

chiesta di sequestro conservativo a garanzia delle obbligazioni civili derivanti dal reato, l'art. 54 d.lgs., nel prevedere e disciplinare il sequestro conservativo dei beni facenti capo all'ente, ne limita l'operatività alle garanzie per il pagamento della sanzione pecunaria, delle spese del procedimento e di ogni altra somma dovuta all'ente, delle spese del procedimento, ponendo, di conseguenza, il P.M. quale unico titolare della relativa richiesta. D'altra parte l'art. 45, nel richiamare in chiusura l'art. 316 c.p.p., fa rinvio esclusivamente al comma 4, escludendo pertanto le disposizioni di cui al comma 2 e 3 concernenti appunto la facoltà della parte civile. E ancora occorre sottolineare che la disciplina contenuta nell'art. 69 d.lgs., concernente la sentenza di condanna pronunciata a carico dell'ente, non fa alcun cenno delle questioni civili. Né del resto risultano norme parallele a quelle di cui agli artt. 539, 540, 541 c.p.p. concernenti la condanna ai danni ed alle spese relative all'azione civile.

Trib. Milano, Ufficio Gip, Ord. 9 marzo 2004, Giud. Forleo, inedita.

COMMENTI

La responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato: primi orientamenti giurisprudenziali
(di LUCA TROYER).

1. Il d.lgs. 8 giugno 2001 recante la « Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche pive di personalità giuridica » in attuazione della delega conferita al Governo con l'art. 11 della legge n. 300/2000, ha di fatto adeguato la nostra legislazione ad alcune Convenzioni internazionali che l'Italia aveva da tempo ratificato (Convenzione di Bruxelles 26 luglio 1995, Convenzione di Bruxelles 26 maggio 1997 e Convenzione OCSE del 17 dicembre 1997 sulla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni eco-

nomiche internazionali) (1). Tale legge ha finalmente introdotto anche nel nostro ordinamento un sistema sanzionatorio che prevede la punibilità delle persone giuridiche per la commissione di reati avvenuti in connessione con la loro attività. Infatti queste convenzioni sono state approvate quando negli altri Stati e nelle sedi internazionali il principio della responsabilità degli enti era ormai affermato (2).

L'entrata in vigore della predetta normativa ha suscitato accesi dibattiti dottrinali (3), in quanto nel nostro ordinamento, tradizionalmente, solo la persona fisica veniva considerata come possibile destinatario di una sanzione punitiva, secondo il noto broccardo « *Societas delinquere non potest* » (4). È stato detto, in particolare, che le sanzioni previste dal d.lgs. n. 231/2001 avrebbero solo formalmente natura amministrativa, ma in realtà sarebbero delle sanzioni penali e ciò integrerebbe una vera e propria « *truffa delle etichette* » non del tutto innocua, in quanto funzionale al ma-

(1) Sul punto si veda più approfonditamente C.E. PALEO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. giur.*, n. 7/2001, p. 345.

(2) In Gran Bretagna, ordinamento di *common law*, era ammessa la responsabilità penale delle persone giuridiche sin dal 1842, anno del primo caso, Birmingham and Gloucester Road Railway co.. Per un interessante esposizione del sistema adottato nel diritto penale statunitense si veda C. De Macia, *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa — Crisi e innovazione nel diritto penale statunitense*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/1995, p. 88 e ss.

(3) Si veda in proposito A. ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 33 e ss; V. MAELLO, *La natura (formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. n. 231/2001: una « truffa delle etichette » davvero innocua?* in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 879 e ss.; C.E. PALEO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. giur.*, n. 7/2001, p. 345 e ss.; G. FLORA, *Le sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche: un esempio di « metemorfosi » della sanzione penale?* in *Diritto penale e processo*, n. 11/2003, p. 1398 e ss.; C. PASCALINI, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Quest. giust.*, 2002, p. 1087 e ss.; G. AMARELLI, *Mito Giuridico ed evoluzione della realtà: il crollo del principio societas delinquere non potest*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, p. 941 e ss.

(4) Vi è chi ha notato che in realtà tale principio deve essere ascritto al vero dei dogmi prodotti durante l'Illuminismo, in quanto sino ad allora, soprattutto in seguito alla speculazione di Bartolo da Sassoferrato, era prevalso il principio opposto in base al quale le universitates erano annoverate pacificamente tra le possibili destinatarie di risposte punitive: cfr. G. AMARELLI, *Mito Giuridico*, cit., p. 942.

scheramento di uno «strappo» ai principi costituzionali — ed in particolare a quelli previsti dagli art. 27, comma 1 («*La responsabilità penale è personale*») e 25 comma 2 («*Nessuno può essere punito per se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso*») della Legge Fondamentale — che si sarebbe consumato con il varo del d.lgs. n. 231/2001 (5). Altri, invece, hanno giustamente notato che i due modelli, amministrativo e penale, sono sostanzialmente inadeguati per la loro rigidità a ricevere l'innesto del nuovo istituto e, una volta abbandonata l'ossessione nominalistica per valutare le discipline nel loro impianto strutturale e nell'orientamento funzionale, si può riconoscere che si tratta di una responsabilità punitiva «che sorge in ambiente penistico per esigenze di miglior tutela dei beni giuridici, ma non assume lo schema penalistico» (6). Nessuna «truffa delle etichette», dunque, giacché il legislatore, apprestando garanzie sostanziali e processuali, lungi dal voler coprire l'elusione di garanzie rese necessarie dalla sostanza punitiva degli istituti, al contrario ha adottato un'ottica tipicamente penalistica, indubbiamente la più garantista tra tutte le opzioni disponibili (7). Difatti il sistema sanzionatorio introdotto dal d.lgs. n. 231/2001 è chiaramente orientato in senso preventivo, ma è costruito sul «tendenzialmente massimo» rispetto del principio di colpevolezza: l'ente risponderà per il fatto della persona fisica solo quando la commissione del fatto stesso sia rimproverabile all'ente stesso quanto meno a titolo di colpa (8).

2. Passando ad un sia pur sintetico esame della normativa, occorre premettere che questa nuova responsabilità sorge soltanto in occasione della realizzazione di determinati reati, espressamente individuati nel d.lgs. alla sezione III del capo I, ovvero, in sostanza, i reati di malversazione a danno dello Stato, indebita percezione di erogazioni da parte dello Stato, truffa a danno dello Stato e truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche, frode informatica a danno dello Stato o di altro ente pubblico (art. 24), concussione, corruzione e istigazione alla corruzione (art. 25); nonché, a seguito di successive integrazioni, i reati di falsità in monete, carte di pubblico credito e valori di bollo e, da ultimo (art. 25-bis), i reati societari di cui al d.lgs. n. 61/2002 (art. 25-ter) e, sorprendentemente, anche i delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico previsti dal codice penale e dalle leggi speciali (25-quater). L'inserimento di tale categoria di reati, apparentemente stravagante, trova in realtà giustificazione nella ratifica e nell'esecuzione della Convenzione internazionale per la repressione del finanziamento del terrorismo stipulata a New York il 9 dicembre 1999 (9).

La responsabilità dell'ente trova il suo fondamento nella connivenza con la realizzazione di un reato da parte di una persona fisica che sia collegata da un rapporto funzionale con la persona giuridica: l'art. 5 del d.lgs. prevede, infatti, che il reato debba essere compiuto da soggetti legati all'ente da un rapporto di rappresentanza — persone che rivestono funzioni di rappresentanza, amministrazione, direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale, ovvero che esercitano di fatto la gestione ed il controllo dell'ente (art. 5 n. 1) — oppure da un rapporto di subordinazione — persone sottoposte alla direzione ed alla vigilanza di uno dei soggetti sopra indicati (art. 5 n. 2).

2). In dottrina è stato giustamente notato che a queste due differenti categorie di rapporto corrispondono due distinti criteri di imputazione soggettiva della responsabilità all'ente.

Nel caso di reato commesso da persona che si trovi in rapporto di subordinazione ci troviamo in presenza di un tipo di responsabilità di natura sostanzialmente colposa, ove ciò che rileva è una generale e strutturale colpa di organizzazione nella prevenzione e protezione dell'azienda dallo specifico rischio della commissione di un reato da parte di un dipendente dell'impresa stessa (10). Ai sensi dell'art. 7 del d.lgs. sarà la pubblica accusa a dover dimostrare non solo la

(5) Cfr. V. MATELLO, *La natura, cit., p. 914 e s.; cfr, inoltre, Musco, Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure inserditive, in Dir. giust., 2001, p. 23.*

(6) A. ALESSANDRI, *Note penalistiche, cit., p. 57, 58.*

(7) D. PULITANO, *La responsabilità «da reato» degli enti: i criteri d'imputazione, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2002, p. 417.*
(8) C.E. PALERMO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, cit., p. 845.*

(9) Si veda per un orientamento critico sul punto A. CARAVONA, *La responsabilità degli enti: alcune note sui reati presupposto, in Riv. trim. dir. pen. econ., 2003, p. 995.*

(10) C.E. PALERMO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, cit., p. 846.*

dello insufficiente⁽¹¹⁾, ma anche il nesso eziologico tra l'insorganza degli obblighi e la realizzazione del reato da parte del su-bordinato.

Anche qualora il soggetto che ha commesso il reato si trovi in «*posizione apicale*» il criterio di imputazione è da considerarsi di natura colposa, ma in tal caso la «*colpa di organizzazione*» dell'ente per i reati commessi dai suoi «*vertici*», pur se più «*tipizzata*», viene valutata con un criterio di maggiore severità, giacché è prevista sul piano processuale — ma con innegabili riflessi di natura sostanziale — una vera e propria inversione dell'onere della prova con riguardo alla dimostrazione dell'insussistenza della colpa, ai sensi dell'art. 6 del medesimo d.lgs., come meglio vedremo più avanti. In sostanza, nel caso di fatto di reato commesso dal «*soggetto apicale*», ai fini della punibilità dell'ente, il legislatore ha ritenuto sostanzialmente sufficiente la colpevolezza per il commesso reato «*che è al tempo stesso colpevolezza del soggetto apicale autore del reato e dell'ente che egli "impersona"*»⁽¹²⁾, avendo valutato che il soggetto apicale normalmente impersona l'ente. Tra l'altro, significativamente, per avere l'esonero dalla responsabilità l'ente dovrà dimostrare che il soggetto apicale ha commesso il reato «*eludendo fraudolentemente*» il modello organizzativo e di gestione.

Se non è una «*presunzione di colpa organizzativa*»⁽¹³⁾, poco ci manca: infatti non vi è alcun dubbio non solo che i fatti e gli adempimenti che l'ente ha l'onere di provare sono tali e tanti che la loro dimostrazione risulterà, nella maggior parte dei casi, oltranzoso difficile, ma soprattutto che la valutazione dell'adeguatezza⁽¹⁴⁾ dei modelli di organizzazione e gestione verrà effettuata *ex post* da un giudice penale, con la conseguenza che l'*onus probandi* rischia in concreto di assumere le caratteristiche di una *probatio diabolica*.

Anche in questo caso, tuttavia, nessuno «*strappa*» ai principi

⁽¹¹⁾ In tal senso 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 Giulio Garuti, Padova, 2002, p. 112.

⁽¹²⁾ D. Poirayn, *La responsabilità «da reato» degli enti*, cit., p. 430.

⁽¹³⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁴⁾ G. De Simone, *I profili sostanziali della responsabilità*, cit., p. 110.

costituzionali in materia di colpevolezza ed in particolare all'art. 27 Cost., che impone per la responsabilità penale il rispetto del principio di colpevolezza⁽¹⁵⁾. Infatti l'esistenza di siffatte inversioni dell'onere della prova, soprattutto in presenza di posizioni di garanzia, è ammessa — per una costante prassi applicativa che ha superato il vaglio di legittimità costituzionale⁽¹⁶⁾ — nello stesso diritto penale: si pensi ai reati colposi in materia di diritto penale del lavoro. Come si è già spiegato, la migliore dottrina ritiene che con la norma in questione il Legislatore abbia inteso introdurre un paradigma di «*colpa di organizzazione*» specifico per il «*fatto dei vertici*» che da un lato tenga conto del c.d. principio dell'«*identificazione*», per cui se il reato è commesso dall'amministratore o dal legale rappresentante, esprimendo questi la volontà dell'ente nei rapporti verso l'esterno, si considera che il reato sia stato compiuto dall'ente stesso⁽¹⁷⁾, dall'altro consente di valorizzare in chiave esimente il rispetto di idonee regole di diligenza da parte della società, finalizzate a prevenire il rischio di compimento dei reati da parte dell'ente stesso: regole di diligenza in parte auto-imposte, in parte previste ovvero «*presupposte ex lege*, in seguito all'entrata in vigore — sia pure successiva al d.lgs. n. 231/2001 — dei nuovi sistemi di *corporate governance* introdotti dalla recente riforma societaria, come vedremo più avanti.

Quid iuris nel caso in cui l'attività imprenditoriale venga esercitata da un imprenditore individuale? Secondo la giurisprudenza di legittimità, assolutamente condivisibile, il d.lgs. e segnatamente l'art. 1, comma 1, nel riferirsi agli «*enti*», evoca «*l'intero spettro degli enti metaindividuali*», escludendo contestualmente che le disposizioni in esso previste possano applicarsi alle imprese individuali⁽¹⁸⁾. La disciplina in esame, è invece applicabile a mio giudizio, alle filiali italiane di società straniere, le cosiddette *branchi*.

⁽¹⁵⁾ C.E. Palazzo, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., p. 847.

⁽¹⁶⁾ Si veda per un approfondimento critico circa la sentenza della Corte cost. n. 312/1996, D. Poirayn, *La responsabilità «da reato» degli enti*, cit., p. 435.

⁽¹⁷⁾ Ricorda Pallero che sono state proprio le convenzioni internazionali cui la legge delega ha dato ratifica ed esecuzione ad imporre di prevedere due paradigmatici di responsabilità differenziati per l'ente a seconda che il reato sia stato realizzato dal dipendente, ovvero, invece, da un suo legale rappresentante: *ibidem*, p. 845.

⁽¹⁸⁾ Cass. pen. Sez. VI, 22 aprile 2004, n. 18941, Pres. Trojano, Est. Ro-

ches: l'art. 1 del d.lgs. n. 231/2001, come si è detto, individuando i soggetti a cui lo stesso si applica, dice testualmente: «*Il presente decreto legislativo disciplina la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato. Le disposizioni in esso previste si applicano agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica.*». D'altra parte l'art. 5, comma 1, lett. a) dispone espressamente che l'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o suo vantaggio «da persone che rivestono funzione di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale». Orbene la sede secondaria di una multinazionale è sicuramente da considerarsi, ai fini del citato decreto, una entità autonoma giacché costituisce una unità produttiva, è caratterizzata da sostanziali condizioni imprenditoriali di indipendenza tecnica e amministrativa ed è normalmente iscritta al Registro delle Imprese. A ciò si aggiunga che secondo i primi orientamenti giurisprudenziali la disciplina sanzionatoria di cui al d.lgs. n. 231/2001 è da considerarsi direttamente applicabile anche nei confronti di società straniere che operino in Italia, senza che abbia alcun rilevo la circostanza che «la legge del paese dove ha sede la società nei confronti della quale il provvedimento cautelare interdittivo viene richiesto non preveda né sanzioni interdittive, né l'obbligo di adottare i precisi modelli organizzativi e di controllo delineati dalla legge italiana» (19).

3. Ai fini dell'applicazione della disciplina sanzionatoria in oggetto, occorre, inoltre, che esista un ulteriore criterio di collegamento tra fatto-reato e persona giuridica, di natura «oggettiva» (20) e cioè che la condotta illecita sia stata realizzata nell'interesse o a vantaggio dell'ente stesso. Dunque, non soltanto allorché il comportamento illecito abbia determinato un vantaggio, patrimoniale o meno, per l'ente, ma anche nell'ipotesi in cui, pur in assenza di tale concreto risultato, il fatto-reato trovi ragione nel-

tuno, più sopra massimata, già pubblicata in *Dir. e prat. soc.*, n. 9/2004, p. 72, con commento di R. Bacchetti.

(19) Trib. Milano, Ufficio Gip, Ord. 27 aprile 2004, Giud. Salvini, più sopra massimata.

(20) C.E. PATERO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, cit., p. 845.

l'interesse dell'ente. Laddove, al contrario, i soggetti più sopra indicati abbiano agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi, l'ente non risponde (art. 5, comma 2).

Non è necessario, invece, che il reato sia stato commesso nell'interesse esclusivo dell'ente come risulta espressamente dalla circostanza che è stata prevista una attenuante dall'art. 12, comma 1, lett. a), nel caso in cui «*L'autore del reato ha commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non ne ha ricavato vantaggio o ne ha ricevuto un vantaggio minimo.*».

Oltre alla responsabilità amministrativa dell'ente, resta ferma, come è ovvio, la responsabilità penale dell'autore del fatto illecito.

Le sanzioni previste dalla normativa oggetto della presente trattazione sono, in via principale, pecuniarie (art. 10) e, in via eccezionale, interdittive (art. 13) e precisamente:

A) la sanzione pecuniaria fino a un massimo di € 1.549.370,69 (e sequestro conservativo in sede cautelare);

B) le sanzioni interdittive (applicabili anche come misura cautelare):

- interdizione dall'esercizio dell'attività;
- sospensioni o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito;
- divieto di contrattare con la pubblica amministrazione;
- esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o

subsidi e l'eventuale revoca di quelli concessi;

- divieto di pubblicizzare beni o servizi;
- confisca (e sequestro preventivo in sede cautelare);
- pubblicazione della sentenza (che può essere disposta in caso di applicazione di una sanzione interdittiva).

Come già anticipato, le sanzioni interdittive sono applicabili anche in via cautelare. A questo proposito la giurisprudenza ha precisato che perché possa essere applicata una misura cautelare, stante la natura sostanzialmente anticipatoria delle misure cautelari contemplate dal d.lgs. n. 231/2001, è necessario che venga accertata non solo la sussistenza dei presupposti tipici delle misure cautelari (gravi indizi di responsabilità e pericolo di reiterazione del reato), ma anche, sia pure entro i limiti di una cognizione sommaria, la sussistenza delle condizioni previste dall'art. 13 dello stesso decreto per la comminazione delle pene accessorie interdit-

tive e cioè il profitto di rilevante entità tratto dalla società o la reiterazione degli illeciti (21).

4. Il giudizio si svolge avanti il giudice penale con l'osservanza delle norme del codice di procedura penale e della legge n. 271/1989 (Norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale). L'ente sta in giudizio in persona del suo legale rappresentante, salvo che questi sia imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo (art. 39, comma 1).

La giurisprudenza ha avuto già modo di precisare che la parificazione operata dal legislatore nel d.lgs. n. 231/2001 tra l'imputato o la persona sottoposta ad indagini (giusta l'estensione operata dall'art. 61 c.p.p. all'indagato) e l'ente, lungi dall'essere soltanto una norma di chiusura del sotto-sistema dettata dalla preoccupazione del legislatore di colmare possibili lacune in grado di pregiudicare l'operatività della disciplina, esprime la volontà legislativa di apprestare, anche in questa materia, un sistema di garanzie analogo a quello delineato dal codice di rito per l'accertamento del reato. Conseguentemente, «*ancorche non espressamente previsto, deve ritenersi che questo sistema di garanzie non possa prescindere dall'avviso all'ente della conclusione delle indagini, qualora il pubblico ministero non intenda procedere all'archiviazione del procedimento, come previsto dall'art. 415-bis c.p.p. per l'indagato*» (22). Non è possibile la costituzione di parte civile nell'ambito del procedimento per l'accertamento della responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato: infatti, «*la disciplina della responsabilità amministrativa della società, articolata in parallelo con quella concernente la responsabilità penale dell'autore del reato, si attesta tuttavia su un piano di autonoma*». Per prima cosa, infatti, in evidente deroga al disposto di cui all'art. 316 comma 2 c.p.p. che estende alla parte civile la possibilità di richiedere il sequestro conservativo a garanzia delle obbligazioni civili derivanti dal reato, l'art. 54 d.lgs. nel prevedere e disciplinare il sequestro conservativo dei beni facenti capo all'ente, ne limita l'operatività alle garanzie per il pagamento della san-

zione pecunaria, delle spese del procedimento e di ogni altra somma dovuta all'erario dello Stato, ponendo, di conseguenza, il P.M. quale unico titolare della relativa richiesta. D'altra parte l'art. 45, nel richiamare in chiusura l'art. 316 c.p.p., fa rinvio esclusivamente al comma 4, escludendo pertanto le disposizioni di cui al comma 2 e 3 concernenti appunto le facoltà della parte civile. E ancora occorre sottolineare che la disciplina contenuta nell'art. 69 d.lgs., concernente la sentenza di condanna pronunciata a carico dell'ente, non fa alcun cenno delle questioni civili. Né del resto risultano norme parallele a quelle di cui agli artt. 539, 540, 541 c.p.p. concernenti la condanna ai danni ed alle spese relative all'azione civile (23).

5. Fatta questa premessa, appare opportuno soffermarsi su uno degli aspetti peculiari della cennata normativa, rappresentato dalla possibilità per l'ente di avvalersi di un «*sistema di esonero dalla responsabilità*», i cui tratti essenziali sono enunciati agli artt. 6-7 del d.lgs.. Tale previsione trova indubbiamente il suo fondamento nella tensione generalpreventiva che ispira la disciplina in questione, chiaramente finalizzata a coinvolgere le persone giuridiche nel compito di fornirsi di strumenti per bloccare sul nascere eventuali iniziative potenzialmente pregiudizievoli per gli interessi oggetto della tutela dei reati presupposto (24).

In sintesi, ai sensi dell'art. 6 legge cit., nel caso in cui il reato sia commesso da soggetti in posizione apicale (art. 5 n. 1), l'ente è esonerato da ogni responsabilità se prova che:

- l'organo dirigente ha adottato ed attuato efficacemente, prima della commissione del fatto, *modelli di organizzazione gestione e controllo* idonei a prevenire reati della specie di quello versificatosi;

- il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli è stato affidato ad un organismo dell'ente dotato di automatici poteri di iniziativa e controllo;

(23) Trib. Milano, Ufficio Gip, Ord. 9 marzo 2004, Giud. Porleo, inedita, più sopra massimata.

(24) Si veda in tal senso G. De Francesco, *Disciplina penale societaria e responsabilità degli enti: le occasioni perdute della politica criminale*, in *Diritto penale e processo*, n. 8/2003, p. 929, 930.

— il reato è stato commesso eludendo fraudolentemente i mordini di organizzazione e gestione.

L'esonero, tuttavia, non è totale, giacché non è esclusa la confsca e per tale motivo si è giustamente rilevato che «*la fattispecie incide sulla sanzione, non sulla responsabilità*»⁽²⁵⁾.

Nel caso in cui il reato sia stato invece compiuto da soggetti in posizione subordinata (art. 7, in relazione all'art. 5 comma 1 lett. b), l'ente risponderà dell'illecito se questo è stato reso possibile dall'inosservanza del dovere di direzione e di vigilanza, fermando restando l'esclusione di responsabilità ove sia fornita la prova dell'adozione dei modelli di organizzazione gestione e controllo nel senso già sopra indicato.

Occorre sottolineare che la legge prevede l'adozione del modello di organizzazione, gestione e controllo in termini di facoltatività e non di obbligatorietà⁽²⁶⁾, se non nella misura in cui i doveri attinenti siano desumibili da altre fonti normative: occorre sempre ricordare, infatti, che, sia pure ex post, il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, introducendo nuovi sistemi di corporate governance, ha modificato, nel senso di un maggior rigore, il tradizionale sistema dei controlli societari⁽²⁷⁾.

Tuttavia la mancata adozione del modello espone l'ente alla responsabilità per gli illeciti realizzati da amministratori e dipendenti. L'adozione del modello diviene, pertanto, di fatto obbligatoria se si vuole beneficiare dell'esimente.

Va ricordato, peraltro, che l'applicazione delle sanzioni alle imprese incide direttamente sugli interessi economici dei soci. Nei casi in cui sia commesso un reato per il quale è prevista la responsabilità dell'impresa, legittimamente i soci potrebbero esperire azione di responsabilità nei confronti degli amministratori inerti che, non avendo adottato il modello, abbiano impedito

all'ente di beneficiare del meccanismo di «esonero». Si consideri che il nuovo testo dell'art. 2381 c.c., così come modificato dalla recente riforma del diritto societario, prevede (comma 3) che il consiglio di amministrazione «sulla base delle informazioni ricevute valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società» e che (comma 5) «gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa».

Secondo autorevole dottrina i modelli organizzativi e di gestione rientrerebbero senza alcun dubbio «nell'ambito dell'assetto della società, di cui parla l'art. 2381, comma 3 e 5, c.c.»⁽²⁸⁾. Tale norma risulta applicabile al consiglio di gestione nel sistema monistico (art. 2409-novies comma 1 c.c.) e al consiglio di amministrazione nel sistema dualistico⁽²⁹⁾. L'art. 2403, comma 1 c.c., pone un'analogia previsione per i sindaci: «il collegio sindacale vigila sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo corretto funzionamento».

La disposizione in esame è applicabile nel sistema dualistico al Consiglio di Sorveglianza, in forza del richiamo contenuto nell'art. 2409-terdecies comma 1, lett. c). Nel sistema monistico analoga disposizione è prevista in relazione al comitato di gestione all'art. 2409-octiesdecies comma 5, lett. b)⁽³⁰⁾.

6. Per quanto riguarda i modelli di organizzazione e di gestione il legislatore non ne ha fornito un'esatta definizione, né ha descritto con precisione le caratteristiche che dovrebbero possedere suscitando vivaci critiche da parte della dottrina penale. Non vi è dubbio che la scelta del legislatore consente al giudice penale un ambito di valutazione circa l'idoneità e l'efficacia.

⁽²⁵⁾ D. Piumaro, *La responsabilità «da reato» degli enti*, cit., p. 430.

⁽²⁶⁾ Secondo Pultano la predisposizione di modelli organizzativi idonei a prevenire il reato dei sottoposti sarebbe un vero e proprio obbligo sia dei soggetti apicali, che degli enti che essi impersonano, con la conseguenza che l'ente diversamente di un vera e propria posizione di garanzia: D. Piumaro, *La responsabilità «da reato» degli enti*, cit., p. 431.

⁽²⁷⁾ Per una rapida ma efficace sintesi, si legga C. Carena, *Com'è cambiato il sistema dei controlli societari dopo la riforma delle S.p.a.*, in *Dir. e prat. soc.*, n. 11, 18 giugno 2004, p. 22.

⁽²⁸⁾ Nazzaroni-Pirottevi, *Società per azioni — Amministrazione e controlli*, Milano, 2003, p. 39.

⁽²⁹⁾ R. Calderone, *Come elaborare un codice etico e un modello organizzativo come azione preventiva della responsabilità delle società*, in *Atti del Convegno «Il nuovo sistema delle responsabilità per Amministratori Delegati e Direttori Generali»*, organizzato da Somedia, a Milano, il 29 gennaio 2004, presso Star Hotel Ritz, p. 3.

⁽³⁰⁾ R. Calderone, *Come elaborare un codice etico e un modello organizzativo*, cit., p. 4.

cacia dei modelli organizzativi e di gestione ampiissimo, che incidendo per via del meccanismo di esonero dalla responsabilità, sulla stessa punibilità in concreto dell'ente, finisce per determinare un affievolimento del principio di legalità, ben maggiore di quello relativo al *corpus* della disciplina in materia di lavoro (d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626), pure oggetto di critiche in tal senso, in cui è presente un più deciso ancoraggio a fonti legislative, con una serie di obblighi posti dall'art. 4 di tale decreto la cui completa attuazione — autonomamente sanzionata a livello penale o amministrativo negli artt. 89 s. — prefigura una «rete protettiva rispetto alla sicurezza ed alla salute dei lavoratori non troppo dissimile da ciò che i compliance programs dovrebbero rappresentare in vista della eliminazione o del contenimento del rischio-reato nell'attività dell'ente collettivo»⁽³⁴⁾. Emblematica in tal senso è l'ordinanza, con cui il gip, presso il Tribunale di Roma⁽³²⁾, nell'applicare ad una persona giuridica una misura cautelare si è spinto a valutare specificamente ed in concreto l'idoneità dell'organismo di vigilanza, individuato *ex post* dalla società, statuendo che «per enti di dimensioni medio grandi la forma collegiale si impone, così come si impone una continuità di azione, ovvero sia un impegno esclusivo sull'attività di vigilanza relativa alla concreta attuazione del modello. Al riguardo, si rileva che il soggetto deputato a compiti di controllo interno, quale il responsabile delle procedure ISO 9002 e della sicurezza all'interno della principale società operativa non è idoneo in quanto potrebbe non possedere quei requisiti di autonomia e di indipendenza che dovrebbero caratterizzare l'organismo di vigilanza».

Peraltra vi è da osservare che, a ben vedere, il denunciato affievolimento del principio di legalità è il medesimo che «attraverso l'intero campo della colpa», in cui è tradizionalmente ammesso un ampiissimo spazio per regole cauteleari «non codificate».

⁽³¹⁾ G. De Vero, *La responsabilità dell'ente collettivo dipendente da reato: criteri di imputazione e qualificazione giuridica*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Giulio Garuti, Padova, 2002, p. 29.

⁽³²⁾ Trib. Roma, Ufficio Gip, Ord. 4-14 aprile 2003, cit.

te»⁽³³⁾. D'altra parte la dottrina commercialistica ha invece apprezzato tale scelta di non intervento da parte del legislatore, giudicando positivamente il fatto che lo stesso abbia deciso di limitare la portata della propria ingerenza nell'attività di gestione d'impresa, tradizionalmente riservata alla discrezionalità dell'autonomia privata⁽³⁴⁾.

Il d.lgs., peraltro, ha previsto (art. 6, comma 3) che i modelli di organizzazione e gestione possano essere adottati 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. È prevedibile che difficilmente il Ministero della Giustizia si avvalga di tale facoltà ed infatti non risulta che sinora lo abbia mai fatto.

Varie associazioni di categoria, accogliendo l'invito del legislatore, hanno approvato delle linee guida, prima fra tutte Confindustria. Si rimanda per un valido esempio di modello organizzativo a tali linee d'indirizzo, agevolmente consultabili su internet⁽³⁵⁾. In estrema sintesi si può dire che un adeguato modello di organizzazione deve prevedere:

- *l'identificazione dei rischi* in relazione ai reati che possono essere commessi;
- la progettazione di un *sistema di controllo preventivo*, realizzato attraverso la costruzione di un sistema organizzativo adeguato e la procedimentalizzazione di determinate attività;
- l'adozione di un *codice etico* e di un *sistema di sanzioni disciplinari* applicabili in caso di mancato rispetto delle misure previste dal modello, al fine di conservarne l'effettività;

— l'individuazione di criteri per la scelta di un organismo di controllo, interno all'impresa, dotato delle funzioni necessarie, che dovrà vigilare sull'efficacia, sull'adeguatezza e sull'applicazione e rispetto del modello.

E di fondamentale importanza rimarcare, tuttavia, che l'ado-

⁽³³⁾ D. Pumano, *La responsabilità «da reato» degli enti per illeciti amministrativi*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Giulio Garuti, Padova, 2002, p. 434.

⁽³⁴⁾ R. Calabrone, *Come elaborare un codice etico e un modello organizzativo*, cit., p. 15.

⁽³⁵⁾ Il sito web è www.confindustria.it.

zione *tout-court* di un codice comportamentale elaborato da una associazione di categoria non garantisce, di per sé, l'esonero di responsabilità di cui all'art. 6 del d.lgs.: i modelli organizzativi, infatti debbono essere costruiti in modo aderente alle specifiche realtà aziendali per poter essere ritenuti idonei ad impedire la commissione di reati⁽³⁶⁾ e devono costantemente essere aggiornati in base alle evoluzioni dell'assetto dell'ente, come prescrive esplicitamente l'art. 6, comma 1, lett. b).

7. L'adozione di un valido modello organizzativo può essere rilevante anche ai fini di esimere l'ente dall'applicazione delle sole sanzioni interdittive, qualora venga adottato *ex post*, per escludere il pericolo di reiterazione di reati della stessa specie di quello verificatosi, purché prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, ai sensi dell'art. 17 del d.lgs.. In tal caso, tuttavia, secondo un primo orientamento giurisprudenziale il modello di organizzazione e gestione, importa «una valutazione più rigorosa di quella riservata al modello ex ante, occorrendo un modello che effettivamente rimuova le carenze dell'apparato organizzativo e operativo dell'ente che hanno in concreto favorito la commissione dell'illecito»⁽³⁷⁾. Perché operi l'esenzione dalle misure interdittive, occorrerà, tuttavia, che l'ente abbia anche risarcito integralmente il danno eliminando nel contempo le conseguenze dannose o pericolose, ovvero adoperandosi fattivamente in tal senso (art. 17, comma 1, lett. a) ed, infine, abbia messo a disposizione il profitto conseguito ai fini di confisca. Secondo una prima indicazione giurisprudenziale un risarcimento concordato in via transattiva con la sola Pubblica Amministrazione, anche se di notevolissima entità, non sarebbe sufficiente in quanto resterebbe aperto «il problema del danno subito dal mercato e dagli altri aspiranti fornitori che hanno visto violate le regole della concorrenza»⁽³⁸⁾. Si tratta di una pronuncia che ha suscitato un certo scalpore per il suo rigore complessivo e che

desta qualche perplessità perché definire e quindi risarcire il danno subito «dal mercato», entità di natura assolutamente astratta, appare estremamente difficile se non impossibile, a meno che non si ritenga che coincida con quello degli altri «aspiranti fornitori». In ogni caso va rilevato che il reato presupposto nel caso in esame era la fatispecie di corruzione e, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, premesso che, come per tutti i reati contro la PA, la corruzione può essere un reato plurioffensivo, il fatto illecito di corruzione di un pubblico ufficiale per fatti contrari ai propri doveri d'ufficio non comporta automaticamente un obbligo di risarcimento del danno nei confronti di terzi, danno che, invece, va autonomamente provato e valutato⁽³⁹⁾. Appare pertanto giuridicamente inesatto, a mio parere, porre a carico dell'ente in assenza di un qualsivoglia elemento probatorio sintomatico di un danno plurioffensivo — come sembrerebbe essere avvenuto nel caso di specie — l'onere di risarcire terzi non meglio precisati, istituendo una sorta di presunzione di danno. Come potranno poi essere individuati dall'ente ai fini del risarcimento — soprattutto nella fase anticipata dell'applicazione delle misure in via cautelare e quindi in corso d'indagine — gli aspiranti fornitori realmente danneggiati? Dovranno essere risarciti tutti o solo quelli che in concreto avrebbero potuto, in assenza dell'illecito accordo corruttivo, aggiudicarsi la fornitura? Una valutazione circa il mancato risarcimento di terzi aspiranti fornitori, a mio parere, potrebbe essere correttamente adottata solo in sede di applicazione delle misure interdittive con sentenza di condanna, a seguito di giudizio, soprattutto laddove nel parallelo giudizio penale instaurato nei confronti dell'autore del reato da cui l'illecito dipende, sia stata riconosciuta la legittimità della pretesa risarcitoria di costoro, costituitisi parte civile.

Inecepibile, al contrario, in via di principio, è l'affermazione, sempre contenuta nella predetta ordinanza, che, un risarcimento, anche totalmente satisfattivo, non può avere alcun effetto qualora non vi sia stato un adeguamento del modello organizzativo idoneo ad evitare la commissione di reati della stessa indole.

⁽³⁶⁾ Si veda sul punto S. Bartolomucci, *Codici comportamentali di categoria, tra aspettative e reale portata normativa*, in *Dir. e prat. soc.*, n. 18, 6 ottobre 2003.

⁽³⁷⁾ Trib. Roma, Ufficio Gip, Ord. 4-14 aprile 2003, Giud. Finiti, più sopra massimata.

⁽³⁸⁾ Trib. Milano, Ufficio Gip, Ord. 27 aprile 2004, Giud. Salvini, più sopra massimata.

⁽³⁹⁾ Vedi per tutte, Trib. Roma, 20 maggio 2002, Soc. E.N.I. c. Di Muccio e altro, in *Giur. merito*, 2003, 1381, nota Carato.