

Severe le norme imposte dal decreto legislativo 231/01 : espansione del novero dei reati, modelli di prevenzione penale, organismi di vigilanza. E per i trasgressori, sanzioni pecuniarie e interdittive

La responsabilità degli Enti

Avv. Riccardo Olivo*

*Associazione degli Studi Legali Vassalli e Salonia

Con il decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 è stata introdotta nel nostro ordinamento nazionale, accanto a quella personale del soggetto agente, la responsabilità degli "enti" (enti forniti di personalità giuridica, società e associazioni anche prive di personalità giuridica) in relazione alla commissione di alcune categorie di reato. Presupposto per tale responsabilità è che sia stato commesso un reato (tra quelli tassativamente indicati dallo stesso decreto) nell'interesse o a vantaggio (anche non esclusivi) dell'ente, non essendo irrogabile alcuna sanzione qualora il reo abbia agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi. In primo luogo, la responsabilità è determinata dai reati commessi da coloro che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di



autonomia finanziaria e funzionale, nonché le persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso (c.d. "apicali"). L'ente è, poi, parimenti responsabile per i reati commessi da persone sottoposte alla "direzione o alla vigilanza" di uno dei soggetti apicali (c.d. "sottoposti"). E' opportuno precisare che, in via generale, la relazione - organica, o anche contrattuale - con l'ente deve essere valutata non tanto in base a elementi formali, bensì in relazione alla funzione e alle mansioni concretamente esercitate dai vari soggetti, valutando la riconducibilità del loro comportamento alla sfera soggettiva ed operativa dell'ente stesso.

Le sanzioni applicabili

Le sanzioni che possono essere comminate da parte del giudice penale a carico della società sono di varia natura, e posso-

no raggiungere livelli di notevole gravità.

La sanzione pecuniaria, il cui ammontare oscilla da venticinquemila a un milione e mezzo di euro circa, costituisce uno dei poli del regime sanzionatorio, e viene commisurata per quote.

In particolare, il giudice determinerà il numero delle quote (da un minimo di cento ad un massimo di mille) a seconda della gravità oggettiva e soggettiva dell'illecito, mentre definirà il valore di ciascuna quota (da un minimo di 250 ad un massimo di 1500 euro circa) sulla base delle condizioni economico-patrimoniali della persona giuridica.

Conseguentemente, l'ammontare della sanzione è dato dal combinarsi aritmetico di un moltiplicatore fissato dal fatto illecito con un moltiplicando ricavato dalla capacità economica dell'ente.

L'altro polo del sistema sanzionatorio è costituito dalle sanzioni interdittive, di durata compresa fra tre mesi e due anni, che possono essere irrogate dal giudice nelle ipotesi più gravi, rispetto alle quali si ritiene necessario un significativo impatto punitivo.

Partitamente, tali sanzioni sono:

- l'interdizione dall'esercizio dell'attività;
- la sospensione o la revoca di autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito;
- il divieto di contrattare con la PA;
- l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi, nonché l'eventuale revoca di quelli già concessi;
- il divieto di pubblicizzare beni o servizi.

In casi di particolare gravità, e di reiterazione di condotte criminose, inoltre, le sanzioni interdittive possono essere comminate anche in via definitiva.

Con la sentenza di condanna, infine, è sempre disposta la confisca del profitto del reato.

I reati rilevanti ex D.Lgs. 231/01

Tra le fattispecie delittuose che determinano la responsabilità dell'ente collettivo, le

più rilevanti appaiono la corruzione e la concussione, i reati societari, nonché una serie di reati che attengono alla tutela della corretta gestione delle risorse pubbliche, quali la malversazione ai danni dello Stato, l'indebita percezione o la truffa per il conseguimento di erogazioni pubbliche (per tali intendendosi "contributi, finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni, comunque denominate, concessi o erogati dallo Stato, da altri enti pubblici o dalle Comunità europee"), la truffa aggravata ai danni dello Stato o di altro ente pubblico.

Accanto a dette ipotesi è prevista la responsabilità dell'ente anche per altri reati che, a dire il vero, appaiono di marginale probabilità di commissione da parte di soggetti che svolgano attività di impresa, quali la falsità in monete o in valori di bollo, i delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico e i delitti contro la personalità individuale.

Si deve, altresì, rimarcare il processo di rapida espansione del novero dei reati che determinano la responsabilità dell'ente, rammentando tuttavia che, in virtù dei principi di legalità e tassatività, tale responsabilità non sarà comunque configurabile per reati commessi anteriormente alla loro inclusione nell'elenco di quelli rilevanti ex D. Lgs 231.

Dal momento che il presupposto per l'irrogazione di sanzioni all'ente è la commissione di un reato, competente in materia è il giudice penale chiamato a conoscere i reati presupposti, ed il relativo procedimento è di norma riunito al procedimento penale instaurato nei confronti dell'autore del reato.

L'esimente da responsabilità in caso di adozione di idonei modelli di prevenzione penale

Il decreto esclude l'applicazione delle sanzioni ove, prima della commissione del fatto di reato, l'organo dirigente abbia adottato ed efficacemente attuato un sistema normativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi (nella terminologia del decreto, modello di organizzazione e di gestione, d'ora in poi: "Modello").

In linea generale, il Modello deve contenere misure idonee - tenuto conto della natura e delle dimensioni dell'organizzazione sociale, nonché del tipo di attività svolta - a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge ed a prevenire, scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio.

Più in particolare, il Modello (la cui elaborazione deve muovere da un'analisi delle attività aziendali nel cui ambito possono essere commessi i reati, c.d. *mappatura dei rischi*) è costituito da un complesso di misure, quali:

- norme di comportamento o procedure;
- modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati;
- un sistema di vigilanza;
- un sistema disciplinare da applicare in caso di violazione del Modello stesso.

Per quanto concerne i reati commessi dagli "apicali" l'adozione di tale Modello non è condizione di per sé sufficiente ad escludere la responsabilità dell'ente, essendo a tal fine richiesto anche che sia stato istituito un apposito Organismo di vigilanza, che non vi sia stata omessa o insufficiente vigilanza da parte di questo e che i soggetti agenti abbiano commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione.

In relazione ai reati commessi dai "sottoposti", invece, l'aver adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi si configura come vera e propria esimente, che esclude la responsabilità dell'ente collettivo.

Organismo di vigilanza

Salvo che negli enti di "piccole dimensioni", per l'efficacia del Modello è necessario che il compito di vigilare sul suo funzionamento e sulla sua osservanza (nonché di curarne l'aggiornamento) sia affidato ad un Organismo *ad hoc*, nella prassi denominato Organismo di vigilanza, dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo. Ed infatti, mentre per i c.d. "sottoposti" le

funzioni di vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza del Modello potrebbero essere svolte dagli uffici ordinariamente competenti (ad esempio, direzione del personale), cui potrebbe essere affidato anche il compito di applicare il sistema disciplinare relativo al Modello stesso, ciò non sarebbe possibile né comunque opportuno nei riguardi dei soggetti collocati al vertice dell'organizzazione societaria, sui quali si rende, pertanto, indispensabile che vigili un apposito Organismo indipendente.

Le caratteristiche dell'Organismo richieste dalla norma (essere interno all'ente, ma con poteri autonomi di iniziativa e di controllo) impongono che i soggetti preposti a tale funzione non rivestano alcun incarico operativo in seno all'ente.

Alcune società, pur nel dissenso della dottrina, hanno individuato nell'*Internal Auditing* il soggetto più adatto per assolvere ai compiti che il decreto affida all'Organismo. Altre hanno, invece, concepito un Organismo in cui è investito della responsabilità di vigilanza un soggetto interno, il quale ricorra ad auditor esterni, specialisti del controllo, per lo svolgimento di tutte le attività connesse a tale funzione.

Le prime, finora varie, pronunce intervenute sul punto da parte dell'A.G. penale sono orientate a richiedere che l'organismo di vigilanza sia composto da persone qualificate ed effettivamente "autonome" rispetto alla società.

Il che consiglia di scegliere i componenti dell'organismo facendo ricorso, per quanto possibile, a professionalità esterne, attribuendo loro uno statuto che ne conferisca un'effettiva indipendenza e sufficienti poteri d'intervento su tutte le aree di attività dell'ente.

La scelta di dotare dei modelli l'ente

Nell'impianto del decreto la predisposizione dei modelli costituisce un onere (e non un obbligo) per la società, nel senso che l'organo dirigente dovrà effettuare una valutazione discrezionale circa l'opportunità o meno di tale iniziativa, considerando

ad es. che in caso di commissione di reati da parte di soggetti apicali la mancata adozione del Modello determinerà automaticamente la responsabilità della società. Analogamente, nel caso di reato commesso da un sottoposto, se è vero che l'ente potrà andare esente da responsabilità ove dimostri che non vi è stata - da parte dei soggetti in posizione apicale - inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza nei confronti del reo (soggetto sottoposto), è tuttavia difficile immaginare (almeno con riguardo ai reati attualmente compresi nella disciplina) che il sottoposto abbia commesso il fatto senza che vi abbia concorso anche un soggetto apicale.

Peraltro, la scelta di non adottare i modelli potrebbe apparire irragionevole e gravemente imprudente, ove si consideri che la responsabilità dell'ente è autonoma e sussiste anche se l'autore sia rimasto ignoto o non sia imputabile e, inoltre, che del pagamento della sanzione pecuniaria risponde soltanto l'ente con il suo patrimonio o con il fondo comune. Deve evidenziarsi come tale scelta, oltre che imprudente, potrebbe essere valutata quale illecito gestionale degli amministratori. Ed invero, qualora non fosse stato adottato il Modello e, in seguito alla commissione di un reato rilevante, il giudice penale infliggesse alla società una sanzione prevista dal decreto, i soci potrebbero promuovere l'azione di responsabilità sociale contro gli amministratori per ottenere il ristoro del danno derivato al patrimonio sociale. A tale proposito, in base alla recente riforma del diritto societario, nelle spa l'azione sociale di responsabilità potrà essere esercitata non solo dalla maggioranza (sulla base di delibera assembleare) ma anche direttamente dalla minoranza dei soci (un quinto del capitale o la diversa misura prevista nello statuto, comunque non superiore ad un terzo; nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, il *quorum* è addirittura di un ventesimo del capitale o la minore misura prevista nello statuto).

Le peculiarità del modello ex decreto n. 231

I modelli contemplati dal decreto n. 231 differiscono nettamente dagli altri sistemi di organizzazione e controllo interni, già adottati in molte società, e dal cd. Codice Etico, di cui un numero sempre maggiore di società si sta dotando nel nostro Paese sull'onda della sensibilità avvertita verso le questioni di cd. *corporate governance* e più in generale di "comunicazione aziendale" e di responsabilità "sociale" delle imprese.

Il Codice etico, ad esempio, non prevede specifiche procedure organizzative ma al più ripete i precetti delle norme penali (si pensi al generico divieto di dazione di danaro a pubblici ufficiali al fine di ottenere un vantaggio per la società) o contiene mere enunciazioni di principi morali (esempio di correttezza e lealtà nei confronti della società e dei terzi).

Conseguentemente, per fruire della esimente della responsabilità individuata dal decreto n. 231, le imprese dovranno predisporre un apposito Modello "idoneo" a prevenire il rischio di commissione dei reati rilevanti. Ciò richiede diverse competenze professionali: organizzazione aziendale, diritto societario e commerciale, diritto penale, diritto del lavoro.

Per quanto riguarda il contributo legale, sotto il profilo del diritto societario e commerciale una prima questione rilevante concerne l'individuazione dei soggetti la cui condotta penalmente illecita possa determinare la responsabilità della società, verificando ad esempio se possano essere considerati sottoposti alla "direzione" o "vigilanza" dei soggetti apicali, oltre ai dipendenti della società, anche soggetti formalmente esterni (procuratori, consulenti, collaboratori), o i vari esponenti di società del gruppo (controllate, collegate, sorelle). Allo stesso modo, appare problematica la sfera di applicazione del decreto n. 231 a raggruppamenti di imprese, consorzi, joint-

ventures, ecc. Altra tematica di rilievo, sempre sotto il profilo del diritto societario, attiene alla circostanza che, mentre le violazioni del modello commesse dai dipendenti potranno essere efficacemente sanzionate attraverso il sistema disciplinare aziendale (da integrare con specifiche previsioni ex decreto 231), appare meno agevole individuare le sanzioni più appropriate da comminare ai soggetti apicali, nonché le modalità con le quali queste possano essere irrogate. Sotto il profilo penalistico, appare evidente che l'idoneità del Modello debba essere valutata alla stregua della sua capacità di prevenzione criminale specifica, ossia riferita ai reati rilevanti ai sensi del decreto.

La comprensione dell'ambito di operatività delle norme penali è, pertanto, indispensabile in un primo momento, per individuare le aree e le attività aziendali nelle quali possano - in astratto - essere commessi reati rilevanti e, successivamente, per valutare l'idoneità delle misure adottate alla prevenzione degli stessi.

Si pensi, inoltre, alla complessa problematica dell'esatta individuazione delle condizioni alle quali anche reati commessi all'estero possano determinare la responsabilità dell'ente. Infine, appare necessaria la competenza giuslavoristica per la redazione del sistema disciplinare, parte integrante dei modelli, nonché per risolvere le delicate questioni che si pongono, proprio in materia disciplinare, in relazione ad esempio al necessario coinvolgimento delle O.O.S.S. In conclusione, il decreto richiede un approccio che tenga conto di come, nel nuovo concetto di responsabilità da reato, appaiano mutati i concetti di imputabilità e di colpa (tradizionalmente modulati sul paradigma delle persone fisiche), dal momento che nell'impianto normativo in esame la commissione di reati rileva non solo in quanto espressione di una politica aziendale, ma anche come mera conseguenza di una "colpa di organizzazione" dell'ente.