riconoscibilità *ex ante* del precetto preventivo, non sempre agevole in contesti di incertezza giuridica e stratificazione sincronica e diacronica di fonti; *b*) i tempi realistici di costruzione e aggiornamento dei modelli organizzativi, anche al di là delle situazioni di impossibilità materiale di adempiere; *c*) le dimensioni dell'ente; *d*) nel caso delle multinazionali, anche possibili conflitti di doveri organizzativi sanciti in diverse giurisdizioni. Per dare il giusto peso a questi fattori, si rende pertanto necessaria anche l'elaborazione di parametri di **esigibilità soggettiva** di un'organizzazione conforme ai parametri obiettivi di diligenza.

Rispetto invece all'ente deliberatamente o inavvertitamente disorganizzato, o che abbia finanche adottato un modello fraudolento o soltanto cartaceo, la magistratura è chiamata ad attivare tutti gli strumenti di pressione che offre il sistema: non per mettere in ginocchio la *societas* (salvo il caso dell'impresa plurirecidiva e "incorreggibile" o finanche "criminale"), ma per recuperarla a una dimensione di legalità, onde preservare la continuità aziendale e salvaguardare gli interessi di terzi innocenti.

La buona resa operativa del d.lgs. n. 231/2001 richiede, altresì, che la magistratura affini progressivamente le sue cognizioni organizzative, aziendalistiche e prevenzionistiche. È un bagaglio di conoscenze che tradizionalmente non le appartiene e che implica un efficace *iter* formativo nell'immediato e l'eventuale costituzione di sezioni giudiziarie specializzate nel futuro.

Fondamentale, infine, è l'attività di raccolta e corretta elaborazione dei dati giudiziari, per assicurare una fotografia fedele dello stato dell'arte, sensibilizzare gli uffici della pubblica accusa e propiziare riforme legislative empiricamente guidate, in

grado di supportare, in termini di accessibilità ed efficienza, la vocazione preventiva dell'impianto normativo.

9.3. Mettere sul conto della giurisprudenza ogni incertezza, ritardo o inceppamento del sistema, sarebbe una scorciatoia ingenua.

È anche dovere del **legislatore** rafforzare e alimentare la strategia della *compliance* preventiva.

Dietro le svolte di sistema e le più significative innovazioni v'è spesso l'impegno, oltre che l'ingegno, di menti in grado di precorrere i tempi.

È noto l'impulso decisivo che all'inizio del nuovo millennio diede al varo del d.lgs. n. 231/2001 l'allora Direttore generale degli affari penali del Ministero della Giustizia, Giorgio Lattanzi, unitamente alla Commissione ministeriale da lui presieduta.

Un decennio fa circa, la Ministra della Giustizia Paola Severino dimostrò di credere fermamente in questa linea di azione, promuovendo – in attuazione di convenzioni internazionali contro la corruzione (Consiglio d'Europa e Onu) – l'innesto anche nelle pubbliche amministrazioni di una *policy* anticorruzione strutturata, mediante la legge-spartiacque n. 190/2012.

Analogo empito sembra animare le parole recentemente pronunciate dalla Ministra della Giustizia Marta Cartabia, quando ha sottolineato, in un intervento pubblico, l'importanza di "tenere vivo valore e cuore" del d.lgs. 231, anche con interventi mirati, capaci di rimaneggiare – là dove indispensabile – il passato e di disegnare il futuro.

Non possiamo che augurarci interventi riformatori espressivi di un'avveduta *ars legiferandi*, convalidata da analisi empiriche, dalla rigorosa imparzialità delle statistiche e dallo studio dei risultati della prassi, ingredienti senza i quali la produzione normativa si riduce ad aleatorio esercizio autopoietico.

9.4. Infine, un cenno merita il ruolo dell'**accademia**.

Sul piano scientifico, la **dottrina** deve proseguire il suo lavoro di scavo concettuale, interpretazione e sistematizzazione del nuovo paradigma punitivo dell'ente, per restituire agli operatori del diritto e agli attori aziendali un campo sminato dai principali problemi tecnico-dommatici e sfrondato da ciò che appare eccessivo o superfluo: quindi un costrutto più intellegibile e linearmente applicabile.

Necessitano, inoltre, meno virtuosismi dialettici, il cui unico effetto è alimentare il frastuono di fondo, e più **studi empirici** sulle condizioni di funzionalità ed effettività dei sistemi di *compliance*, affinché possano vantare a sostegno un convincente fondamento razionale e adattarsi alle diverse realtà senza soluzioni preconfezionate e quadri stereotipati.

Si consideri, come caso illustrativo, la strategia della prevenzione amministrativa della corruzione nelle pubbliche amministrazioni, che rischia di arenarsi in una sensazione di stallo. Al riguardo, la **semplificazione** normativa sembra l'assillo primario del governo in carica (cfr. anche il PNRR, p. 69). Sia consentito, sul punto, un *caveat*: se «il desiderio di semplificazione – osservava in altro contesto Primo Levi – è giustificato, la semplificazione non sempre lo è», e talvolta – soggiungiamo noi – rischia di tradire le

premesse, risolvendosi in ulteriore complicazione (ad es., altri piani asseritamente "integrati" ma tutti da decifrare, ulteriori strutture di controllo, ecc.). Non è mia intenzione, tuttavia, crogiolarmi in un agevole esercizio critico. Mi preme piuttosto rimarcare che le scienze giuridiche, dell'amministrazione e dell'organizzazione possono dare un contributo decisivo nell'indagare e ovviare ai fattori di debolezza dei programmi normativi. Non è possibile qui dar conto, in profondità, dei più seri motivi d'ineffettività dell'anticorruzione amministrativa, ma solo segnalarli in modo cursorio, giusto per dare l'idea delle questioni in ballo: il prevalere di un atteggiamento, un po' gattopardesco, votato al mero adempimento burocratico; la spada di Damocle dell'invarianza finanziaria e la conseguente assenza di apporto consulenziale esterno; il tendenziale neghittoso disimpegno degli organi di indirizzo politico nelle politiche di prevenzione, con il venir meno della pietra angolare di qualsiasi buona *compliance*, il c.d. *top level commitment*, imprescindibile per imprimere la giusta direzione ai tanti affluenti organizzativi.

L'Università ha un'altra missione essenziale: erogare **buona formazione**, anche per sostenere il *trend* di crescita delle nuove professioni. Gli Atenei lo fanno con i loro Master e gli altri prodotti formativi *post lauream*.

La platea dei destinatari però andrebbe ampliata oltre la cerchia degli aspiranti specialisti della *compliance*. Invero, questa non può più essere concepita come un sapere di nicchia riservato a un nucleo ristretto di grandi esperti. A tal fine, anche i corsi di laurea dovrebbero aprirsi ai nuovi bisogni formativi. La *compliance* (aziendale, normativa e penale) ormai reclama una sua **autonomia didattica**. Non è un obiettivo di poco momento: è una grande sfida metodologica, non foss'altro per il sapere interdisciplinare che la nuova materia sottende, mettendo in discussione le partizioni tradizionali. Occuparci oggi, in veste di docenti universitari, di diritto penale dell'economia dall'angolazione della *compliance*, significa andare oltre un'analisi orizzontale di fattispecie codicistiche o complementari, eventualmente integrata dall'esposizione verticale di istituti di parte generale: posizioni di garanzia, delega di funzioni, causalità, concorso di persone e cooperazione colposa, ecc. Significa ragionare su metodi e tecniche di gestione del rischio-reato.

10. Kant riteneva che le vere svolte migliorative nel modo di pensare non si realizzino tanto con le "rivoluzioni", quanto con l'atteggiamento di entusiasmo che – nel più vasto pubblico – sopraggiunga per esse.

Si parva licet, l'idea della *compliance* è stata sicuramente una piccola rivoluzione nei modelli di governo e conduzione delle imprese e di organizzazione degli enti pubblici. Ha anche impresso una netta sterzata alle tradizionali politiche coercitive basate sull'imposizione di standard normativi dettagliati e sulla reazione punitiva alle trasgressioni (*command-and-control*).

Il processo evolutivo in corso va accortamente supportato. Occorre generare consenso e partecipazione diffusa, *in primis*, nel mondo del lavoro e delle professioni. Non v'è teoria idealistica che possa sopperire all'apatia organizzativa che soffoca la forza propulsiva necessaria ai grandi cambiamenti, o che possa rimediare allo scoraggiamento

che insorge allorché l'impegno richiesto appare scandito da tecnicismi astratti o persino esoterici.

Quando un operatore si trova a compulsare la miriade di leggi, decreti, circolari, grida e codicilli, di origine pubblica o privata, che dettano o raccomandano metodi, protocolli e presidi organizzativi e comportamentali, non di rado con lessico impervio, può avere l'impressione straniante di essere giunto alla fonte d'inutili tormenti. Il groviglio si è così infittito che finanche gli specialisti, persino i creatori di regole e standard, faticano a tener dietro l'uno ai prodotti dell'altro.

La cortina fumogena di questa "nomorrea" rischia pertanto di relegare nell'ombra la reale dimensione di senso dell'architettura preventiva concepita dal legislatore, le sue assunzioni di base e la sostanza delle cautele veramente impattanti.

Le pubbliche amministrazioni e coloro che vi operano devono, allora, essere mossi a comprendere che la *compliance* non è un capriccio o un nuovo fardello burocratico, giacché in ballo v'è il buon funzionamento degli apparati amministrativi, una sana gestione delle risorse pubbliche e una corretta erogazione di servizi alla cittadinanza. Del pari, le imprese devono cogliere negli ingranaggi di controllo interno, non un freno all'attività economica o l'ennesimo costo d'impresa, ma uno strumento per evitare di cadere nell'illecito e soprattutto per creare valore e redditività nel lungo periodo, contro la dittatura spietata del breve termine.

Certo, la *compliance* penale (in particolare) non deve divenire un nuovo idolo a cui inchinarsi con superstizioso trasporto. Non è una panacea. Non può aggirare la salienza delle determinanti culturali e neppure può sostituire, quando necessario, il momento punitivo. Ma non è neppure una superfetazione cartacea. Come tecnica di contrasto del crimine d'impresa ha tanti difetti, ma pur sempre minori delle altre tecniche di controllo sperimentate finora.

Del resto, ogni idea è una sorta di mattone: così anche la *compliance* può divenire tanto il perno costituente di un edificio più solido e funzionale, quanto un'ulteriore pietra di inciampo, o finanche un mezzo in grado di causare danni se improvvidamente scagliato.

Una cattiva *compliance* diviene la sgradevole caricatura di un'intuizione sagace, come spesso accade quando le formule finiscono per impadronirsi delle idee. Di contro, una buona *compliance* è un disegno pragmatico, dotato di senso e avulso da tecnicismi e complicazioni innecessari. Può servire a ridurre – non sopprimere – le opportunità di commissione di illeciti e fungere da contrappunto alle spinte criminose che possono sprigionarsi nelle organizzazioni. Può creare un clima più etico al loro interno, rafforzare le risposte immunitarie e ispessire di quel tanto che basti la rete in cui possono rimanere impigliati i trasgressori.

Se la nuova stagione della prevenzione svanisse come un sommovimento effimero, se fosse accantonata prima di mettere radice, non resterebbe che il moloch punitivista, lo stridore dei mezzi cingolati della repressione penale. Breve: non un progresso, ma un regresso.

Lo smantellamento dell'edificio preventivo in seno alle imprese societarie infiacchirebbe le politiche di contrasto agli illeciti economici. Esiste una ricerca del profitto che può fomentare la proclività a commettere reati e a cui è vano far contrasto

solo di carcere e ammende; occorre intervenire precocemente, attivando gli anticorpi interni.

Quanto appena detto è tanto più indispensabile in un momento storico come quello attuale, segnato da una pandemia epocale, che può fare il paio con un'ondata di frodi, malversazioni, corruzioni e violazioni di diritti umani, fomentati dall'imponente afflusso di risorse pubbliche immesse nel mercato per rilanciare l'economia (*Next Generation EU*; PNRR italiano), dagli intoppi delle catene di fornitura e dall'instabilità della forza lavoro.

Peraltro, inseguire un ideale retrospettivo non si esaurirebbe nel ritorno a un passato *totus* punitivo: se si osserva il presente penalistico, quel passato è profondamente mutato, anzi si è trasfigurato, secondo ben note cadenze emergenziali; basti osservare la fisionomia assunta dallo statuto penale della p.a., plasmato sul ruvido calco della "spazzacorrotti".

Per evitare una schizofrenica pendolarità tra licenziosa *deregulation* e feroce repressione, che finirebbe per congiungere i mali di entrambe, resta fondamentale interpretare, rischiarare, discernere.

Opere editoriali come quelle di Manacorda e Centonze aiutano a orientarci in un'attualità in rapidissima evoluzione e a cogliere il senso profondo dei mutamenti in corso.