

COMANDO GENERALE DELLA GUARDIA DI FINANZA
III Reparto Operazioni - Ufficio Tutela Economia e Sicurezza



**ATTIVITÀ DELLA GUARDIA DI FINANZA A
TUTELA DEL MERCATO DEI CAPITALI**

VOLUME III

“Responsabilità amministrativa degli enti dipendenti da reato”

**Parte I: La responsabilità amministrativa dell'ente ex D. Lgs. n.
231/2001: quadro normativo**

**Parte II: L'accertamento della responsabilità amministrativa
dell'ente: il percorso operativo**

Circolare n. 83607/2012



COMANDO GENERALE DELLA GUARDIA DI FINANZA
III REPARTO OPERAZIONI - UFFICIO TUTELA ECONOMIA E SICUREZZA

N. 83607

Roma, 19 marzo 2012

CIRCOLARE n. 83607/2012

**ATTIVITÀ DELLA GUARDIA DI FINANZA A
TUTELA DEL MERCATO DEI CAPITALI**

VOLUME III



COMANDO GENERALE DELLA GUARDIA DI FINANZA
III REPARTO OPERAZIONI - UFFICIO TUTELA ECONOMIA E SICUREZZA

L'ATTIVITÀ DELLA GUARDIA DI FINANZA A TUTELA DEL MERCATO DEI CAPITALI

VOLUME III

“Responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato”

**Parte I “La responsabilità amministrativa dell’ente ex D. Lgs. n.
231/2001: quadro normativo”**

**Parte II “L’accertamento della responsabilità amministrativa
dell’ente: il percorso operativo”**



COMANDO GENERALE DELLA GUARDIA DI FINANZA
III REPARTO OPERAZIONI - UFFICIO TUTELA ECONOMIA E SICUREZZA

**L'ATTIVITÀ DELLA GUARDIA DI FINANZA A TUTELA
DEL MERCATO DEI CAPITALI**

INDICE

VOLUME III

PARTE I
LA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DELL'ENTE EX D. LGS. N. 231/2001:
QUADRO NORMATIVO

CAPITOLO 1
CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

- | | |
|--|---|
| 1. Il superamento del tradizionale principio dell'irresponsabilità delle persone giuridiche e degli enti | 1 |
| 2. La natura giuridica della responsabilità amministrativa degli enti | 2 |

CAPITOLO 2
I SOGGETTI "RESPONSABILI" DESTINATARI DELLE PREVISIONI DEL D. LGS. N. 231/2001

- | | |
|--|---|
| 1. I soggetti responsabili | 3 |
| 2. Il caso delle società estere operanti in Italia | 4 |
| 3. La rilevanza autonoma del "gruppo societario" | 4 |
| 4. Le ditte individuali | 5 |
| 5. I soggetti esclusi | 6 |

CAPITOLO 3

I PRINCIPI GENERALI DELL'ORDINAMENTO APPLICABILI E LA RILEVANZA DEI REATI COMMESSI ALL'ESTERO

1. Il principio di legalità	7
2. La successione delle leggi nel tempo	7
3. La responsabilità degli enti per i reati commessi all'estero	8
a. La specifica previsione di responsabilità dell'ente nelle ipotesi dei reati transnazionali	9

CAPITOLO 4

I REATI PRESUPPOSTO

1. L'originario "nucleo" di reati - presupposto	11
a. Reati commessi nei rapporti con la Pubblica Amministrazione (art. 24)	11
b. Reati commessi nei rapporti con la Pubblica Amministrazione (art. 25)	11
c. Inosservanza delle sanzioni interdittive (art. 23)	11
2. La successiva implementazione del novero dei reati presupposto	11
a. Delitti informatici e trattamento illecito di dati (art. 24-bis)	11
b. Delitti di criminalità organizzata (art. 24-ter)	12
c. Falsità in monete, in carte di pubblico credito, in valori di bollo e in strumenti o segni di riconoscimento (art. 25-bis)	13
d. Delitti contro l'industria e il commercio (art. 25-bis 1)	13
e. Reati societari (art. 25-ter)	13
f. Reati con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico previsti dal codice penale e dalle leggi speciali, nonché delitti che siano comunque stati posti in essere in violazione di quanto previsto dall'art. 2 della Convenzione internazionale per la repressione del finanziamento del terrorismo, fatta a New York il 09/12/1999 (art. 25-quater)	14
g. Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (art. 583-bis c.p.) (art. 25-quater 1)	14
h. Delitti contro la personalità individuale (art. 25-quinquies)	14
i. Reati di abuso di mercato (art. 25-sexies)	14
j. Reati di omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime, commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro (art. 25-septies)	14
k. Ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita (art. 25-octies)	14
l. Delitti in materia di violazione del diritto d'autore (art. 25-novies)	15
m. Induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria (art. 25-decies)	15
n. Reati ambientali (art. 25-undecies)	16
3. Le ulteriori previsioni contenute in altri provvedimenti normativi	16
a. Reati transnazionali (artt. 3 e 10 della L. n. 146/2006)	16
b. Abbandono di rifiuti (Decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, art. 192)	17

c. <i>Insider trading</i> (abuso di informazioni privilegiate) e manipolazione del mercato (art. 187 <i>quinquies</i> del D. Lgs. 58/1998 - T.U.F.)	17
4. La rilevanza del tentativo	18

CAPITOLO 5

GLI ELEMENTI COSTITUTIVI DELLA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DEGLI ENTI

1. I requisiti rilevanti sul piano “oggettivo”	19
a. La commissione del reato presupposto nell’interesse o a vantaggio dell’ente da parte di soggetti in posizione “apicale” ovvero “sottoposti” all’altrui direzione e vigilanza	19
2. Segue... e gli elementi caratterizzanti il profilo “soggettivo”	20
a. Colpa in organizzazione e modelli organizzativi	20
3. Segue... l’individuazione e la costituzione dell’organismo di vigilanza	22

CAPITOLO 6

IL SISTEMA SANZIONATORIO

1. Le sanzioni amministrative previste: generalità	24
2. La sanzione pecuniaria ed il sistema "per quote"	24
a. I criteri di commisurazione della sanzione pecuniaria	25
b. I casi di riduzione della sanzione pecuniaria	26
3. Le sanzioni interdittive	27
a. Natura, finalità, tipologia	27
b. Presupposti applicativi e durata	27
c. Sanzioni interdittive applicate in via definitiva	28
d. I criteri di scelta delle sanzioni interdittive	28
e. Il Commissario giudiziale	29
f. La riparazione delle conseguenze del reato	29
g. L’inosservanza delle sanzioni interdittive	30
4. Pluralità di illeciti	30
5. Prescrizione	31
6. La confisca	32
7. Responsabilità patrimoniale dell'ente	32
8. Vicende modificative dell’ente	33

PARTE II

L'ACCERTAMENTO DELLA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DELL'ENTE: IL PERCORSO OPERATIVO

CAPITOLO 1

LE SPECIFICHE REGOLE PROCESSUALI ED I POTERI E GLI STRUMENTI UTILIZZABILI NELL'ATTIVITÀ INVESTIGATIVA

1. Il rinvio generale alle norme del codice di procedura penale	37
2. La competenza degli illeciti amministrativi e il <i>simultaneus processus</i>	37
3. La partecipazione dell'ente: rappresentanza, costituzione, contumacia, nomina del difensore d'ufficio	38
4. Notificazioni dell'ente	40
5. I poteri e gli strumenti utilizzabili nell'attività investigativa	42
6. L'annotazione dell'illecito amministrativo e il termine per l'accertamento	45
7. L'informazione di garanzia	46
8. La richiesta di rinvio a giudizio o di archiviazione	47
9. La decadenza dalla contestazione	47
10. Le incompatibilità testimoniali dell'autore del reato presupposto e del rappresentante legale dell'ente – L'interrogatorio e l'esame del rappresentante incompatibile	48

CAPITOLO 2

L'AUTONOMIA DELLA RESPONSABILITÀ DELL'ENTE

1. Premessa	50
2. La mancata identificazione/non imputabilità dell'autore del reato	50
3. L'intervento di cause estintive del reato	51

CAPITOLO 3

L'ACCERTAMENTO DELLA RESPONSABILITÀ DELL'ENTE EX D. LGS. N. 231/2001

1. Cenni introduttivi: la Guardia di Finanza quale organo di polizia giudiziaria con competenze specifiche	53
2. L'attività della polizia giudiziaria: principali steps del percorso operativo	54
3. L'accertamento della responsabilità amministrativa	57
a. L'accertamento dei presupposti "oggettivi"	57
(1) Il concetto di "interesse"	57
(2) Segue ...e di "vantaggio"	58
(a) Il caso dei vantaggi cc.dd. "fortuiti"	59
(3) L' "interesse" ed il "vantaggio" nei reati colposi in materia di sicurezza sul lavoro	59
(4) I soggetti in posizione c.d. "apicale" ...	60
(a) La rilevanza della delega di funzioni	61

(5) <i>Segue ...e i cc.dd. "sottoposti"</i>	62
(6) <i>L'accertamento dei presupposti oggettivi nei "gruppi societari"</i>	65
b. <i>L'accertamento dei presupposti "soggettivi"</i>	69
(1) <i>L'efficacia esimente dei modelli organizzativi</i>	69
(2) <i>Rilevanza della distinzione tra soggetti "apicali" e "sottoposti" ed onere probatorio</i>	70
(a) <i>Modelli organizzativi e reati commessi dagli "apicali"</i>	71
(b) <i>Modelli organizzativi e reati commessi dai "sottoposti"</i>	72
(c) <i>Modelli organizzativi e reati colposi</i>	73
(3) <i>L'efficacia esimente dei modelli organizzativi predisposti da società straniere, operanti in Italia, in aderenza alle disposizioni normative del proprio ordinamento giuridico</i>	74
4. Modelli organizzativi: idoneità ed efficace attuazione	75
a. <i>L'idoneità del modello...</i>	75
(1) <i>Gli obiettivi</i>	76
(2) <i>La struttura</i>	77
(3) <i>I contenuti</i>	78
b. <i>Segue... e la sua efficace attuazione</i>	79
c. <i>Le specificità dei modelli organizzativi di cui all'art. 30 del D. Lgs. n. 81/2008 in materia di sicurezza sul lavoro</i>	81
d. <i>I modelli organizzativi nei gruppi d'impresa</i>	83
e. <i>L'adozione dei modelli organizzativi successiva alla contestazione dell'illecito</i>	84
5. Il funzionamento dell'organismo di vigilanza	85
a. <i>I requisiti</i>	85
b. <i>I compiti</i>	86
c. <i>I poteri</i>	87
d. <i>I flussi informativi destinati all'Organismo di Vigilanza</i>	87

CAPITOLO 4

L'ATTIVITÀ FUNZIONALE ALL'APPLICAZIONE DELLE MISURE CAUTELARI

1. L'attività della polizia giudiziaria	89
a. <i>La nozione di profitto nel contesto del D. Lgs. n. 231/2001</i>	91
b. <i>Il sequestro preventivo per equivalente finalizzato alla confisca: generalità ed indicazioni emerse in sede giurisprudenziale</i>	93

PARTE I

***LA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DELL'ENTE
EX D. LGS. N. 231/2001: QUADRO NORMATIVO***

CAPITOLO 1

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

1. Il superamento del tradizionale principio dell'irresponsabilità delle persone giuridiche e degli enti

Il decreto legislativo nr. 231, recante la disciplina in tema di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, viene emanato l'8 giugno 2001 in attuazione della L. n. 300 del 29 settembre 2000, di ratifica di una serie di Atti internazionali elaborati in base all'articolo K.3 del Trattato dell'Unione europea¹.

Il provvedimento normativo, introducendo una forma di responsabilità delle persone giuridiche, segna un'importante e profonda innovazione nel nostro sistema sanzionatorio, con cui si supera il principio che individuava nella persona fisica l'unico destinatario della sanzione punitiva, e si abbandona, contemporaneamente, la tradizionale concezione dell'irresponsabilità della persona giuridica (*societas delinquere non potest*). Nella *ratio* ispiratrice del decreto in commento, come è stato sottolineato dalla giurisprudenza della Suprema Corte, l'ente collettivo è considerato "*il vero istigatore, esecutore o beneficiario della condotta criminosa materialmente commessa dalla persona fisica in esso inserita*".

Anche nella relazione al progetto preliminare di riforma del codice penale, elaborato dalla commissione ministeriale al tempo istituita e presieduta dal Prof. Grosso, a conferma dell'avviato percorso di superamento del principio *societas delinquere non potest*, si trova scritto efficacemente che la persona giuridica è ormai considerata "*quale autonomo centro d'interessi e di rapporti giuridici, punto di riferimento di precetti di varia natura, e matrice di decisioni ed attività dei soggetti che operano in nome, per conto o comunque nell'interesse dell'ente*", con ciò ponendo le basi per una equiparazione tra enti e persone fisiche tale da investire anche l'area dei comportamenti penalmente rilevanti.

Conseguentemente, l'attività degli organi (intesi quali persone fisiche) diventa automaticamente imputabile alla persona collettiva, senza con ciò incidere sul principio della responsabilità per fatto proprio (delle persone fisiche costituenti gli organi societari), nonostante la mancata coincidenza tra l'esecutore materiale della condotta ed il soggetto cui si imputano gli effetti lesivi della medesima. Sostanzialmente, si afferma che la *societas* ha una volontà, persegue interessi difforni da quelli che nutrono le persone fisiche e svolge un'attività propria, con la conclusione che la stessa deve essere considerata responsabile per la condotta tenuta dai propri organi e, quindi, suscettibile di sanzioni appropriate alla sua natura.

In sintesi, anticipando ciò che verrà nel seguito ripreso ed affrontato nel dettaglio, la novella forma di responsabilità:

- è correlata alla responsabilità per determinati reati cosiddetti "d'impresa" commessi da rappresentanti o sottoposti di una persona giuridica o di un ente, nel loro interesse o a loro vantaggio;
- riguarda la persona o l'ente a favore del quale ha riflessi la condotta criminosa;

¹ Il riferimento è ai seguenti provvedimenti:

1. Convenzione sulla tutela finanziaria delle Comunità europee, fatta a Bruxelles il 26 luglio 1995;
2. Primo Protocollo di quest'ultima, fatto a Dublino il 27 settembre 1996;
3. Protocollo concernente l'interpretazione, in via pregiudiziale, da parte della Corte di Giustizia delle Comunità europee, della citata Convenzione, con annessa dichiarazione, fatto a Bruxelles il 29 novembre 1996; Atto del Consiglio - datato 19 giugno 1997 - che fissa il Secondo Protocollo - addizionale - della stessa Convenzione, dove viene sancito l'obbligo per ciascun Stato membro di introdurre la responsabilità delle persone giuridiche per una serie di delitti;
4. Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale siano coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione Europea, fatta a Bruxelles il 26 maggio 1997 e Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, con annesso, siglata a Parigi il 17 settembre 1997.

- è irrogata dallo stesso giudice competente ad applicare le sanzioni penali alla persona fisica che si trovi in posizione apicale o sia sottoposta all'altrui direzione secondo le norme processuali penali.

2. La natura giuridica della responsabilità amministrativa degli enti

Al fine di agevolare una preliminare ed immediata comprensione del contesto giuridico di riferimento appare opportuno analizzare la natura giuridica della responsabilità introdotta dal citato provvedimento normativo.

Sul punto, preliminarmente, si segnala che le Convenzioni e gli altri Atti internazionali richiamati nel precedente paragrafo, di cui il D. Lgs. n. 231/2001 costituisce la trasposizione nell'ordinamento interno, non vincolavano in alcun modo i singoli Stati sulla natura della responsabilità in argomento. Infatti, tali provvedimenti non ne imponevano la natura che affermavano, anzi, potesse essere indifferentemente penale o amministrativa, richiedendo solo che a fronte della previsione di una responsabilità degli enti fossero introdotte sanzioni, pecuniarie o di altro tipo, con i caratteri dell'effettività, della proporzionalità e della dissuasività.

Stante la "libertà" riconosciuta dagli atti di promanazione sovranazionale, nell'attività legislativa di recepimento nell'ordinamento interno il legislatore nazionale ha dovuto tener conto dell'esigenza di correlare in modo organico la nuova disciplina sanzionatoria dell'ente con la dimensione "umana e personale" della responsabilità penale, peraltro tipica anche della responsabilità amministrativa, come disciplinata dall'art. 3 della L. n. 689/1981, sancita dall'art. 27 Cost., cui si ricollegano le norme del codice penale in tema di imputabilità.

Di tali difficoltà di coordinamento era ben consapevole il legislatore tant'è che nella relazione ministeriale di accompagnamento al D. Lgs. n. 231/2001 si evidenzia come si sia voluto qualificare "non penale" tale responsabilità, proprio per evitare profili di incostituzionalità, come sottolineato anche in sede giurisprudenziale, ove è stato chiarito che:

- il D. Lgs. n. 231/2001, sanzionando la persona giuridica in via autonoma e diretta con le forme del processo penale, si differenzia dalle preesistenti sanzioni irrogabili agli enti, così da sancire il tramonto del dogma *societas delinquere non potest* (cfr. G.I.P. presso Tribunale di Milano, ordinanze in data 26.02.2007 e 12.03.2008);
- ad onta del *nomen iuris*, la nuova responsabilità, nominalmente amministrativa, dissimula la sua natura sostanzialmente penale.

Infatti, anche se espressamente qualificata dal legislatore come amministrativa, essa, poiché conseguente da reato e legata (per espressa volontà della legge delega) alle garanzie del processo penale, rientra nel campo del diritto sanzionatorio e presenta tratti caratteristici che la distinguono dalla responsabilità per illecito amministrativo definita dalla L. n. 689/1981 e ne assimilano taluni aspetti alla disciplina della responsabilità penale.

In conclusione, è lo stesso legislatore, nella già citata relazione illustrativa, ad individuare per tale forma di responsabilità così congegnata, la nascita di un *tertium genus*, da qualcuno definita "parapenale" o "penale-amministrativa", che coniuga i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo nel tentativo di temperare le ragioni dell'efficacia preventiva, tipiche dell'ottica amministrativa, con quelle della massima garanzia, frutto di un'impostazione tipicamente penalistica (indubbiamente la più garantista tra tutte le opzioni disponibili)².

² Quanto precede trova conferma anche in sede giurisprudenziale, ove è la stessa Cassazione:

- Sez. VI, Penale, con la sentenza n. 36083/09, a prospettare il nuovo sistema come "*tertium genus rispetto ai noti e tradizionali sistemi di responsabilità penale e responsabilità amministrativa*", soggiungendo che, in forza del rapporto d'immedesimazione organica con il suo dirigente apicale, l'ente risponde per fatto proprio, senza involgere minimamente il divieto di responsabilità penale per fatto altrui posto dall'art. 27 Cost.;
- Sezioni Unite, con la sentenza n. 26654/2008, ad affermare che "*ne è derivata un'architettura normativa complessa che ... evidenzia una fisionomia ben definita, con l'introduzione nel nostro ordinamento di uno specifico ed innovativo sistema punitivo per gli enti ... finalizzato ad integrare un efficace strumento di controllo sociale. Il sistema ... opera certamente sul piano della deterrenza e persegue una massiccia finalità special preventiva ...*".

CAPITOLO 2

I SOGGETTI “RESPONSABILI” DESTINATARI DELLE PREVISIONI DEL D. LGS. N. 231/2001

1. I soggetti responsabili

Il legislatore, all'art. 1, dopo aver definito al comma 1 il contenuto del provvedimento, prevedendo che lo stesso disciplina la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato:

- al comma 2, individua i soggetti destinatari negli “*enti forniti di personalità giuridica ed alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica*”;
- al successivo comma 3, introduce un'ipotesi espressa di esclusione *ope legis* da responsabilità ex D. Lgs. n. 231/2001 per lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici e gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale³.

Da quanto precede emerge come il legislatore abbia fatto ricorso ad una formula elastica, stante l'impossibilità materiale di indicare nominativamente tutte le singole realtà, dal cui tenore letterale traspare l'inequivoca volontà di indirizzare l'interprete e l'operatore del diritto anche verso la considerazione di enti che, seppur sprovvisti di personalità giuridica, possano comunque ottenerla.

Rientrano pertanto tra i soggetti destinatari della previsione di responsabilità amministrativa da reato:

- le associazioni, riconosciute e non, e le fondazioni;
- le società di capitali e di persone, anche partecipate, in tutto o in parte, da enti pubblici⁴ (società per azioni, quotate e non, società a responsabilità limitata, società in accomandita semplice, società in nome collettivo, società semplici, società cooperative⁵, consorzi);
- gli enti a soggettività privata che svolgono un pubblico servizio in virtù di una concessione, convenzione, parificazione o analogo provvedimento amministrativo;
- gli enti pubblici economici (categoria ormai in “arretramento” stante la sempre maggiore rilevanza assunta dal fenomeno della privatizzazione), ossia quegli enti di diritto pubblico che hanno come compito esclusivo o principale l'esercizio di attività d'impresa.

Risultano, quindi, nel novero dei soggetti potenzialmente responsabili, non soltanto tutti gli enti privati dotati di personalità giuridica, ma anche:

³ La *ratio* dell'esenzione, come si rileva dalla relazione di accompagnamento e dalla giurisprudenza di legittimità, è quella di preservare enti rispetto ai quali le misure cautelari e le sanzioni applicabili ai sensi del D. Lgs. n. 231/2001 sortirebbero l'effetto di sospendere funzioni indefettibili negli equilibri costituzionali.

⁴ Sul punto una recente conferma è offerta dalla Corte di Cassazione, Sez. II, penale, con la sentenza n. 28699/2010, in cui, pronunciandosi con riguardo ad una società di capitali cd. “mista”, cioè a partecipazione pubblico-privata, operante nel settore sanitario, è stato chiarito che il tenore testuale della norma è inequivocabile nel senso che la natura pubblicistica di un ente è condizione necessaria, ma non sufficiente, all'esonero dalla disciplina di cui al D. Lgs. n. 231/2001, dovendo altresì concorrere la condizione che l'ente medesimo non svolga attività economica. Condizione quest'ultima contraddetta, nel caso esaminato dalla Suprema Corte, dalla veste stessa di società per azioni dell'ente in questione, che in quanto tale è destinata all'esercizio di un'attività economica al fine di dividerne gli utili, finalità quest'ultima che, nel percorso argomentativo del massimo Organo di legittimità, consente di superare anche l'assunto richiamato dalla difesa secondo cui la mera rilevanza costituzionale di uno dei valori più o meno coinvolti nella funzione dell'ente basterebbe a far scattare l'esonero da responsabilità ex D. Lgs. n. 231/2001. Sulla stessa linea le conclusioni contenute nella sentenza n. 234/2011 della stessa Corte di Cassazione, in cui, pur evidenziando che la disciplina del D.Lgs. n. 231/2001 non si applica agli “enti pubblici non economici”, è stata riconosciuta la responsabilità di un A.T.O. costituito in società per azioni per la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti affidata dal Comune, nella considerazione che ciò che rileva non è la natura pubblicistica dell'ente ma l'assenza dell'esercizio di un'effettiva attività economica, comprovata invece nel caso di specie anche dalla struttura societaria prescelta.

⁵ Tra le prime applicazioni sanzionatorie in tema di D. Lgs. n. 231/2001 nei confronti di società cooperative Onlus si attira l'attenzione sulla sentenza n. 820/2011 del GIP del Tribunale di Milano.

- quelli che ne sono sprovvisti, nella considerazione, evidenziata nella relazione illustrativa, che si tratta di soggetti che potendo sottrarsi più agevolmente ai controlli statali sono a “maggior rischio” di attività illecite;
- gli enti pubblici economici, attesa l’esigenza di evitare una disparità di trattamento che si sarebbe verificata nel lasciare impuniti enti che, godendo di una soggettività pubblica, pur non esercitando pubblici poteri, agiscono sul mercato secondo le modalità proprie del diritto privato, ossia con gli stessi strumenti e le medesime finalità degli enti economici privati.

2. Il caso delle società estere operanti in Italia

Per quel che riguarda le società estere operanti in Italia, anche in assenza di una sede sul territorio nazionale, la giurisprudenza ha chiarito come il soggetto collettivo, in entrambi i casi, sia sottoposto alle disposizioni contenute nel D. Lgs. n. 231/2001.

In particolare, è stato affermato (cfr. G.I.P. presso il Tribunale di Milano, ordinanza del 13.06.2007) che nel momento in cui l’ente estero decide di operare in Italia deve attivarsi ed uniformarsi alle varie disposizioni normative previste dall’ordinamento interno, dal momento che, in caso contrario, si verificherebbe l’insorgere di un’area di immunità ingiustificata per le società estere, in contrasto con il principio di territorialità della legge, fondata su una forma di auto-esenzione dalla normativa italiana.

3. La rilevanza autonoma del “gruppo societario”

Il legislatore, nel solco dell’impostazione generale utilizzata per individuare i destinatari dei precetti contenuti nel D. Lgs. n. 231/2001, non individua espressamente tra i destinatari della responsabilità penale-amministrativa il “gruppo societario”, da intendersi come un insieme di soggetti esercenti attività di impresa separate, ciascuno dei quali con una propria autonoma organizzazione di mezzi, tutti riconducibili, però, ad un unitario centro decisionale.

Si tratta di un fenomeno, quello dei gruppi societari, di natura essenzialmente economica, cui, a seguito della riforma operata con il D. Lgs. n. 6 del 17 gennaio 2003, è stata riconosciuta anche un’autonomia giuridica. Infatti, con l’introduzione degli articoli dal 2497 al 2497-septies c.c. è stata disciplinata la materia delle società soggette alla direzione e coordinamento altrui. In particolare, l’art. 2497-sexies c.c.⁶ identifica, in via presuntiva, il soggetto titolare dell’attività direzionale in quello che esercita il controllo sulle altre componenti del gruppo: l’attività di direzione e coordinamento deve essere esercitata effettivamente, non essendo sufficiente la mera disponibilità dei voti necessari per l’esercizio del controllo. Tale disposizione, dunque, individua nel controllo (ex art. 2359 comma 1 nn. 1 e 2 c.c.⁷) la naturale fonte di legittimazione del potere di direzione, anche se non esclude le fattispecie di controllo di fatto sull’impresa descritte all’ultimo punto del citato primo comma dell’art. 2359 e nell’art. 26 del D. Lgs n. 127/1991⁸ ai fini dell’identificazione del titolare dell’obbligo di redigere il bilancio consolidato.

⁶ Art. 2497-sexies c.c. “Presunzioni”: “Ai fini di quanto previsto nel presente capo, si presume salvo prova contraria che l’attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci o che comunque le controlla ai sensi dell’articolo 2359”.

⁷ Art. 2359 c.c. “Società controllate e società collegate”: “Sono considerate società controllate: 1) le società in cui un’altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell’assemblea ordinaria; 2) le società in cui un’altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un’influenza dominante nell’assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un’altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. Ai fini dell’applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi. Sono considerate collegate le società sulle quali un’altra società esercita un’influenza notevole. L’influenza si presume quando nell’assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati”.

⁸ Art. 26 D. Lgs n. 127/1991 “Imprese controllate”: “1. Agli effetti dell’art. 25 sono considerate imprese controllate quelle indicate nei numeri 1) e 2) del primo comma dell’art. 2359 del codice civile. 2. Agli stessi effetti sono in ogni caso considerate controllate: a) le imprese su cui un’altra ha il diritto, in virtù di un contratto o di una clausola statutaria, di esercitare un’influenza dominante, quando la legge applicabile consenta tali contratti o clausole; b) le imprese in cui un’altra, in base ad accordi con altre voci, controlla da sola la maggioranza dei diritti di voto. 3. Ai fini dell’applicazione del comma precedente si considerano anche i diritti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persone interposte; non si considerano quelli spettanti per conto di terzi”.

Tuttavia, deve essere sottolineato che l'espressa configurazione di una presunzione che ammette prova contraria sta a dimostrare che per il legislatore non solo il controllante può non essere il titolare dell'attività di direzione e coordinamento, ma altresì che può essere fornita diversamente la prova dell'assoggettamento a tale attività anche in assenza di rapporti di controllo. Il successivo art. 2497-septies c.c.⁹, infatti, contempla espressamente il caso in cui la fonte dell'attività di direzione e coordinamento non sia il controllo esercitato da una società sulle altre, bensì le pattuizioni e i vincoli statuari di natura diversa da quelli già contemplati per definire la stessa nozione di controllo accolta dal citato art. 2497-sexies e che nelle intenzioni del legislatore dovrebbero identificare la figura del gruppo "paritetico od orizzontale".

Rinviando ad un autonomo approfondimento sulla materia, ai fini che qui più interessano, corre l'obbligo evidenziare come dalle citate novità normative emerga una autonoma soggettività, sostanziale, del "gruppo societario", da intendersi come un unico ente.

Il gruppo societario può, pertanto, ritenersi potenziale soggetto destinatario ex art. 1, comma 2, delle previsioni contenute nel decreto in commento, in presenza degli ulteriori presupposti, oggettivi e soggettivi che saranno analizzati nel dettaglio nei paragrafi che seguono¹⁰.

In effetti, se più società, connotate da distinti settori di attività e fasi del processo produttivo, operano sotto la direzione unitaria ed il coordinamento di un'altra persona giuridica che ne possiede la maggioranza delle azioni, si è in presenza di un unico soggetto giuridico, cui imputare gli effetti delle condotte delittuose tenute dalle persone fisiche: pertanto, la società controllante sarà chiamata a rispondere per i reati-presupposto commessi nell'ambito delle società controllate¹¹.

4. Le ditte individuali

Con la sentenza n. 18941/2004, la Suprema Corte ha statuito, in un primo momento, che la responsabilità amministrativa poteva essere applicata solo agli enti dotati di personalità giuridica in forma societaria e pluripersonale, escludendo così dal novero dei destinatari della disciplina le imprese individuali¹².

Sul punto, però, più di recente è intervenuta nuovamente la Corte di Cassazione che con sentenza n. 15657, depositata il 21 aprile 2011, ha scelto un orientamento più severo, specificando che se è indubbio che la disciplina dettata dal D. Lgs n. 231/01 è senz'altro applicabile alle società a responsabilità limitata cc.dd. "unipersonali", è altrettanto vero che molte imprese individuali spesso ricorrono ad un'organizzazione interna complessa che prescinde dal sistematico intervento del titolare dell'impresa per la soluzione di determinate problematiche e che può spesso involgere la responsabilità di soggetti diversi dall'imprenditore, che operano nell'interesse della stessa persona individuale.

In questo senso, secondo la Corte, i soggetti che possono essere colpiti dalla norma vanno individuati non solo attraverso la loro esplicita previsione *"ma ben possono essere identificati sulla base dell'appartenenza alla generale categoria degli enti forniti di personalità giuridica nonché di società e associazioni anche prive di personalità giuridica"*; per la Cassazione, quindi, non si può negare che l'impresa individuale possa essere assimilata a una persona giuridica nella quale viene a confondersi la persona dell'imprenditore come soggetto fisico che esercita una determinata attività d'impresa. Il che porta alla conclusione che *"da un punto di vista tecnico, per impresa deve intendersi l'attività svolta dall'imprenditore-persona fisica per la cui definizione deve farsi rinvio agli articoli 2082 e 2083 del codice civile"*.

Secondo i giudici, ne consegue, pertanto, che una lettura costituzionalmente orientata della norma dovrebbe indurre a conferire al disposto di cui al comma 2 dell'articolo 1 del decreto in parola una portata più ampia, tanto più che non cogliendosi nel testo alcun cenno riguardante le

⁹ Art. 2497-septies c.c. "Coordinamento fra società": *"Le disposizioni del presente capo si applicano altresì alla società o all'ente che, fuori dalle ipotesi di cui all'articolo 2497-sexies, esercita attività di direzione e coordinamento di società sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti"*.

¹⁰ In senso conforme cfr. Cass., Sez. V, sent. n. 24583/2011.

¹¹ Cfr. Tribunale di Bari, ordinanza in data 16 luglio 2007.

¹² In senso conforme anche G.I.P. presso il Tribunale di Roma, ordinanza in data 30 maggio 2003.

imprese individuali, la loro mancata indicazione non equivale ad un'esclusione, *ma semmai ad un'implicita inclusione nell'area dei destinatari della norma*.

5. I soggetti esclusi

Tra i soggetti esclusi il legislatore delegato, riprendendo le direttive contenute nella legge delega, annovera:

- gli enti con funzioni di rilievo costituzionale (tra cui rientrano i partiti politici ed i sindacati);
- lo Stato e gli enti pubblici territoriali (quali Regioni, Province, Comuni, ...);
- gli altri enti che esercitano pubblici poteri (formula che preclude la riferibilità dell'impianto normativo alle singole Pubbliche Amministrazioni).

In merito a quanto precede, la relazione illustrativa ha evidenziato l'esistenza di una "zona grigia" occupata da quegli enti a soggettività pubblica:

- non definibili economici ma, al contempo, dotati di una disciplina sostanzialmente negoziale, a cui le leggi specialistiche hanno assegnato natura pubblicistica per ragioni contingenti, qual è il caso degli enti pubblici associativi (cc.dd. istituzionali quali il CNR, la CRI, il CONI, l'ACI);
- non economici, ossia quegli enti di diritto pubblico che esercitano un pubblico servizio, perseguendo fini ed interessi propri dello Stato (quali l'INPS, l'INAIL, le scuole e le Università statali; gli enti ausiliari; gli enti di ambito locale - quali gli enti lirici, gli enti parco; le Aziende Sanitarie Locali in uno con le Aziende Sanitarie Ospedaliere), per i quali la relazione illustrativa si è espressa nei termini di una loro esclusione dai destinatari del provvedimento in esame, in considerazione, tra l'altro, del fatto che l'estensione della responsabilità a questi soggetti collettivi verrebbe a determinare un costo sociale non comprovato da adeguati benefici.

Infine, si segnala che la giurisprudenza ha escluso dall'ambito soggettivo di applicazione della normativa l'A.T.I. (Associazione Temporanea d'Impresa), sottolineando che non si è in presenza di un nuovo e autonomo soggetto giuridico, con la conseguenza che ciascuna delle imprese che vi partecipano, conservando la propria autonomia, sarà responsabile per i reati-presupposto commessi da soggetti apicali o sottoposti che funzionalmente hanno operato nel suo interesse o a suo vantaggio, pur essendo innegabile una convergenza di responsabilità, da inquadrarsi nell'ottica del concorso (cfr. Cass., SS.UU., sentenza n. 26654/2008).

CAPITOLO 3

I PRINCIPI GENERALI DELL'ORDINAMENTO APPLICABILI E LA RILEVANZA DEI REATI COMMESSI ALL'ESTERO

1. Il principio di legalità

Il sistema normativo apprestato dal D. Lgs. n. 231/2001 riprende dai modelli penale ed amministrativo, cui è ispirato, il fondamentale principio di legalità (nelle sue forme di riserva di legge, tassatività ed irretroattività), senza rinunciare ad adeguarne la formulazione alla specifica materia di riferimento.

In particolare, l'art. 2 prevede che *“L'ente non può essere ritenuto responsabile per un fatto costituente reato se la sua responsabilità amministrativa in relazione a quel reato e le relative sanzioni non sono espressamente previste da una legge entrata in vigore prima della commissione del fatto”*.

Dunque, in tale contesto il principio di legalità investe un duplice profilo:

- l'affermazione della responsabilità amministrativa dell'ente;
- e, a monte, l'assetto penale di disciplina in conseguenza del quale tale responsabilità è prevista.

Con riguardo al primo aspetto occorre rilevare come la norma curi espressamente l'estensione del principio, oltre che all'affermazione della responsabilità, altresì alle sanzioni che ne discendono, con ciò assicurando la valenza garantistica del principio stesso di legalità proprio nel momento più importante dell'applicazione dei provvedimenti punitivi.

Con l'avverbio “espressamente” la norma indica il manifesto riferimento proprio alla vigenza del principio di determinatezza (o tassatività) che deve essere inteso nel senso che le ipotesi di responsabilità amministrativa dell'ente devono essere specificamente determinate al fine di evitare che il principio di legalità possa essere vanificato dalla genericità della previsione normativa.

Inoltre, viene salvaguardato anche il principio di irretroattività, secondo cui non possono essere qualificati *ex post* come illeciti e, quindi, essere assunti a base per successive sanzioni fatti che al momento della loro commissione non presentavano profili di illiceità.

2. La successione delle leggi nel tempo

Con la successione delle leggi nel tempo, disciplinata dall'art. 3, comma 1, non ritenendo necessario ribadire il divieto di retroattività, richiamato al precedente art. 2, il legislatore si preoccupa di disciplinare l'ipotesi di *abolitio* (abrogazione di norme), in cui la responsabilità dell'ente viene meno quando:

- il reato in relazione al quale essa era prevista non è più previsto come tale, anche per effetto di una sopravvenuta depenalizzazione;
- è stata abrogata direttamente la disposizione che ricollega ad un reato (che permane) la suddetta responsabilità amministrativa.

In merito a quanto precede, per espressa previsione dell'ultima parte del comma 1 dell'art. 3, *“se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti giuridici”*, con la conseguenza che l'abrogazione di una norma incriminatrice, o comunque sanzionatoria, travolge anche l'eventuale giudicato, essendo del tutto irragionevole far permanere gli effetti negativi derivanti da un fatto che è stato successivamente considerato lecito.

Il successivo comma 2 introduce il principio del *favor rei* (trattamento più favorevole per il reo) anche con riguardo all'ente.

Sul punto, come evidenziato nella relazione illustrativa, mentre nel caso dell'*abolitio* non è previsto alcuno sbarramento alla produzione dell'effetto favorevole per l'ente, più contenuto è

l'effetto retroattivo *in bonam partem* (cioè di favore) nel caso di semplice successione di leggi: qui il fenomeno riguarda più da vicino soltanto le modifiche della legge che prevede la responsabilità amministrativa dell'ente, rimanendo le vicende del reato indifferenti rispetto a quest'ultima.

Per effettuare la comparazione necessaria per la qualificazione della legge "più favorevole" il primo termine cronologico di paragone da prendere in considerazione sarà il *tempus commissi delicti*, mentre le leggi di riferimento saranno quelle relative alla responsabilità dell'ente, con riguardo essenzialmente alla struttura ed al *quantum* delle risposte sanzionatorie.

Con riguardo all'individuazione della disposizione più favorevole deve ritenersi tale quella che, a seguito di un giudizio di comparazione, individua un trattamento "punitivo" più mite sotto il profilo della specie e dell'entità della sanzione da applicare in concreto.

Infine, l'ultimo comma dell'art. 3 prevede che le disposizioni di favore di cui ai precedenti commi 1 e 2 non si applicano se si tratta di leggi eccezionali e temporanee.

3. La responsabilità degli enti per i reati commessi all'estero

La relazione illustrativa al provvedimento in esame definisce come "ispirata a comprensibile" rigore la scelta del legislatore delegato che all'art. 4, nei casi e alle condizioni previsti dagli articoli 7¹³ (rubricato "*Reati commessi all'estero*"), 8¹⁴ (rubricato "*Delitto politico commesso all'estero*"), 9¹⁵ (rubricato "*Delitto comune del cittadino all'estero*") e 10¹⁶ (rubricato "*Delitto comune dello straniero all'estero*") del codice penale, disciplina la sanzionabilità dell'ente che abbia in Italia la sede principale, che compia tuttavia reati, rilevanti ai fini dell'applicazione del D. Lgs. n. 231/2001, all'estero, quando non vi stia già procedendo lo Stato del luogo in cui è stato commesso il fatto.

Dunque, nell'ipotesi sopra descritta, pur trovandosi in presenza di una fattispecie incriminatrice realizzata al di fuori del territorio nazionale, si avrà l'applicazione della giurisdizione italiana con la conseguente applicazione anche del D. Lgs. n. 231/2001 nei confronti dell'ente¹⁷.

¹³ Art. 7 c.p. "Reati commessi all'estero": "E' punito secondo la legge italiana il cittadino o lo straniero che commette in territorio estero taluno dei seguenti reati: 1. delitti contro la personalità dello Stato italiano; 2. delitti di contraffazione del sigillo dello Stato e di uso di tale sigillo contraffatto; 3. delitti di falsità in monete aventi corso legale nel territorio dello Stato, o in valori di bollo o in carte di pubblico credito italiano; 4. delitti commessi da pubblici ufficiali a servizio dello Stato, abusando dei poteri o violando i doveri inerenti alle loro funzioni; 5. ogni altro reato per il quale speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana".

¹⁴ Art. 8 c.p. "Delitto politico commesso all'estero": "Il cittadino o lo straniero, che commette in territorio estero un delitto politico non compreso tra quelli indicati nel n. 1 dell'articolo precedente, è punito secondo la legge italiana, a richiesta del ministro della giustizia. Se si tratta di delitto punibile a querela della persona offesa, occorre, oltre tale richiesta, anche la querela. Agli effetti della legge penale, è delitto politico ogni delitto, che offende un interesse politico dello Stato, ovvero un diritto politico del cittadino. E' altresì considerato delitto politico il delitto comune determinato, in tutto o in parte, da motivi politici".

¹⁵ Art. 9 c.p. "Delitto comune del cittadino all'estero": "Il cittadino, che, fuori dei casi indicati nei due articoli precedenti, commette in territorio estero un delitto per il quale la legge italiana stabilisce la pena di morte o l'ergastolo, o la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni, è punito secondo la legge medesima, sempre che si trovi nel territorio dello Stato. Se si tratta di delitto per il quale è stabilita una pena restrittiva della libertà personale di minore durata, il colpevole è punito a richiesta del ministro della giustizia ovvero a istanza, o a querela della persona offesa. Nei casi previsti dalle disposizioni precedenti, qualora si tratti di delitto commesso a danno delle Comunità europee, di uno Stato estero o di uno straniero, il colpevole è punito a richiesta del ministro della giustizia, sempre che l'estradizione di lui non sia stata concessa, ovvero non sia stata accettata dal Governo dello Stato in cui egli ha commesso il delitto".

¹⁶ Art. 10 c.p. "Comune dello straniero all'estero": "Lo straniero, che, fuori dei casi indicati negli articoli 7 e 8, commette in territorio estero, a danno dello Stato o di un cittadino, un delitto per il quale la legge italiana stabilisce la pena di morte o l'ergastolo, o la reclusione non inferiore nel minimo a un anno, è punito secondo la legge medesima, sempre che si trovi nel territorio dello Stato, e vi sia richiesta del ministro della giustizia, ovvero istanza o querela della persona offesa. Se il delitto è commesso a danno delle Comunità europee, di uno Stato estero o di uno straniero, il colpevole è punito secondo la legge italiana, a richiesta del ministro della giustizia, sempre che: 1. si trovi nel territorio dello Stato; 2. si tratti di delitto per il quale è stabilita la pena di morte o dell'ergastolo, ovvero della reclusione non inferiore nel minimo a tre anni; 3. l'estradizione di lui non sia stata concessa, ovvero non sia stata accettata dal Governo dello Stato in cui egli ha commesso il delitto, o da quello dello Stato a cui egli appartiene".

¹⁷ In senso conforme, di recente, si è espressa la Corte di Cassazione, sentenza n. 42701/2010, con la quale, pronunciandosi in ordine ad un'ipotesi di corruzione internazionale operata da due società con sede nel territorio nazionale, ha statuito la possibilità di applicazione nei loro confronti delle misure interdittive previste dall'art. 25, comma 5, rinviando al giudice di merito per le decisioni di competenza.

Con riferimento agli enti destinatari della disposizione in esame si evidenzia che per sede principale delle società e degli enti dotati di personalità giuridica si deve intendere la sede effettiva, cioè la sede (luogo) in cui si svolgono sostanzialmente le attività amministrative e di direzione, che può anche essere diversa da quella in cui si trova l'azienda o la sede legale.

Con riguardo alle società, associazioni ed enti privi di personalità giuridica la sede principale si identifica, ai sensi delle disposizioni contenute nell'art. 19, comma 2, c.p.c.¹⁸, con il luogo in cui viene svolta l'attività in modo continuativo.

La tecnica legislativa utilizzata, con particolare riguardo alla scelta di individuare i soggetti responsabili dei reati commessi all'estero negli enti aventi la sede principale nel territorio dello Stato, consente di ritenere applicabile l'art. 4 in commento anche alle società estere, privilegiando la teoria del *place of effective management* (sede dell'effettiva amministrazione) rispetto a quella del *place of constitution* (luogo di costituzione/registrazione). Infatti, ai sensi dell'art. 25 della L. n. 218/1995, recante "*Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*", le società, le associazioni e, più in generale, ogni altro ente, pubblico o privato, costituiti all'estero in aderenza alle disposizioni della propria legislazione domestica che abbiano, però, la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale in Italia, sono soggette alla normativa italiana, e quindi, nel caso di specie, anche alla norma in trattazione.

Rinviando per ogni approfondimento alla circolare 1/2008 del Comando Generale - III Reparto Operazioni, recante "Istruzione dell'attività di verifica", Volume III, Capitolo 6, paragrafo 2, pagg. 128-133, in questa sede ci si limita ad evidenziare, sinteticamente, che per:

- "sede dell'amministrazione" deve intendersi il luogo in cui vengono assunti gli indirizzi volitivi inerenti l'attività amministrativa della società, sottolineando che la scelta del termine "sede" presuppone il concetto di durevolezza dell'attività amministrativa medesima;
- "oggetto principale" dell'impresa deve intendersi l'attività concreta di raggiungimento dello scopo sociale (attività di produzione, di scambio o intermediazione di beni, ...).

Il riferimento implicito alla nozione di sede dell'amministrazione che la nozione di sede principale contiene esclude che nella previsione normativa *de qua* rientrino le società o enti (nazionali o esteri) che in Italia abbiano solo "l'oggetto principale".

Tuttavia, in continuità con la scelta di assicurare piena efficacia e salvaguardia ai profili di cooperazione internazionale, evitando inutili e pericolose sovrapposizioni di azioni investigative e punitive, nell'ultima parte del comma 1 dell'art. 4, è stato previsto uno sbarramento alla perseguibilità dell'illecito commesso all'estero da un ente con sede principale in Italia quando nei suoi confronti stia già procedendo lo Stato nel cui territorio è stato commesso il fatto-reato.

a. La specifica previsione di responsabilità dell'ente nelle ipotesi dei reati transnazionali

Rinviando per ogni dettaglio al successivo Capitolo 4, paragrafo 3., si segnala che un'ulteriore ipotesi di attribuzione di responsabilità ai destinatari del D. Lgs. n. 231/2001 per reati commessi in parte all'estero è disciplinata dalla legge 16 marzo 2006, n. 146 che ha ratificato in Italia la convenzione e i protocolli contro il crimine organizzato transnazionale adottati dall'assemblea generale delle Nazioni Unite il 15.11.2000 ed il 31.05.2001, ampliando, ai fini che qui interessano, il novero dei "reati presupposto" cui consegue la responsabilità amministrativa dell'ente allorché le fattispecie di reato ivi individuate siano caratterizzate dal requisito della "transnazionalità"¹⁹.

¹⁸ Art. 19 c.p.c. "Foro generale delle persone giuridiche e delle associazioni non riconosciute": "*Salvo che la legge disponga altrimenti, qualora sia convenuta una persona giuridica, è competente il giudice del luogo dove essa ha sede. E' competente altresì il giudice del luogo dove la persona giuridica ha uno stabilimento e un rappresentante autorizzato a stare in giudizio per l'oggetto della domanda. Ai fini della competenza, le società non aventi personalità giuridica, le associazioni non riconosciute e i comitati di cui agli e seguenti del codice civile hanno sede dove svolgono attività in modo continuativo*".

¹⁹ La citata convenzione è nata dalla necessità di elaborare uno strumento internazionale idoneo a contrastare la criminalità organizzata che, negli ultimi decenni, con la progressiva apertura delle frontiere e delle economie nazionali, ha preso sempre più ad operare a livello transnazionale, sfruttando le opportunità offerte dalla globalizzazione attraverso

Muovendo dalla considerazione che per realizzare i propri obiettivi criminali “*cross the borders*” la criminalità organizzata necessita di fondi, organizzazione e mezzi, cioè di una struttura organizzata, che si definisce e vive all’interno della compagine criminale stessa, la previsione di una specifica responsabilità dell’ente per i reati transnazionali si ricollega all’acquisita consapevolezza che lo schermo della persona giuridica diventa quasi indispensabile per le associazioni criminali, sia nella fase di preparazione e realizzazione del reato, sia nella fase successiva di reinvestimento-occultamento dei profitti criminosi, quindi dell’impiego dei flussi finanziari illeciti nel mercato lecito, sia nella fase del riciclaggio dell’immagine, ossia nel far assumere al criminale una figura di imprenditore e/o professionista legittimo e capace.

In riferimento alle riflessioni sul tema in trattazione, si evidenzia come sia la stessa nozione di “reato transnazionale” ad assumere rilevanza ai fini dell’applicazione dell’art. 4 del D. Lgs. n. 231/2001, posto che in tale categoria rientra il reato che:

- *travalica, sotto uno o più aspetti (preparatorio, commissivo o effettuale), i confini di un singolo Stato;*
- è commesso da un'organizzazione criminale;
- è connotato da una certa gravità (con la previsione nei singoli ordinamenti di pene detentive non inferiori nel massimo a quattro anni).

Pertanto, laddove sia commesso da soggetti in posizione apicale o sottoposti alla direzione di questi ultimi alcuno dei reati “transnazionali” presupposto indicati nell’art.10 della L. n. 146/2006, a vantaggio o nell’interesse dell’ente, quest’ultimo sarà ritenuto responsabile ai sensi del decreto in argomento e soggetto alle sanzioni previste dalla citata legislazione speciale.

CAPITOLO 4

I REATI PRESUPPOSTO²⁰

1. L'originario "nucleo" di reati - presupposto

a. Reati commessi nei rapporti con la Pubblica Amministrazione (art. 24):

- Malversazione a danno dello Stato o di altro ente pubblico (art. 316-bis c.p.);
- Indebita percezione di contributi, finanziamenti o altre erogazioni da parte dello Stato o di altro ente pubblico o delle Comunità europee (art. 316-ter c.p.);
- Truffa in danno dello Stato o di altro ente pubblico o delle Comunità europee (art. 640, comma 2, n. 1, c.p.);
- Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640-bis c.p.);
- Frode informatica in danno dello Stato o di altro ente pubblico (art. 640-ter c.p.).

b. Reati commessi nei rapporti con la Pubblica Amministrazione (art. 25):

- Corruzione per un atto d'ufficio (art. 318 c.p.);
- Pene per il corruttore (art. 321 c.p.);
- Corruzione per un atto contrario ai doveri di ufficio (art. 319 c.p.);
- Circostanze aggravanti (art. 319-bis c.p.);
- Corruzione in atti giudiziari (art. 319-ter c.p.);
- Istigazione alla corruzione (art. 322 c.p.);
- Concussione (art. 317 c.p.);

c. Inosservanza delle sanzioni interdittive (art. 23).

Rinviando per ogni dettaglio al successivo Capitolo 6, paragrafo 3.g., in questa sede si evidenzia che anche il delitto di cui all'art. 23, comma 1, del D. Lgs. n. 231/2001 è un reato presupposto dalla cui commissione consegue la responsabilità amministrativa dell'ente ex commi 2 e 3 del citato articolo.

2. La successiva implementazione del novero dei reati presupposto

Successivamente, e a più riprese, il legislatore ha ampliato la lista dei cc.dd. reati-presupposto, che a tutt'oggi, per comodità espositiva, possono essere compresi nelle seguenti categorie:

a. Delitti informatici e trattamento illecito di dati (art. 24-*bis*²¹):

- Falsità in un documento informatico pubblico o avente efficacia probatoria (art. 491-*bis* c.p.);
- Accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico (art. 615-*ter* c.p.);
- Detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici o telematici (art. 615-*quater* c.p.);
- Diffusione di apparecchiature, dispositivi o programmi informatici diretti a danneggiare o interrompere un sistema informatico o telematico (art. 615-*quinqüies* c.p.);
- Intercettazione, impedimento o interruzione illecita di comunicazioni informatiche o telematiche (art. 617-*quater* c.p.);

²⁰ Per ulteriori dettagli sulla tipologia di reati-presupposto è stato predisposto l'**allegato n. 62** consultabile nel **documento on line (Volume IV) "Manualistica e documentazione di supporto"**.

²¹ Articolo aggiunto dall'art. 7 della L. n. 48/2008.

- Installazione di apparecchiature atte ad intercettare, impedire o interrompere comunicazioni informatiche o telematiche (art. 615-*quinquies* c.p.);
- Danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici (art. 635-*bis* c.p.);
- Danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici utilizzati dallo Stato o da altro ente pubblico o comunque di pubblica utilità (art. 635-*ter* c.p.);
- Danneggiamento di sistemi informatici o telematici (art. 635-*quater* c.p.);
- Danneggiamento di sistemi informatici o telematici di pubblica utilità (art. 635-*quinquies* c.p.);
- Frode informatica del certificatore di firma elettronica (art. 640-*quinquies* c.p.).

b. Delitti di criminalità organizzata (art. 24-*ter*²²)

L'inserimento dei delitti contro la criminalità organizzata tra i reati presupposto previsti dal D. Lgs. n. 231/2001 non rappresenta una novità assoluta. Infatti, come già anticipato al precedente Capitolo 2., paragrafo 3.a., l'art. 10 della L. n. 146/2006 aveva già previsto alcuni delitti associativi tra i reati presupposto nel caso in cui tali reati avessero carattere transnazionale.

Si riporta di seguito l'elenco dettagliato delle fattispecie previste:

- Associazione per delinquere (art. 416 c.p., ad eccezione del sesto comma);
- Associazione a delinquere finalizzata alla riduzione o al mantenimento in schiavitù, alla tratta di persone, all'acquisto e alienazione di schiavi ed ai reati concernenti le violazioni delle disposizioni sull'immigrazione clandestina di cui all'art. 12 del D. Lgs. n. 286/1998 (art. 416, sesto comma, c.p.);
- Associazione di tipo mafioso (art. 416-*bis* c.p.);
- Scambio elettorale politico-mafioso (art. 416-*ter* c.p.);
- Sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.);
- Associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 74 del D.P.R. n. 309/1990);
- Illegale fabbricazione, introduzione nello Stato, messa in vendita, cessione, detenzione e porto in luogo pubblico o aperto al pubblico di armi da guerra o tipo guerra o parti di esse, di esplosivi, di armi clandestine nonché di più armi comuni da sparo (art. 407, comma 2, lett. a), numero 5), c.p.p.).

L'introduzione del reato di associazione per delinquere ex art. 416 c.p. quale reato presupposto della responsabilità amministrativa degli enti, svincolato dal carattere della transnazionalità, ha ed avrà conseguenze nella prevenzione e nel contrasto non solo della criminalità organizzata, ma anche dei cc.dd. *white collar crimes*. Infatti, con tale estensione normativa è ora possibile, non solo in via astratta, applicare la disciplina del D. Lgs. n. 231/2001 con riguardo a quei reati che, pur non rientrando nella categoria dei reati presupposto (es. reati tributari, usura, abusiva attività di intermediazione finanziaria, turbata libertà degli incanti, ...), potrebbero costituire i delitti-fine di un'associazione per delinquere.

Pertanto, pur nella consapevolezza che tale novità già oggi rappresenta un valido ed efficace strumento contro la criminalità d'impresa, potendo trovare applicazione in situazioni distorsive della concorrenza e nei casi delle più gravi frodi fiscali, al fine di evitare "forzature" nella contestazione di tali fattispecie incriminatrici al solo fine di applicare la disciplina in commento per reati che oggi non ne costituiscono reati-presupposto, nelle more di eventuali future disposizioni di maggiore dettaglio sul punto che tengano conto anche dei primi pronunciamenti in sede giurisprudenziale, si ritiene necessario che la polizia giudiziaria operante acquisisca, prima di procedere alla successiva attività investigativa, specifiche

²² Articolo aggiunto dall'art. 2, comma 2, della L. n. 94/2009.

direttive dall'A.G. competente in ordine alla configurabilità, nelle ipotesi sopra rassegnate, della responsabilità amministrativa ex D. Lgs. n. 231/2001 nei confronti dell'ente.

c. Falsità in monete, in carte di pubblico credito, in valori di bollo e in strumenti o segni di riconoscimento (art. 25-bis²³):

- Falsificazione di monete, spendita e introduzione nello Stato, previo concerto, di monete falsificate (art. 453 c.p.);
- Alterazione di monete (art. 454 c.p.);
- Spendita e introduzione nello Stato, senza concerto, di monete falsificate (art. 455 c.p.);
- Spendita di monete falsificate ricevute in buona fede (art. 457 c.p.);
- Falsificazione di valori di bollo, introduzione nello Stato, acquisto, detenzione o messa in circolazione di valori di bollo falsificati (art. 459 c.p.);
- Contraffazione di carta filigranata in uso per la fabbricazione di carte di pubblico credito o di valori di bollo (art. 460 c.p.);
- Fabbricazione o detenzione di filigrane o di strumenti destinati alla falsificazione di monete, di valori di bollo o di carta filigranata (art. 461 c.p.);
- Uso di valori di bollo contraffatti o alterati (art. 464 c.p.);
- Contraffazione, alterazione o uso di marchi o segni distintivi ovvero di brevetti, modelli e disegni (art. 473 c.p.);
- Introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi (art. 474 c.p.).

d. Delitti contro l'industria e il commercio (art. 25-bis 1²⁴):

- Turbata libertà dell'industria o del commercio (art. 513 c.p.);
- Frode nell'esercizio del commercio (art. 515 c.p.);
- Vendita di sostanze alimentari non genuine come genuine (art. 516 c.p.);
- Vendita di prodotti industriali con segni mendaci (art. 517 c.p.);
- Fabbricazione e commercio di beni realizzati usurpando titoli di proprietà industriale (art. 517-ter c.p.);
- Contraffazione di indicazioni geografiche o denominazioni di origine dei prodotti agroalimentari (art. 517-quater c.p.);
- Illecita concorrenza con minaccia o violenza (art. 513-bis c.p.);
- Frodi contro le industrie nazionali (art. 514).

e. Reati societari (art. 25-ter²⁵):

- False comunicazioni sociali (art. 2621 c.c.);
- False comunicazioni sociali in danno dei soci o dei creditori (art. 2622, comma 1 e 3, c.c.);
- Impedito controllo (art. 2625, comma 2, c.c.);
- Formazione fittizia del capitale (art. 2632 c.c.);
- Indebita restituzione di conferimenti (art. 2626 c.c.);
- Illegale ripartizione degli utili e delle riserve (art. 2627 c.c.);
- Illecite operazioni sulle azioni o quote sociali o della società controllante (art. 2628 c.c.);

²³ Articolo aggiunto dall'art.6 del D. L. n. 350/2001, convertito con modificazioni dalla L. n. 409/2001 e modificato dall'art. 15, comma 7 della L. n. 99/2009.

²⁴ Articolo aggiunto dall'art. 15, comma 7 della L. n. 99/2009.

²⁵ Articolo aggiunto dall'art.3 del D. Lgs. n. 61/2002, modificato dalla L. n. 262/2005.

- Operazioni in pregiudizio dei creditori (art. 2629 c.c.);
- Indebita ripartizione dei beni sociali da parte dei liquidatori (art. 2633 c.c.);
- Illecita influenza sull'assemblea (art. 2636 c.c.);
- Aggiotaggio (art. 2637 c.c.);
- Omessa comunicazione del conflitto d'interessi (art. 2629-bis c.c.);
- Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza (art. 2638, comma 1 e 2, c.c.);

f. Reati con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico previsti dal codice penale e dalle leggi speciali, nonché delitti che siano comunque stati posti in essere in violazione di quanto previsto dall'art. 2 della Convenzione internazionale per la repressione del finanziamento del terrorismo, fatta a New York il 09/12/1999 (art. 25-*quater*²⁶).

g. Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (art. 583-*bis* c.p.) (art. 25-*quater* 1²⁷).

h. Delitti contro la personalità individuale (art. 25-*quinquies*²⁸):

- Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù (art. 600 c.p.);
- Prostituzione minorile (art. 600-*bis* c.p.);
- Pornografia minorile (art. 600-*ter* c.p.);
- Detenzione di materiale pornografico (art. 600-*quater*);
- Pornografia virtuale (art. 600-*quater* 1 c.p.);
- Iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-*quinquies* c.p.);
- Tratta di persone (art. 601 c.p.);
- Acquisto e alienazione di schiavi (art. 602 c.p.).

i. Reati di abuso di mercato (art. 25-*sexies*²⁹30):

- Abuso di informazioni privilegiate (D. Lgs. 24.02.1998, n. 58, art. 184);
- Manipolazione del mercato (D. Lgs. 24.02.1998, n. 58, art. 185).

j. Reati di omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime, commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro (art. 25-*septies*³¹):

- Omicidio colposo (art. 589 c.p.);
- Lesioni personali colpose (art. 590 c.p.).

k. Ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita (art. 25-*octies*³²):

- Ricettazione (art. 648 c.p.);
- Riciclaggio (art. 648-*bis* c.p.);

²⁶ Articolo aggiunto dall'art.3 della L. n. 7/2003, di ratifica ed esecuzione della citata convenzione.

²⁷ Articolo aggiunto dall'art. 8 della L. n. 7/2006.

²⁸ Articolo aggiunto dall'art. 5 della L. n. 228/2003.

²⁹ Articolo aggiunto dall'art. 9 della L. n. 62/2005.

³⁰ Per un maggiore approfondimento in merito ai citati delitti si rinvia al Volume II, Capitolo 2, del presente manuale.

³¹ Articolo aggiunto dall'art. 9 della L. n. 123/2007.

³² Articolo aggiunto dall'art. 63, comma 3, del D. Lgs. n. 231/2007.

- Impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita (art. 648-ter c.p.).
Con tale norma è stata estesa la responsabilità amministrativa degli enti a tutte le condotte di riciclaggio/reimpiego a decorrere dal 30 aprile 2008³³.

I. Delitti in materia di violazione del diritto d'autore (art. 25-*novies*³⁴):

- Messa a disposizione del pubblico, in un sistema di reti telematiche, mediante connessioni di qualsiasi genere, di un'opera dell'ingegno protetta, o di parte di essa (art. 171, L. n. 633/1941 comma 1 lett a) *bis*);
- Reati di cui al punto precedente commessi su opere altrui non destinate alla pubblicazione qualora ne risulti offeso l'onore o la reputazione (art. 171, L. n. 633/1941 comma 3);
- Abusiva duplicazione, per trarne profitto, di programmi per elaboratore; importazione, distribuzione, vendita o detenzione a scopo commerciale o imprenditoriale o concessione in locazione di programmi contenuti in supporti non contrassegnati dalla SIAE; predisposizione di mezzi per rimuovere o eludere i dispositivi di protezione di programmi per elaboratori (art. 171-*bis* L. n. 633/1941 comma 1);
- Riproduzione, trasferimento su altro supporto, distribuzione, comunicazione, presentazione o dimostrazione in pubblico, del contenuto di una banca dati; estrazione o reimpiego della banca dati; distribuzione, vendita o concessione in locazione di banche di dati (art. 171-*bis* L. n. 633/1941 comma 2);
- Abusiva duplicazione, riproduzione, trasmissione o diffusione in pubblico con qualsiasi procedimento, in tutto o in parte, di opere dell'ingegno destinate al circuito televisivo, cinematografico, della vendita o del noleggio di dischi, nastri o supporti analoghi o ogni altro supporto contenente fonogrammi o videogrammi di opere musicali, cinematografiche o audiovisive assimilate o sequenze di immagini in movimento; opere letterarie, drammatiche, scientifiche o didattiche, musicali o drammatico musicali, multimediali, anche se inserite in opere collettive o composite o banche dati; riproduzione, duplicazione, trasmissione o diffusione abusiva, vendita o commercio, cessione a qualsiasi titolo o importazione abusiva di oltre cinquanta copie o esemplari di opere tutelate dal diritto d'autore e da diritti connessi; immissione in un sistema di reti telematiche, mediante connessioni di qualsiasi genere, di un'opera dell'ingegno protetta dal diritto d'autore, o parte di essa (art. 171-*ter* L. n. 633/1941);
- Mancata comunicazione alla SIAE dei dati di identificazione dei supporti non soggetti al contrassegno o falsa dichiarazione (art. 171-*septies* L. n. 633/1941);
- Fraudolenta produzione, vendita, importazione, promozione, installazione, modifica, utilizzo per uso pubblico e privato di apparati o parti di apparati atti alla decodificazione di trasmissioni audiovisive ad accesso condizionato effettuate via etere, via satellite, via cavo, in forma sia analogica sia digitale (art. 171-*octies* L. n. 633/1941).

m. Induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria (art. 25-*decies*³⁵):

- Induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria (art. 377-*bis* c.p.).

³³ L'art. 64 dello stesso D.Lgs n. 231/2007 ha abrogato i commi 5 e 6 dell'art. 10 della L. n. 146/2006 che viceversa prevedeva tale responsabilità solo per condotte di riciclaggio/reimpiego aventi il carattere della transnazionalità. In sostanza dal 12/04/2006 al 30/04/2008 sono punite solo condotte di riciclaggio/reimpiego individuate nell'ambito della criminalità transnazionale. Dal 30 aprile tutte le condotte di riciclaggio costituiranno reato presupposto senza limitazioni all'ambito esclusivo della transnazionalità, come invece prevedeva la precedente normativa;

³⁴ Articolo aggiunto dalla L. n. 99/2009.

³⁵ Articolo aggiunto dall'art. 4 della L. n. 116/2009, come sostituito dall'art. 4, comma 1, del D.Lgs n. 121/2011.

n. Reati ambientali (art. 25-undecies³⁶)

- Uccisione, distruzione, cattura, prelievo, detenzione di esemplari di specie animali o vegetali selvatiche protette (art. 727-bis c.p.);
- Distruzione o deterioramento di habitat all'interno di un sito protetto (art. 733-bis c.p.);
- Reati ambientali in tema di scarichi di acque reflue industriali (art. 137, commi 2, 3 e 5, del D.Lgs n. 152/2006);
- Attività di gestione di rifiuti non autorizzata (art. 256, commi 1 e 3, del D.Lgs n. 152/2006);
- Bonifica dei siti (art. 257, commi 1 e 2, del D.Lgs n. 152/2006);
- Violazione degli obblighi di comunicazione, di tenuta dei registri obbligatori e dei formulari (art. 258, comma 4, secondo periodo, del D.Lgs n. 152/2006);
- Traffico illecito di rifiuti (art. 259, comma 1, del D.Lgs n. 152/2006);
- Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti (art. 260, commi 1 e 2, del D.Lgs n. 152/2006);
- Sistema informativo di controllo della tracciabilità dei rifiuti [art. 260-bis, commi 6, 7 (secondo e terzo periodo), 8 (primo e secondo periodo), del D.Lgs n. 152/2006];
- Violazioni in tema di emissione o in assenza delle prescrizioni stabilite dall'autorizzazione concessa (art. 279, comma 5, del D.Lgs n. 152/2006);
- Reati relativi all'applicazione in Italia della convenzione sul commercio internazionale delle specie animali e vegetali in via di estinzione (artt. 1, commi 1 e 2, 2, commi 1 e 2, 6, comma 4, 3 bis, comma 1, della L. n. 150/1992);
- Cessazione e riduzione dell'impiego delle sostanze lesive (art. 3, comma 6, del L. n. 549/1993);
- Inquinamento colposo e doloso (artt. 8, commi 1 e 2, 9, commi 1 e 2, del D.Lgs n. 202/2007).

3. Le ulteriori previsioni contenute in altri provvedimenti normativi

Continuando ad analizzare l'impianto sui cui si va strutturando la normativa realizzata dal decreto in commento, assistiamo all'introduzione di nuovi illeciti amministrativi a cura di leggi penali, che non inseriscono nel *corpus* del decreto nuovi articoli ordinati secondo la numerazione della parte speciale, bensì individuano dall'esterno specifiche figure di illecito con connessa sanzione, accrescendo in questo modo la frammentarietà della fonte normativa con una conseguente difficoltà di applicazione e coordinamento.

Infatti, ferma restando l'applicabilità dell'intero statuto della responsabilità amministrativa degli enti, la disciplina dei nuovi reati-presupposto di seguito indicati è interamente contenuta in alcune leggi speciali, alle quali occorrerà dunque far riferimento anche per rinvenire l'entità e la durata delle relative sanzioni.

Nello specifico, gli ulteriori reati-presupposto cui si fa riferimento sono:

a. Reati transnazionali (artt. 3 e 10 della L. n. 146/2006)

L'art. 3 della citata legge definisce reato transnazionale il reato punito con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni, qualora sia coinvolto un gruppo criminale organizzato, nonché: a) sia commesso in più di uno Stato; b) ovvero sia commesso in uno Stato, ma una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo avvenga in un altro Stato; c) ovvero sia commesso in uno Stato, ma in esso sia implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato; d) ovvero sia commesso in uno Stato ma abbia effetti sostanziali in un altro Stato.

³⁶ Articolo aggiunto dall'art. 4, comma 1, del D.Lgs n. 121/2011.

Il dettato della normativa in argomento riguarda nello specifico le seguenti fattispecie di reato:

- Associazione per delinquere (art. 416 c.p.);
- Associazione di tipo mafioso (art. 416-bis c.p.);
- Associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri (art. 291-*quater* del testo unico di cui al D.P.R. n. 43/1973);
- Associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 74 del testo unico di cui al D.P.R. n. 309/1990);
- Disposizioni contro le immigrazioni clandestine (art. 12, commi 3, 3-bis, 3-ter e 5, del testo unico di cui al D. Lgs. n. 286/1998);
- Induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria (art. 377-bis c.p.);
- Favoreggiamento personale (art. 378 c.p.).

b. Abbandono di rifiuti (Decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, art. 192)

Nei casi di abbandono e deposito incontrollati di rifiuti sul suolo e nel suolo ovvero di immissione di rifiuti di qualsiasi genere, allo stato solido o liquido, nelle acque superficiali e sotterranee, l'art. 192 del D. Lgs. n. 152/2006 prevede che, se *"la responsabilità del fatto illecito sia imputabile ad amministratori o rappresentanti di persona giuridica"*, la persona giuridica risponde in solido, secondo le previsioni del D. Lgs. n. 231/2001.

Il rinvio alle previsioni del D. Lgs. n. 231/2001 è assolutamente generico e potrebbe essere interpretato come un richiamo generale (e non pertinente) al principio dell'estensione della responsabilità dell'ente per fatto commesso da soggetti in posizione apicale. Infatti, non è chiaro se possano applicarsi la previsione relativa alla necessaria sussistenza di un interesse o vantaggio per l'ente, le norme esimenti relative all'adozione dei modelli organizzativi, nonché tutte le norme procedurali previste dal decreto in commento.

c. Insider trading (abuso di informazioni privilegiate) e manipolazione del mercato (art. 187-*quinquies* del D. Lgs. n. 58/1998 - T.U.F.)

Rappresenta una delle novità più singolari in tema di responsabilità societaria, in quanto nell'articolo in argomento viene affermato che l'ente: *"è responsabile del pagamento di una somma pari all'importo della sanzione amministrativa irrogata per gli illeciti di cui al presente capo (art. 187-bis e art. 187-ter, ndr.) commessi nel suo interesse o a suo vantaggio: a) da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria o funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso; b) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a). Se, in seguito alla commissione degli illeciti di cui al comma 1, il prodotto o il profitto conseguito dall'ente è di rilevante entità, la sanzione è aumentata fino a dieci volte tale prodotto o profitto. L'ente non è responsabile se dimostra che le persone indicate nel comma 1 hanno agito esclusivamente nell'interesse proprio o di terzi. 4. In relazione agli illeciti di cui al comma 1 si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 6, 7, 8 e 12 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231"*.

In sostanza, laddove la condotta di abuso di informazioni privilegiate ovvero quella di manipolazione del mercato integri i presupposti per la configurazione dei reati di cui agli artt. 184 e 185 del T.U.F., la normativa del D. Lgs. n. 231/2001 troverà applicazione per effetto e nei limiti di cui all'art. 25-sexies; viceversa, laddove le condotte illecite sopra evidenziate restino confinate all'interno delle violazioni amministrative di cui agli artt. 187-bis e 187-ter del T.U.F., si applicheranno l'impianto sanzionatorio e procedurale di cui all'art. 187-*quinquies*, che espressamente richiama solo alcune delle norme (artt. 6, 7, 8 e 12) del decreto in commento, in quanto compatibili.

4. La rilevanza del tentativo

Non sussistono dubbi sulla necessità di prevedere che la responsabilità amministrativa dell'ente debba essere estesa anche alle ipotesi di reato tentato. Lo si ricava dalla legge delega che, *“pur non nominando il tentativo, fa riferimento ai reati la cui forma di manifestazione è quella consumata o tentata”*, come affermato dalla relazione di accompagnamento al D. Lgs. n. 231/2001.

La norma dell'articolo 26, al comma 1, statuisce che *“Le sanzioni pecuniarie e interdittive sono ridotte da un terzo alla metà in relazione alla commissione, nelle forme del tentativo, dei delitti indicati nel presente decreto”*, mentre al comma 2 prevede che *“L'ente non risponde quando volontariamente impedisce il compimento dell'azione o la realizzazione dell'evento”*.

La Corte di Cassazione, Sez. V, con la sentenza n. 7718/2009 ha affrontato – per la prima volta – il tema della responsabilità degli enti in relazione al delitto tentato in ordine ad una truffa ai danni dello stato, concludendo per una sua rilevanza ai fini dell'applicazione dell'impianto normativo di cui al D. Lgs. n. 231/2001.

CAPITOLO 5

GLI ELEMENTI COSTITUTIVI DELLA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DEGLI ENTI

1. I requisiti rilevanti sul piano “oggettivo”

a. La commissione del reato presupposto nell'interesse o a vantaggio dell'ente da parte di soggetti in posizione “apicale” ovvero “sottoposti” all'altrui direzione e vigilanza

Per assumere rilevanza ai fini dell'imputazione della responsabilità ex D. Lgs. n. 231/2001 in capo all'ente, i cc.dd. “reati presupposti” ascrivibili alla persona fisica, come individuati dalla normativa in commento ovvero contenuti nella legislazione speciale, dovranno essere commessi (anche solo parzialmente):

- *nel suo interesse o a suo vantaggio*;
- da parte di uno dei soggetti qualificati indicati all'art. 5, formula che rappresenta l'espressione del rapporto di immedesimazione organica costituente uno dei capisaldi attorno al quale è costruito il sistema normativo in commento.

In ordine alla locuzione “*nel suo interesse o a suo vantaggio*” la Corte di Cassazione (*inter alia* cfr. Sez. II, Penale, sentenza n. 3615/2005) ha negato l'esistenza di una endiadi in base ad una interpretazione logico-grammaticale secondo cui la scelta del legislatore di ricorrere alla congiunzione “o” ha una chiara valenza disgiuntiva con la conseguenza che a tale scelta grammaticale corrisponde, secondo l'organo giudicante, l'esplicita volontà di individuare due presupposti distinti ed alternativi, e non un concetto unitario, entrambi idonei a determinare, ove esistenti, la riconducibilità del reato alla persona giuridica. Conclusione confermata dalla stessa relazione governativa al decreto in commento, secondo la quale i termini vantaggio e interesse rappresentano dunque due concetti distinti.

A riprova di quanto testé affermato e a completamento del quadro normativo, si rinvia agli:

- artt. 12, comma 1 e 13, ultimo comma del D. Lgs. n. 231/2001, che, rispettivamente, prevedono una diminuzione delle sanzioni pecuniarie e l'inapplicabilità di quelle interdittive nell'ipotesi in cui il reato presupposto venga commesso nel prevalente interesse del suo autore o di terzi e l'ente non ne abbia ricavato alcun vantaggio ovvero un vantaggio minimo;
- all'art. 25-ter, dove, al comma 1, il legislatore ha previsto quale criterio solo l'interesse dell'ente.

Per quanto precede, è evidente che laddove sia possibile accertare che uno dei soggetti indicati nell'art. 5 abbia commesso il reato “*nell'interesse esclusivo proprio o di terzi*”, con condotte estranee alla politica dell'ente, non sarà possibile addebitare a quest'ultimo alcuna responsabilità, come peraltro confermato al comma 2 del citato articolo. L'aggettivo che qualifica l'interesse, “esclusivo”, come sarà meglio delineato nel prosieguo, induce a ritenere la configurabilità della responsabilità amministrativa anche quando l'autore del reato abbia agito per il perseguimento di un interesse proprio concorrente con quello della persona giuridica nel cui interno agisce.

In sede giurisprudenziale (cfr. Tribunale di Trani, sentenza in data 26 ottobre 2009) è stato chiarito che, sul piano esegetico, è possibile inquadrare i due termini di “interesse” e “vantaggio” in un contesto non strettamente economico o patrimoniale, potendosi finalizzare la condotta costituente reato anche in un alveo finalistico più ampio, connesso con una diversa utilità, e potendosi del pari individuare il risultato non solo in un risvolto abbracciante benefici puramente economici. In particolare, è stato evidenziato come tale osservazione tragga sostegno dalla constatazione che nel contesto normativo delineato dal D. Lgs. n. 231/2001, allorché il legislatore ha voluto valorizzare il profilo economico, lo ha fatto espressamente con l'utilizzo del termine “profitto”, come si apprezza a proposito delle

sanzioni interdittive nell'art. 13 e con riguardo alla confisca nell'art. 15 e nell'art. 19, concludendo che il profitto non è un elemento costitutivo del reato.

Pertanto, l'interesse ed il vantaggio possono anche essere non patrimoniali, purché siano concretamente ed obiettivamente individuabili.

In secondo luogo, occorre che l'illecito penale sia stato realizzato non da un qualsivoglia soggetto giuridicamente collegato all'ente, bensì da un soggetto qualificato, ed in particolare da soggetti che:

- *"rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale", ovvero "da coloro che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo"* dell'ente (soggetti in c.d. "posizione apicale", categoria che prende in considerazione le qualifiche funzionali che fanno parte del processo di formazione e attuazione delle decisioni dell'ente a livello centrale o di singola unità organizzativa);
- oppure *"da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti"* apicali (cc.dd. "sottoposti", quali, tipicamente, i prestatori di lavoro subordinato).

Il legislatore ha così voluto individuare i soggetti rilevanti sulla base dell'attività concretamente svolta dalle persone fisiche, in modo tale da coinvolgere tutti i soggetti in grado di agire "per conto dell'ente", attribuendo direttamente rilievo alla situazione di fatto, senza la necessità di ricorrere alla figura concorsuale del c.d. concorrente "esterno".

Schematizzando, vengono individuate tre precise condizioni le quali consentono di collegare, sul piano oggettivo, il comportamento delittuoso all'ente:

- il reato deve essere commesso nell' "interesse" o "a vantaggio" dell'ente;
- gli autori del reato devono identificarsi in persone fisiche qualificate da specifica posizione rivestita all'interno dell'ente;
- i predetti soggetti non devono avere agito "nell'interesse esclusivo proprio o di terzi".

Come si legge nella relazione di accompagnamento al D. Lgs. n. 231/2001 tale scelta legislativa si è profilata *"quasi necessitata sul piano logico (dal momento che assicura la corrispondenza tra chi commette l'illecito e chi ne paga le conseguenze giuridiche), oltre che auspicabilmente idonea, su quello pratico, a contenere le distorsioni di una giurisprudenza che, come noto, tendeva – in nome della prevenzione generale – a dilatare oltre il consentito l'ambito delle responsabilità individuali degli amministratori"*.

Mentre, con riguardo ai dipendenti, è stato chiarito che non vi era motivo per escludere la responsabilità dell'ente dipendente da reati compiuti da tali soggetti, qualora essi agiscano appunto per conto dell'ente, e cioè nell'ambito dei compiti ad essi devoluti: quanto al rapporto di dipendenza, quel che sembra contare è che l'ente risulti impegnato dal compimento, da parte del sottoposto, di un'attività destinata a riversarsi nella sua sfera giuridica.

2. Segue... e gli elementi caratterizzanti il profilo "soggettivo"

a. Colpa in organizzazione e modelli organizzativi

La realizzazione di uno dei reati presupposto, in presenza dei criteri "oggettivi" sopra analizzati, non è di per sé ancora sufficiente per fondare la responsabilità dell'ente, dal momento che, riprendendo quanto è scritto nella relazione illustrativa, occorre ancora che il fatto-reato sia anche espressione di una politica aziendale o, perlomeno, di un deficit di organizzazione, e quindi "rimproverabile" all'ente.

In tal modo il legislatore ha inteso introdurre la previsione di meccanismi di imputazione del fatto all'ente destinati ad operare su un piano diverso da quello meramente oggettivo.

In sintesi, questo è il senso delle disposizioni contenute negli artt. 6 e 7 del D. Lgs. n. 231/2001 che escludono la responsabilità dell'ente nel caso in cui questo, prima della commissione del reato, abbia adottato ed efficacemente attuato un idoneo modello di

organizzazione volto a prevenire la commissione di reati della specie di quello che è stato realizzato.

Dalla lettura sistematica delle norme in commento, unitamente ai chiarimenti contenuti nella citata relazione ministeriale di accompagnamento, emerge l'esistenza di un legame tra "colpa in organizzazione" e modelli organizzativi.

Sul punto la Cassazione, Sez. VI, Penale, nella sentenza n. 36083/09, ha evidenziato che la mancata adozione di tali modelli, in presenza dei presupposti oggettivi e soggettivi sopra indicati, è sufficiente a costituire quella "rimproverabilità" di cui è cenno nella relazione ministeriale al D. Lgs. n. 231/2001, precisando che *"in tale concetto di rimproverabilità è implicata una forma nuova, normativa, di colpevolezza per omissione organizzativa e gestionale"*.

Pertanto, all'ente viene richiesta l'adozione di modelli comportamentali costruiti tenendo conto del rischio-reato, calibrati in modo tale da evitare la realizzazione di determinate condotte illecite: ma non una mera adozione, posto che l'esenzione da responsabilità dell'ente consegue solo ad una efficace ed effettiva attuazione del modello organizzativo adottato.

In particolare, la norma fa riferimento a modelli di organizzazione e gestione, i primi riguardanti le strutture organizzative dell'ente ed i secondi regolanti i momenti operativi che si realizzano per mezzo di coloro che ricoprono determinate posizioni nell'ambito dell'ente medesimo, da trattarsi e considerarsi comunque come funzionalmente interagenti ed interattivi, non potendo sussistere autonomamente, nella considerazione che nell'ottica del legislatore del D. Lgs. n. 231/2001 l'organizzazione e la gestione rappresentano situazioni non scindibili.

Ne consegue una costruzione della responsabilità da reato degli enti con funzione preventiva e strumentale (*rectius*: di sollecitazione degli enti) all'adozione di modelli organizzativi ed operativi idonei a prevenire reati. Dunque, l'elemento "colpa", quale richiesto – secondo le note esplicative della relazione – ai fini dell'imputazione dell'illecito, *"può risultare escluso a seguito di un adempimento positivamente operato dall'ente medesimo, secondo criteri di autoregolamentazione fissati in via preventiva dalle norme"*.

In merito, è da rilevare che il legislatore, nonostante la rilevanza attribuita nel sistema del D. Lgs. n. 231/2001 ai modelli organizzativi, non ne ha imposto *ex lege* l'adozione: non c'è, in altre parole, alcun dovere legale per un'impresa di dotarsi di un modello di organizzazione conforme alle indicazioni del citato decreto³⁷.

Sul punto occorre rilevare, però, che una prima deroga al principio della "facoltatività" nell'adozione del modello è stata introdotta con la delibera n. 15786/2007 con cui la CONSOB, modificando il Regolamento dei mercati di Borsa, ha statuito l'adozione obbligatoria del modello organizzativo per le società rientranti nel cd. segmento "STAR".

Tuttavia, non può non rilevarsi come l'adozione dei modelli in rassegna possa essere considerata come una misura ormai praticamente necessaria, e dunque, obbligatoria nei fatti, se non altro per beneficiare del c.d. "scudo protettivo", dal momento che se l'ente nell'esercizio della sua libera discrezionalità decide di non dotarsi di un modello di organizzazione, esso non potrà avvalersi della c.d. "esimente" dalla responsabilità derivante dall'adozione di un valido modello organizzativo³⁸.

³⁷ Tale conclusione è stata confermata dalla Cassazione, con la sentenza n. 32626/2006, in cui, giudicando una fattispecie nella quale il giudice di merito aveva imposto all'impresa di dotarsi del modello organizzativo, è stato statuito che siffatto provvedimento non è giustificato dal D. Lgs. n. 231/2001 il quale non *"... prevede alcuna forma di imposizione coattiva dei modelli organizzativi, la cui adozione, invece, è sempre spontanea in quanto è proprio la scelta di dotarsi di uno strumento organizzativo in grado di eliminare o ridurre il rischio di commissione di illeciti da parte della società a determinare in alcuni casi la esclusione della responsabilità, in altri un sollievo sanzionatorio e che, nella fase cautelare, può portare alla sospensione o alla non applicazione delle misure interdittive ..."*.

³⁸ A conferma del traghettamento da una mera facoltà ad un "sostanziale ed irrinunciabile" obbligo in tema di adozione del modello di organizzazione, gestione e controllo, da parte dell'organo dirigente dell'ente, si segnala la sentenza n. 1774/2008 del Tribunale di Milano con la quale è stata riconosciuta la responsabilità civile di un amministratore *executive* nei confronti della società *ex art. 2392 c.c.* per non aver assolto l'onere (dovere) di attivare il Consiglio di

Per completezza sul punto e rinviando per un maggior approfondimento alla Parte II, Capitolo 3, paragrafo 3., lett. b.(2), occorre segnalare che dalla struttura normativa in trattazione emerge come la colpevolezza (per carenza di organizzazione) di cui al D. Lgs. n. 231/2001 si atteggi diversamente, venendosi a creare una sorta di “graduazione”, a seconda che il reato venga commesso da persone fisiche che si trovano ai vertici dell'ente, cc.dd. “apicali”, ovvero da coloro che si trovano in posizione di sottoposti:

- nel primo caso, si configura una colpevolezza conseguente alle scelte di politica di impresa (*sub specie di culpa in eligendo* direttamente riferibile all'ente);
- nella seconda ipotesi, si delinea una vera e propria "colpa di organizzazione" (*sub specie di culpa in vigilando*, in quanto il fatto di reato si è verificato solo perché i vertici o coloro che sono preposti al controllo non hanno vigilato o hanno vigilato male).

3. Segue... l'individuazione e la costituzione dell'organismo di vigilanza

Tra i requisiti legali individuati dal legislatore del D. Lgs. n. 231/2001 (cfr. art. 6, comma 1 lett. b) e d)) che consentono all'ente, in presenza delle altre condizioni previste, di poter beneficiare dell'esonerazione da responsabilità, vi è la costituzione di un nuovo organo di controllo, cosiddetto organismo di vigilanza (per comodità di esposizione ODV nel prosieguo della trattazione), al quale sono affidati delicati compiti, poteri e responsabilità, di cui non si rinviene alcuna specifica indicazione nel testo di legge e nella relazione illustrativa, fatta eccezione per la previsione secondo cui deve trattarsi di una struttura costituita all'interno dell'ente.

In forza del tenore letterale del dato normativo contenuto nel D. Lgs. n. 231/2001, è da ritenere che la competenza a nominare l'organo interno spetti al vertice dell'ente. Sul punto, dalla lettura congiunta dell'art. 6 e della relazione accompagnatoria si rileva come il compito di vigilare sul “modello” deve essere affidato ad un “organismo dell'ente”, ed in particolare, la relazione puntualizza che deve trattarsi di “una struttura che deve essere costituita al suo interno (dell'ente), onde evitare facili manovre attraverso il ricorso ad organismi compiacenti, dotata di poteri autonomi e specificamente preposta a detti compiti”. In favore di tale soluzione milita, altresì, la circostanza che, nell'esercizio delle sue funzioni, l'organismo di controllo è chiamato a “dialogare” con il vertice, al quale oltre ad essere legato contrattualmente, è ovviamente tenuto a riferire sull'attività svolta e sulla presenza di irregolarità o di situazioni di rischio che impongano l'immediato intervento della dirigenza.

Come sopra anticipato l'organismo è calato all'interno della società, seppur in una condizione di autonomia ed indipendenza. Tale ultima condizione appare fondamentale, in particolare, se si considera che lo *status* apicale del possibile reo, sottratto a situazione di dipendenza gerarchica, fa sì che esso tenda a sfuggire agli ordinari sistemi di controllo interno dell'ente.

Pertanto, dovendosi istituire un organismo che si trovi in posizione di terzietà rispetto a coloro sui quali esso dovrà vigilare, è stato osservato come sia preferibile l'istituzione di un organismo *ad hoc*, a favore del quale sarà necessario prevedere apposite garanzie di stabilità, indipendenza e qualificazione professionale, pur non escludendosi la possibilità che tale ruolo sia attribuito al “comitato per il controllo interno” purché composto esclusivamente da amministratori non esecutivi o indipendenti, ovvero alla funzione di *internal auditing*, ove esistenti.

Per quanto precede, si è concluso pacificamente che l'ODV non possa essere rappresentato dal collegio sindacale, tra l'altro non obbligatorio per legge nelle realtà aziendali di minori dimensioni, pur essendo lo stesso, sotto il profilo della professionalità, ben attrezzato per adempiere efficacemente al ruolo di vigilanza sul modello e quindi sicuramente idoneo ad interloquire istituzionalmente con tale organismo³⁹.

Amministrazione a valutare l'adozione di un adeguato modello di prevenzione del rischio commissione dei reati, in presenza di reati che l'adozione del modello avrebbe potuto impedire.

³⁹ Per le medesime considerazioni occorrerà valutare con attenzione la nomina di alcuno dei sindaci quale membro dell'ODV, anche se nella prassi tale attribuzione è sempre più frequente. Infatti, in tale situazione il “sindaco” potrebbe trovarsi in una situazione di “conflitto d'interessi” nel ruolo di controllore, quale componente dell'ODV, dell'attività svolta dal collegio sindacale, rilevante ai fini di alcuni dei reati societari presupposto. E' altresì da escludere, relativamente alla

Quanto alla composizione, nei primi interventi sullo specifico aspetto si rileva come la giurisprudenza (cfr. G.I.P. presso il Tribunale di Roma, ordinanze in data 17.03.2004 e in data 04.04.2003) abbia auspicato che l'ODV sia composto da soggetti privi di compiti di amministrazione attiva (che pregiudicherebbero la richiesta autonomia) da individuare, eventualmente ma non necessariamente, anche in collaboratori esterni, dotati della necessaria professionalità e competenza in materia ispettiva e di consulenza nello specifico settore.

La giurisprudenza ha, inoltre, ribadito l'esigenza di scegliere il tipo di composizione, mono o plurisoggettiva, anche in relazione alle dimensioni aziendali. Nelle realtà di piccole dimensioni che non si avvalgano della facoltà di cui al comma 4 dell'art. 6⁴⁰, la composizione monocratica ben potrebbe garantire le funzioni demandate all'ODV. In quelle di dimensioni medio grandi sarebbe preferibile una composizione di tipo collegiale, che, come emerge da uno studio effettuato dal citato Gruppo di lavoro di Confindustria analizzando la composizione degli organismi di vigilanza adottati dalle maggiori imprese italiane, risulta quello privilegiato, con ricorso a professionisti esterni di un certo "spessore", affiancati a personale interno qualificato "*ratione materiae*", non operativo, in modo tale da garantire autonomia e professionalità.

Non prevedendo la normativa in commento alcuna definizione di "enti di piccole dimensioni", si ritiene possibile ricorrere alla definizione comunitaria di cui alla raccomandazione della Commissione europea n. 2003/361/Ce in data 06.05.2003, ratificata con D.M. 18.04.2005, che all'art. 2, comma 2, prevede che appartengono a tale categoria quegli enti che presentano contemporaneamente le seguenti due condizioni:

- un numero di occupati non superiore alle 49 unità, intendendo per tali, ai sensi del successivo comma 5, lett. c), i dipendenti dell'impresa a tempo determinato o indeterminato, iscritti nel libro matricola dell'impresa e legati all'impresa da forme contrattuali che precedono il vincolo di dipendenza, fatta eccezione di quelli posti in cassa integrazione straordinaria;
- un totale di bilancio annuo o un fatturato annuo, quali risultanti dall'ultimo esercizio contabile chiuso ed approvato, non superiore ai 10 milioni di euro, intendendo, rispettivamente, ai sensi del successivo comma 5, lett. b) ed a):
 - . per totale di bilancio il totale dell'attivo patrimoniale;
 - . per fatturato, corrispondente alla voce A.1 del conto economico redatto secondo le vigenti norme del codice civile, l'importo netto del volume d'affari che comprende gli importi provenienti dalla vendita di prodotti e dalla prestazione di servizi rientranti nelle attività ordinarie della società, diminuiti degli sconti concessi sulle vendite nonché dell'imposta sul valore aggiunto e delle altre imposte direttamente connesse con il volume d'affari, e ricorrendo, per le imprese esonerate dalla tenuta della contabilità ordinaria e/o dalla redazione del bilancio, alle informazioni desumibili, per quanto riguarda il fatturato dall'ultima dichiarazione dei redditi presentata e, per quanto riguarda l'attivo patrimoniale dal prospetto delle attività e delle passività redatto con i criteri del D.P.R. n. 689/1974, ed in conformità agli articoli 2423 e seguenti del codice civile.

prevenzione dei reati di omicidio colposo e lesioni personali colpose commessi con violazione delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro, il conferimento del ruolo di ODV al "*responsabile del servizio di prevenzione e protezione*" di cui al D. Lgs. n. 626/1994, in possesso di un appropriato bagaglio di strumenti e tecniche specialistiche (professionalità). È, però, indubbio come lo stesso soggetto svolga un ruolo operativo e sia quasi sempre inserito all'interno di precise gerarchie aziendali dalle quali dipende o, quando esterno all'azienda, vincolato da rapporti contrattuali con esponenti delle predette gerarchie aventi ad oggetto le attività di controllo in parola.

⁴⁰ Tale previsione normativa consente che i compiti di cui alla lett. b) dell'art. 6, comma 2, siano assolti dall'organo dirigente, il quale tenuto conto delle molteplici responsabilità ed attività su cui quotidianamente deve applicarsi, potrà avvalersi di professionisti esterni cui affidare l'incarico di svolgere verifiche sul rispetto e l'efficacia del modello.

CAPITOLO 6

IL SISTEMA SANZIONATORIO

1. Le sanzioni amministrative previste: generalità

L'art. 11 della legge delega n. 300/2000, prevedeva l'adozione di "sanzioni amministrative effettive, proporzionate e dissuasive" nei confronti delle persone giuridiche.

In relazione a quanto sopra, il legislatore ha costruito nell'art. 9 un sistema "binario", che prevede principalmente l'applicazione di sanzioni pecuniarie, che devono essere sempre comminate, e di sanzioni interdittive, che viceversa trovano applicazione solo in presenza di determinate condizioni e vanno ad inserirsi, insieme al sequestro preventivo e al sequestro conservativo, nella più ampia struttura delle misure cautelari.

In questo specifico ambito, le misure interdittive incidono sul soggetto, limitandone l'attività o l'accesso a determinate risorse economiche; di contro le garanzie reali, contenute negli articoli 53 e 54 del decreto, incidono sul suo patrimonio per evitare la dispersione dello stesso in funzione del pagamento delle sanzioni pecuniarie, delle spese del procedimento o di altre somme dovute all'erario.

In entrambi i casi, come viene chiarito nella relazione al decreto, l'esigenza è quella di *"paralizzare o ridurre l'attività dell'ente quando la prosecuzione dell'attività stessa possa aggravare o protrarre le conseguenze del reato ovvero agevolare la commissione di altri reati"*.

L'art. 9 individua, infine, le ulteriori due sanzioni della "confisca" e della "pubblicazione della sentenza".

2. La sanzione pecuniaria ed il sistema "per quote"

La sanzione pecuniaria, applicabile a tutti gli illeciti dipendenti da reato, ha natura principalmente afflittiva e non risarcitoria, nel senso che viene irrogata con lo scopo di punire l'illecito commesso e non di reintegrare un danno patrimoniale subito da terzi.

Al fine di assicurare una maggiore trasparenza e adattare la risposta sanzionatoria alle reali capacità economico-finanziarie dell'ente e alla sua posizione sul mercato, il legislatore ha previsto agli artt. 10 e seguenti un modello commisurativo "per quote" che deve sempre e comunque rispettare rigorosamente l'ammontare minimo e massimo della sanzione fissata dalla legge delega.

In questo modo, mentre il numero delle quote viene determinato in riferimento alla gravità oggettiva e soggettiva dell'illecito, il valore economico della singola quota viene determinato dal giudice sulla base della capacità economica della persona giuridica.

In concreto, l'entità della sanzione inflitta viene data dal prodotto di due fattori: il numero delle quote che funge da "moltiplicatore" ed il singolo valore attribuito a ciascuna quota, che invece rappresenta il "moltiplicando".

Nello specifico, l'art. 10 riflette dettagliatamente il seguente approccio:

- *"in base alla gravità oggettiva e soggettiva del fatto"*, il giudice determina il numero di quote "non inferiori a cento né superiore a mille" della sanzione pecuniaria considerando il comportamento tenuto dall'ente;
- *"in base alla capacità economica soggettiva dell'ente"*, il giudice determina il valore di ciascuna quota, che oscilla "da un minimo di 258 euro ad un massimo di 1550 euro circa";
- *"il numero delle quote moltiplicato per il valore unitario"* determina l'ammontare della sanzione pecuniaria dovuta che sarà in grado di assicurare un equo grado di efficacia sia in base alla natura dell'illecito commesso che al contenuto afflittivo.

Nel caso dei reati di cui all'art. 25-sexies del D. Lgs. n. 231/2001 e degli illeciti amministrativi di cui all'art. 187-*quinquies* del TUF, se il prodotto o il profitto conseguito dall'ente è di rilevante entità la sanzione pecuniaria è aumentata fino a dieci volte di tale prodotto o profitto.

a. I criteri di commisurazione della sanzione pecuniaria

Nello specifico al fine della determinazione del numero di quote rilevano tre indici:

- *la gravità del fatto.*

Tale parametro, per ragioni sistematiche, sarà valutabile alla stregua dei criteri di cui all'art. 133, comma 1 del c.p.⁴¹. Tuttavia, si deve sottolineare come il predetto indice ragionevolmente prenda in considerazione unicamente il *quantum* di lesione o di messa in pericolo del bene giuridico e ogni altra conseguenza derivante dall'illecito come il danno patrimoniale arrecato oppure il vantaggio che l'ente ha ricavato dalla commissione del reato, lasciando l'intensità del dolo o il grado della colpa (art. 133 c.p., comma 1, n. 3) al secondo parametro;

- *il grado di responsabilità dell'ente.*

Nel differenziare l'entità della sanzione, si dovrà tener conto del fatto che l'illecito costituisca espressione della politica aziendale oppure derivi dalla c.d. colpa di organizzazione. Un elemento di valutazione, in tal senso, è costituito dal tipo di rapporto esistente tra l'agente e l'ente, significando che un giudizio di maggiore riprovazione a carico dell'ente si avrà nell'ipotesi di soggetto che si trova in posizione apicale, ipotesi rispetto alla quale, peraltro, si ritiene, salvo prova contraria, che l'illecito sia manifestazione della politica societaria.

Nello specifico, per i soggetti apicali si procederà ad esaminare il grado di capacità di elusione fraudolenta dei modelli di organizzazione e di gestione, mentre per i soggetti sottoposti si procederà ad esempio a verificare l'adozione o meno dei citati modelli e il grado di inefficienza degli stessi rappresentato dalla mancata verifica periodica o aggiornamento;

- *le condotte riparatorie.*

Attraverso tale indice il giudice valuterà tutte le attività svolte dall'ente finalizzate ad eliminare o attenuare le conseguenze del fatto ovvero a prevenire ulteriori commissioni di illeciti, che tuttavia non integrano le condizioni di cui all'art. 12, comma 2, in quanto, in tale caso, rileverebbe direttamente come ipotesi di riduzione della sanzione.

Al fine della determinazione del valore delle quote tra un minimo e un massimo edittale il giudice deve valutare le condizioni economiche e patrimoniali dell'ente, al fine di assicurare l'efficacia della sanzione. Tale norma richiama l'art. 133-*bis* del c.p.⁴², anche se, in ragione del sistema bifasico adottato nel decreto in commento, assume un'autonoma valenza.

A tal fine, il giudice potrà avvalersi dei bilanci e delle scritture contabili dell'ente, tenendo, tuttavia, in debita considerazione anche una eventuale diversa situazione patrimoniale, economica e finanziaria che dovesse emergere nel corso degli accertamenti posti in essere dalla polizia giudiziaria.

⁴¹ Art. 133 c.p. "Gravità del reato: valutazione agli effetti della pena": "Nell'esercizio del potere discrezionale indicato nell'articolo precedente, il giudice deve tener conto della gravità del reato, desunta: 1. dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione; 2. dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato; 3. dalla intensità del dolo o dal grado della colpa. Il giudice deve tener conto, altresì, della capacità a delinquere del colpevole, desunta: 1. dai motivi a delinquere e dal carattere del reo; 2. dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato; 3. dalla condotta contemporanea o susseguente al reato; 4. dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo".

⁴² Art. 133-*bis* c.p. "Condizioni economiche del reo; valutazione agli effetti della pena pecuniaria": "Nella determinazione dell'ammontare della multa o dell'ammenda il giudice deve tener conto, oltre che dei criteri indicati dall'articolo precedente, anche delle condizioni economiche del reo. Il giudice può aumentare la multa o l'ammenda stabilita dalla legge sino al triplo o diminuirle sino ad un terzo quando, per le condizioni economiche del reo, ritenga che la misura massima sia inefficace ovvero che la misura minima sia eccessivamente gravosa".

Meritano di essere valutate, infine, le dimensioni complessive dell'ente e la sua posizione sul mercato. In tale contesto, è compito della polizia giudiziaria e, attese le specifiche competenze del Corpo quale polizia economico-finanziaria in modo particolare, fornire in sede di accertamento della violazione tutti i citati elementi fattuali, che saranno oggetto di valutazione del giudice.

b. I casi di riduzione della sanzione pecuniaria

Il legislatore ha previsto all'art. 12, comma 1, che la sanzione pecuniaria, che comunque non potrà mai essere inferiore ad € 10.329,00, sia ridotta della metà e in ogni caso non possa superare i 103.291 euro, allorquando:

- l'autore del reato ha commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non ne ha ricavato alcun vantaggio o ne ha ricavato un vantaggio minimo;
- il danno patrimoniale è di particolare tenuità.

Il comma 2 dell'art. 12 prevede un'ulteriore ipotesi di riduzione della sanzione pecuniaria, da un terzo alla metà se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado:

- l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso;
- è stato adottato e reso operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

Al fine di ottenere la riduzione è sufficiente che si verifichi una delle due condizioni, se le stesse concorrono l'attenuazione sarà dalla metà ai due terzi (art. 12 comma 3).

Per ciò che più concretamente riguarda l'attività riparatoria da porre in essere, questa deve mirare non solo alla reintegrazione totale del patrimonio, ma deve riguardare anche la riparazione di conseguenze dannose o pericolose del reato, anche se non hanno avuto riflessi sul patrimonio della vittima.

In ordine all'attenuante di cui alla lett. a) la giurisprudenza ne ha ravvisato l'esistenza nei seguenti casi:

- consistenti risarcimenti operati anche attraverso sconti significativi su rapporti pendenti o successivamente innescati con enti pubblici, soggetti passivi dell'illecito (cfr. Tribunale di Milano, ordinanza in data 30.04.2004);
- versamento di una somma di denaro, nella stipula di un contratto di fornitura e di manutenzione in favore dell'ente pubblico (cfr. Tribunale di Milano, ordinanza in data 25.07.2006).

In quest'ottica, appaiono di particolare rilievo tutti i comportamenti riparatori e soprattutto quelli di carattere preventivo.

A quest'ultimo aspetto in particolare, quale presupposto per la riduzione della sanzione, fa riferimento la previsione della lettera b), comma 2, dell'art. 12, quando parla dell'adozione da parte dell'ente di *"un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi"*. I modelli in argomento, previsti dagli artt. 6 e 7 del decreto, si inseriscono pure loro in un quadro sanzionatorio che assume sempre più aspetti di natura squisitamente preventiva e rappresentano un modello di comportamento di ravvedimento tardivo: infatti, se l'adozione di un tale modello avesse preceduto la commissione dell'illecito, l'ente avrebbe evitato ogni responsabilità.

In ordine alla citata lett. b), il Tribunale di Pordenone con sentenza in data 11 novembre 2002 ha ritenuto sussistere l'attenuante nell'allontanamento della persona fisica coinvolta dall'amministrazione e dalla rappresentanza dell'ente e nell'aver quest'ultimo abbandonato definitivamente le condotte criminose che il legale pro-tempore aveva assunto per avvantaggiare l'ente stesso.

3. Le sanzioni interdittive

a. Natura, finalità, tipologia

Le sanzioni interdittive costituiscono le reazioni afflittive di maggior rilievo, capaci di penetrare la struttura e l'attività dell'ente, di limitarne e condizionarne le capacità operative e di ostacolarne la presenza sul mercato. Queste rappresentano sanzioni non ammortizzabili, ossia insuscettibili di essere contabilizzate tra i costi di gestione. Qualificate da un elevato tasso di incisività ed effettività, dal punto di vista funzionale, si applicano in aggiunta alle sanzioni pecuniarie, secondo un criterio destinato a fronteggiare le ipotesi più gravi della criminalità corporativa.

Previste dall'art. 9, comma 2, sono le seguenti:

- l'interdizione, temporanea o definitiva, dall'esercizio dell'attività;
- la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito;
- il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio;
- l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi;
- il divieto, temporaneo o definitivo, di pubblicizzare beni o servizi.

Le sanzioni interdittive possono essere applicate anche *in via cautelare*, su richiesta del Pubblico Ministero, qualora sussistano gravi indizi della responsabilità dell'ente e vi siano fondati e specifici elementi tali da far ritenere il concreto pericolo che vengano commessi illeciti della stessa indole di quello per cui si procede⁴³.

b. Presupposti applicativi e durata

L'art. 13 stabilisce che *“le sanzioni interdittive si applicano in relazione ai reati per i quali sono espressamente previste, quando ricorre almeno una delle seguenti condizioni:*

- *l'ente ha tratto dal reato un profitto di rilevante entità e il reato è stato commesso da soggetti in posizione apicale ovvero da soggetti sottoposti all'altrui direzione quando, in questo caso, la commissione del reato è stata determinata o agevolata da gravi carenze organizzative;*
- *in caso di reiterazione degli illeciti.”*

Per quanto concerne il primo requisito, è logico affermare che questo, nel momento in cui subordina l'applicazione della sanzione interdittiva alla commissione del reato da parte di soggetti in posizione apicale o subordinata, fa esplicito rinvio ai cc.dd. criteri di imputazione oggettiva stabiliti dall'articolo 5 del decreto legislativo e conseguentemente a quelli di imputazione soggettiva delineati dai successivi articoli 6 e 7 del decreto medesimo.

Fatta questa precisazione, bisogna altresì rilevare che l'art. 13 prevede altre due condizioni: l'ente deve avere tratto dal reato un profitto di rilevante entità⁴⁴, ovvero deve essere recidivo. Tali condizioni sono alternative, essendo sufficiente che se ne verifichi anche una solamente.

La relazione ministeriale sottolinea, infine, che allorché ricorrano i presupposti applicativi *“il giudice ha l'obbligo di irrogarle”*.

Il legislatore ha, altresì, previsto due condizioni negative all'applicazione delle misure interdittive:

⁴³ La disciplina delle sanzioni interdittive ha subito una riforma significativa con l'introduzione del D. Lgs. n. 197/2004; la nuova previsione normativa ha fatto sì che le sanzioni interdittive di cui all'art. 9 comma 2, irrogate nei confronti di una banca, di una SIM, di una SGR o di una SICAV, non vengano eseguite dal PM ma dalla Banca d'Italia o dalla Consob, ciascuna nell'ambito delle proprie competenze.

⁴⁴ In ordine al concetto *“profitto di rilevante entità”* si rinvia alla Parte II, Capitolo IV, paragrafo 1.a. del presente volume.

- la *prima* disciplinata dall'art. 13, comma 3, il quale prevede che non si applica *"nei casi previsti dall'articolo 12 comma 1"* in precedenza esaminati;
- la seconda prevista dall'art. 17, rubricato "Riparazione delle conseguenze del reato", che sarà oggetto di disamina al successivo punto c..

Quanto alla durata il comma 2 dell'art. 13 stabilisce la natura temporanea delle sanzioni interdittive, fissando quale arco temporale di riferimento quello compreso fra i 3 mesi e i 2 anni.

c. Sanzioni interdittive applicate in via definitiva

L'interdizione applicabile in via definitiva è, di contro, una possibilità prevista dall'art.16, che si realizza in alcune ipotesi di recidiva e prevede:

- l'interdizione dall'esercizio dell'attività se l'ente ha tratto dal reato un profitto di rilevante entità ed è già stato condannato, almeno tre volte negli ultimi sette anni, alla interdizione temporanea dall'esercizio dell'attività (art. 16 comma 1);
- il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione ovvero il divieto di pubblicizzare beni o servizi quando è già stato condannato alla stessa sanzione almeno tre volte negli ultimi sette anni (art. 16 comma 2)⁴⁵.

Inoltre, il terzo comma dell'articolo in esame prevede che: *"Se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione di reati in relazione ai quali è prevista la sua responsabilità è sempre disposta l'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività e non si applicano le disposizioni previste dall'articolo 17"*. Tale fenomeno si ha quando l'attività dell'ente, o di una sua unità organizzativa, sia concepita ed utilizzata esclusivamente per la commissione di reati.

Ipotesi speciali di applicazione della sanzione interdittiva di cui al comma 3 sono previste dagli artt. 24-ter, 25-quater, 25-quater 1, 25-quinquies del decreto in commento e dall'art. 10, comma 4, della L. n. 146/2006.

d. I criteri di scelta delle sanzioni interdittive

Le misure interdittive sono destinate a raggiungere una elevata efficacia preventiva se utilizzate come prescritto dall'art. 14, vale a dire qualora tali sanzioni vengano scelte in funzione della *"specifica attività alla quale si riferisce l'illecito dell'ente"* e alla loro *"idoneità...a prevenire illeciti del tipo di quello commesso"*⁴⁶.

L'art. 14, comma 1, seconda parte, stabilisce che sia il giudice a determinare il tipo e la durata delle sanzioni sulla base di due criteri fondamentali: da una parte facendo riferimento a quelli indicati nell'articolo 11 e dall'altra tenendo conto dell'idoneità delle singole sanzioni a prevenire illeciti del tipo di quello commesso. Se necessario, le sanzioni interdittive possono essere applicate congiuntamente.

⁴⁵ Per le sanzioni interdittive previste nei primi due commi il legislatore lascia, dunque, discrezionalmente al giudice la facoltà di applicarle.

⁴⁶ Avere evidenziato questo particolare aspetto serve a sottolineare con maggior forza l'efficacia selettiva della sanzione, la quale deve dimostrare di poter incidere esclusivamente sulla parte di attività che ha originato l'illecito, evitando un'applicazione generalizzata sull'attività dell'ente nel suo complesso. Solo nel caso in cui la sanzione costituisca espressione di una generale propensione al conseguimento degli illeciti, si applicherà la sanzione stessa in maniera indivisa. In ragione di ciò l'art. 69, comma 2, prevede che in caso di applicazione delle sanzioni interdittive la sentenza di condanna deve sempre indicare l'attività o le strutture oggetto della sanzione. In tal senso il Tribunale di Milano, con ordinanza in data 05.05.2004, ha evidenziato che l'irrogazione di sanzioni interdittive deve essere preceduta da un'appropriata scelta della specifica attività della persona giuridica nei cui confronti deve aver effetto la sanzione da applicarsi, dovendo tener conto dell'idoneità della sanzione a prevenire illeciti del tipo di quello commesso.

In ultimo, è opportuno evidenziare che l'applicazione in fase cautelare delle misure interdittive è prevista solo se la corrispondente sanzione è parimenti considerata quale pena edittale rispetto all'illecito per il quale si procede⁴⁷.

e. Il Commissario giudiziale

L'attività interdetta, purché ricorrano particolari condizioni, continua, senza margini di discrezionalità per il giudice, ad essere svolta da parte di un commissario giudiziale, la cui nomina preventiva avviene nei casi e modi di cui all'art. 15 del decreto e per un periodo pari alla durata della sanzione che sarebbe stata applicata.

La relazione ministeriale precisa sul punto che la rilevanza pubblica dell'attività svolta dall'ente impone di estendere il meccanismo sostitutivo a tutte quelle ipotesi in cui l'applicazione di alcune sanzioni interdittive comporti l'interruzione del servizio. Ne deriva la necessità di ricomprendervi, ad esempio, la sanzione della revoca o della sospensione delle autorizzazioni, licenze o concessioni che legittimano lo svolgimento dell'attività.

In ogni caso, l'unico limite ricavabile dalla norma (art. 15 ultimo comma) è che la sanzione deve essere temporanea; infatti, qualora l'ente venga condannato, ai sensi dell'art. 16, comma 1, all'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività, non sarà attuabile l'ipotesi di cui all'articolo 15. La norma prevede la nomina di un commissario giudiziale quando ricorre almeno una delle seguenti condizioni:

- l'attività interdetta è un pubblico servizio la cui interruzione potrebbe provocare un "grave pregiudizio alla collettività"⁴⁸;
- l'interruzione dell'attività avrebbe pesanti ripercussioni sui livelli occupazionali, tenendo conto delle dimensioni dell'azienda e del contesto geografico-economico in cui essa opera.

Nessuna limitazione o condizione vengono poste relativamente ai soggetti che possono rivestire la qualifica di commissario, in modo tale che il giudice potrà sceglierli anche tra persone di sua fiducia e con comprovate capacità gestionali.

f. La riparazione delle conseguenze del reato

Il disposto di cui all'art. 17 prevede, *"ferma l'applicazione delle sanzioni pecuniarie"*, in generale l'impossibilità di applicare le sanzioni interdittive quando, prima dell'apertura del dibattimento, vi sia stata la riparazione delle conseguenze del reato mediante i seguenti adempimenti:

- risarcimento integrale del danno ed eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato o si sia comunque efficacemente adoperato in tal senso;
- eliminazione delle carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi⁴⁹;
- messa a disposizione del profitto conseguito ai fini della confisca.

I primi due requisiti che coincidono quasi integralmente con la norma dell'art. 12, comma 2 tranne per la circostanza che devono presentarsi congiuntamente, stanno a significare che, per evitare il danno conseguente all'applicazione di una misura interdittiva, l'ente non solo deve avere eliminato le conseguenze del reato commesso e avere risarcito il danno, ma deve altresì aver provveduto ad eliminare i fattori critici di rischio che hanno consentito, al suo interno, la commissione dell'illecito (cfr. G.I.P. presso il Tribunale di Roma, ordinanza in data 04.04.2003).

⁴⁷ Ad esempio l'art. 24 prevede che potranno essere applicate soltanto le misure interdittive richiamate nel comma 3 - vale a dire quelle di cui alle lettere c), d) ed e) - mentre per i reati di cui all'art. 25 potranno essere irrogate tutte le misure interdittive, ma con esclusivo riferimento al delitto di corruzione propria, di corruzione in atti giudiziaria o di istigazione alla corruzione propria, restando escluso il reato di corruzione impropria.

⁴⁸ Il Tribunale di Bari, con ordinanza in data 18.04.2005, ha ravvisato gli estremi del servizio di pubblica necessità nell'attività svolta da una impresa di pulizia che lavorava all'interno di ospedali e aziende sanitarie locali.

⁴⁹ Sul punto si rinvia un'approfondita analisi alla Parte II, Capitolo 3, paragrafo 4., lett. e. del presente Volume.

In particolare, nel verificare l'idoneità e l'efficacia dei modelli organizzativi contemplati nella norma, occorre conoscere la storia dell'ente: una valutazione sulla loro adeguatezza sarà possibile solo in riferimento al vissuto dell'organismo che decide di adottarli a prescindere anche dal momento temporale.

La terza condizione rappresenta una motivazione di tipo etico in considerazione del fatto che il profitto costituisce il movente ispiratore dell'illecito.

Qualora si verificano le tre condizioni, l'ente non subisce le sanzioni interdittive, ma comunque, così come emerge dalla lettura del comma 1 dell'articolo, non può beneficiare di alcuna riduzione relativamente alle sanzioni pecuniarie⁵⁰.

g. L'inosservanza delle sanzioni interdittive

Un'ulteriore ipotesi di sanzione interdittiva è quella prevista dall'art. 23, che consente di colpire penalmente quei comportamenti manifestamente insensibili verso le misure interdittive applicate. L'articolo citato sancisce:

- “1. Chiunque, nello svolgimento dell'attività dell'ente a cui è stata applicata una sanzione o una misura cautelare interdittiva trasgredisce agli obblighi o ai divieti inerenti a tali sanzioni o misure, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.*
- 2. Nel caso di cui al comma 1, nei confronti dell'ente nell'interesse o a vantaggio del quale il reato è stato commesso, si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da duecento e seicento quote e la confisca del profitto, a norma dell'articolo 19.*
- 3. Se dal reato di cui al comma 1, l'ente ha tratto un profitto rilevante, si applicano le sanzioni interdittive, anche diverse da quelle in precedenza irrogate.”.*

La condotta punibile ha ad oggetto soltanto le sanzioni o le misure interdittive che impongono un particolare comportamento quali ad es. l'interdizione dall'esercizio dell'attività, il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione e così via.

Al fine della sussistenza del delitto diviene rilevante il termine iniziale delle sanzioni o delle misure cautelari interdittive, che coincide con la notificazione dell'estratto della sentenza (art. 77) e dell'ordinanza (art. 48).

Come dimostrano le disposizioni anche dei successivi commi 2 e 3 del citato articolo, l'applicazione delle sanzioni interdittive prescinde dal presupposto dell'articolo 13, in quanto, come sopra già accennato, in questo caso la *ratio* della punibilità è da ravvisarsi non tanto in un grado più intenso di colpevolezza o in una pericolosità aggravata dalla recidiva, ma semplicemente dal fatto che l'ente non abbia rispettato le prescrizioni imposte dall'autorità.

Nel secondo comma dell'articolo è inoltre prevista un'ipotesi di confisca, quale sanzione in caso di violazione degli obblighi o dei divieti inerenti alle sanzioni interdittive, anche se applicate in via cautelare durante il processo. Qui la misura ablativa assume i caratteri di vera e propria sanzione principale, a presidio dell'illecito previsto a carico dell'ente, per l'inottemperanza agli obblighi o divieti inerenti alla misura interdittiva.

4. Pluralità di illeciti

In relazione alla sanzione pecuniaria, va considerato anche il regime della pluralità di illeciti di cui all'art. 21. La norma in esame disciplina due situazioni riconducibili, rispettivamente, agli istituti penalistici del concorso formale e della continuazione ed è stata introdotta proprio al fine di temperare il trattamento sanzionatorio che deriverebbe dall'applicazione della regola del cumulo materiale delle violazioni.

Nello specifico, l'art. 21 così recita:

⁵⁰ Un punto di contatto con il dettato dell'articolo 12, comma 2, è stabilito dal requisito temporale richiesto, che viene individuato nella dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado. Le condotte successive a tale termine possono comunque rilevare per ottenere la conversione in sanzione pecuniaria. Le stesse condotte, così come disposto dall'art. 49, rilevano anche al fine della sospensione e della revoca delle misure cautelari.

“1. Quando l'ente è responsabile in relazione ad una pluralità di reati commessi con una unica azione od omissione ovvero commessi nello svolgimento di una medesima attività e prima che per uno di essi sia stata pronunciata sentenza anche non definitiva, si applica la sanzione pecuniaria prevista per l'illecito più grave aumentata fino al triplo. Per effetto di detto aumento, l'ammontare della sanzione pecuniaria non può comunque essere superiore alla somma delle sanzioni applicabili per ciascun illecito.

Nei casi previsti dal comma 1, quando in relazione a uno o più degli illeciti ricorrono le condizioni per l'applicazione delle sanzioni interdittive, si applica quella prevista per l'illecito più grave”.

5. Prescrizione

L'art. 22, relativo alla prescrizione delle sanzioni amministrative a carico dell'ente, riproduce gli aspetti sanzionatori presenti nell'art. 28 della L. n. 689/1981, operando, in ogni caso, gli opportuni e necessari adattamenti e non limitandosi a richiamare le norme del codice civile.

L'art. 22, comma 1, prevede che *“le sanzioni amministrative si prescrivono nel termine di 5 anni dalla data di consumazione del reato”.*

Nel comma 2 dell'articolo si è provveduto ad elencare gli atti che interrompono la prescrizione e precisamente:

- la richiesta di applicazione di misure cautelari interdittive;
- la contestazione dell'illecito amministrativo a norma dell'articolo 59.

Il comma 3 prevede che a seguito dell'interruzione ha inizio un nuovo periodo di prescrizione, mentre il comma 4 dispone che se l'interruzione è avvenuta mediante la contestazione dell'illecito amministrativo dipendente da reato, la prescrizione non corre fino al momento in cui passa in giudicato la sentenza che definisce il giudizio.

Un'attenta lettura dell'art. 22 consente di affermare che la prescrizione riguarda tanto l'illecito, che si prescrive se sono trascorsi senza interruzione cinque anni dalla consumazione del reato, qualunque reato si tratti, quanto la sanzione, se la sua esecuzione non inizia entro il medesimo termine.

Dall'esame del combinato disposto del presente articolo e dell'art. 8 si rileva che la prescrizione di cui all'art. 22 e quella dell'art. 157⁵¹ e ss. del c.p. in ordine ai reati presupposto, operano su piani completamente distinti. Ciò comporta, inevitabilmente, che gli atti interruttivi previsti dal citato articolo 22 e posti in essere nei confronti dell'ente, non sono idonei ad interrompere il decorrere della prescrizione in favore della persona fisica e viceversa, diversamente da quanto contrariamente dispone l'art. 161 c.p.⁵². Unico punto di contatto è rappresentato dall'art. 60,

⁵¹ Art. 157 c.p. “Prescrizione. Tempo necessario a prescrivere”: *“La prescrizione estingue il reato decorso il tempo corrispondente al massimo della pena edittale stabilita dalla legge e comunque un tempo non inferiore a sei anni se si tratta di delitto e a quattro anni se si tratta di contravvenzione, ancorché puniti con la sola pena pecuniaria. Per determinare il tempo necessario a prescrivere si ha riguardo alla pena stabilita dalla legge per il reato consumato o tentato, senza tener conto della diminuzione per le circostanze attenuanti e dell'aumento per le circostanze aggravanti, salvo che per le aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria e per quelle ad effetto speciale, nel qual caso si tiene conto dell'aumento massimo di pena previsto per l'aggravante. Non si applicano le disposizioni dell'articolo 69 e il tempo necessario a prescrivere è determinato a norma del secondo comma. Quando per il reato la legge stabilisce congiuntamente o alternativamente la pena detentiva e la pena pecuniaria, per determinare il tempo necessario a prescrivere si ha riguardo soltanto alla pena detentiva. Quando per il reato la legge stabilisce pene diverse da quella detentiva e da quella pecuniaria, si applica il termine di tre anni. I termini di cui ai commi che precedono sono raddoppiati per i reati di cui agli articoli 449 e 589, secondo, terzo e quarto comma, nonché per i reati di cui all'articolo 51 commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale. La prescrizione è sempre espressamente rinunciabile dall'imputato. La prescrizione non estingue i reati per i quali la legge prevede la pena dell'ergastolo, anche come effetto dell'applicazione di circostanze aggravanti”.*

⁵² Art. 161 c.p. “Effetti della sospensione e della interruzione”: *“La sospensione e l'interruzione della prescrizione hanno effetto per tutti coloro che hanno commesso il reato. Salvo che si proceda per i reati di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale, in nessun caso l'interruzione della prescrizione può comportare l'aumento di più di un quarto del tempo necessario a prescrivere, della metà nei casi di cui all'articolo 99, secondo comma, di due terzi nel caso di cui all'articolo 99, quarto comma, e del doppio nei casi di cui agli articoli 102, 103 e 105”.*

rubricato “*Decadenza dalla contestazione*”, oggetto di esame nell’ambito della Parte II, Capitolo 1, paragrafo 2..

In ordine all’individuazione del *dies a quo*, la norma fa un generico riferimento alla “consumazione del reato” non chiarendo quale termine utilizzare rispetto a diverse fattispecie quali il reato permanente, il delitto tentato e la pluralità di illeciti. Con riferimento alla prima fattispecie, la giurisprudenza considera momento iniziale quello in cui si realizza il *minimum* di mantenimento della situazione antigiuridica sufficiente per la sussistenza del reato; di contro, quando cesserà la condotta volontaria di mantenimento si realizzerà il momento consumativo della condotta. Nel delitto tentato il *dies a quo* coinciderà con il giorno in cui cessa l’attività del colpevole, mentre per la pluralità di illeciti i termini di prescrizione inizieranno a decorrere dalla consumazione di ogni singolo reato.

6. La confisca

Attese le peculiarità della nuova forma di responsabilità in esame, il legislatore ha adattato la struttura originaria della confisca conferendogli un carattere più marcatamente punitivo e spostando l’oggetto dell’intervento repressivo dalla persona fisica alle articolazioni organizzative tipiche dell’attività d’impresa.

Nello specifico rilevano due elementi di novità:

- il primo, che distingue questo istituto da quello delineato dall’art. 240 c.p., è l’introduzione dell’obbligatorietà della confisca, sia quando ha per oggetto il prezzo del reato che il profitto, aspetto quest’ultimo non previsto dalla misura penalistica. La confiscabilità del profitto è comunque limitata nel caso di condanna per decreto, così come previsto dall’art. 460 c.p.p., diversa, viceversa, la procedura in caso del prezzo del reato, in quanto obbligatoriamente confiscabile, sempre che non appartenga a persona estranea al reato;
- il secondo consiste nella previsione generalizzata della confisca “per equivalente”, già saltuariamente sperimentata, ad esempio, nella legislazione antimafia. Tramite questo meccanismo, laddove i beni da confiscare non siano aggredibili perché da restituire al danneggiato o perché su di essi persistano diritti acquisiti in buona fede da terzi, è possibile indirizzare il provvedimento ablativo su altre somme di danaro, beni o utilità di valore equivalente: la *ratio* è senz’altro quella di evitare che l’ente riesca comunque a godere illegittimamente dei proventi del reato ormai indisponibili.

La confisca sanzione, prevista dall’art. 19, si differenzia dalle altre forme di confisca previste all’interno del decreto. In particolare, rispetto all’ipotesi contemplata dall’art. 6, ultimo comma che prevede “*è comunque disposta la confisca del profitto che l’ente ha tratto dal reato, anche nella forma per equivalente*”, quella in esame è ancorata ad un giudizio di colpevolezza dell’ente. Infatti, la confisca prevista dall’art. 6, trovando comunque applicazione mira a neutralizzare ogni possibile rischio ‘oggettivo’ connesso alla ricaduta del profitto nella sfera dell’ente, allorché esso provenga da reato commesso nell’interesse o vantaggio di quest’ultimo. Per espressa previsione normativa, il sequestro preventivo ha ad oggetto esclusivamente la confisca sanzione prevista dall’art. 19⁵³.

In ultimo, si evidenzia che, a differenza dell’art. 240 c.p., l’art. 19 non prevede la possibilità di confiscare i beni che furono destinati a commettere il reato.

7. Responsabilità patrimoniale dell’ente

La norma dell’art. 27 fissa alcuni principi importanti atti a dirimere questioni interpretative ed operative in merito al sistema dell’attribuzione di responsabilità in capo all’ente.

In primis, si precisa che soltanto l’ente “con il suo patrimonio o con il suo fondo comune” risponde dell’obbligazione “per il pagamento della sanzione pecuniaria”, rimarcando l’autonomia

⁵³ In merito si rinvia per maggiori dettagli alla Parte II, Capitolo 4, Paragrafo 1.b. del presente Volume III.

della responsabilità amministrativa dell'ente rispetto ai soggetti che hanno posto in essere i reati presupposto⁵⁴.

L'art. 27, tuttavia, pur esonerando i soci illimitatamente responsabili dall'applicazione della sanzione pecuniaria, non li rende esenti da altre conseguenze patrimoniali derivanti dall'accertamento dei reati, come l'obbligo di risarcire il danno e la confisca del profitto. A tal proposito, si precisa che lo stesso art. 27 circoscrive in capo all'ente l'obbligazione per l'assolvimento della sanzione pecuniaria, ma non esclude che il patrimonio dell'ente continui ad essere garantito dai patrimoni personali di quei soggetti la cui responsabilità sussidiaria costituisce elemento essenziale dello statuto giuridico di determinati enti associativi.

La disposizione del secondo comma dell'articolo di cui si tratta assicura carattere di privilegio ai crediti derivanti da illecito amministrativo dipendente da reato. I crediti assistiti da privilegio sono i crediti dello Stato per il pagamento della sanzione pecuniaria inflitta all'ente, delle spese del procedimento e di ogni altra somma dovuta all'erario, rispetto alle quali è previsto l'istituto del sequestro conservativo disciplinato dall'art. 54⁵⁵. A differenza di quanto previsto dall'art. 2768 c.c.⁵⁶, l'art. 27 comma 2 non contempla il credito del danneggiato dal fatto illecito, non essendo previsto il sequestro conservativo per iniziativa di parte civile.

8. Vicende modificative dell'ente

Gli artt. dal 28 al 33 disciplinano gli effetti sulla responsabilità degli enti delle vicende modificative consistenti nella trasformazione, fusione e scissione, nonché in caso di cessione⁵⁷.

La disciplina in esame è finalizzata ad evitare che tali operazioni di trasformazione siano un modo per eludere le responsabilità, nonché ad escludere il verificarsi di effetti eccessivamente penalizzanti per le aziende.

In relazione soprattutto a quest'ultimo aspetto, è stata riconosciuta la possibilità di sostituire i provvedimenti interdittivi con una sanzione pecuniaria, nell'ipotesi in cui la riorganizzazione dell'ente seguita alla trasformazione dell'azienda abbia consentito di eliminare le cause che avevano determinato o reso possibile la commissione del reato (art. 31 comma 2).

⁵⁴ Tale norma esclude ogni possibile rivalsa nei confronti del patrimonio dei soci e degli associati anche nel caso in cui questi rispondano solidalmente e illimitatamente. Tutto questo in deroga alla disciplina comune, secondo la quale solo le società di capitali e le altre società con un'autonomia patrimoniale perfetta rispondono con il proprio patrimonio senza mai coinvolgere direttamente i singoli soci; cosa che invece accade normalmente per le società in nome collettivo o in accomandita semplice o ancora per gli enti privi di personalità giuridica, le fondazioni e le associazioni non riconosciute.

⁵⁵ Gli articoli del decreto legislativo sopra richiamati, facendo esplicito riferimento alla disciplina del codice di rito (art. 2768 c.c. e art. 316, comma 4, c.p.p.), ribadiscono quella che è un'anomalia rispetto agli altri privilegi. Infatti, presupposto della prelazione non è la nascita del credito ma l'autorizzazione e la successiva esecuzione del sequestro conservativo, nonché l'attualità del sequestro nel momento in cui interviene sentenza irrevocabile di condanna.

⁵⁶ Art. 2768 c.c. "Crediti dipendenti da reato": *"Per i crediti dipendenti da reato hanno privilegio sulle cose sequestrate lo Stato e le altre persone indicate dal codice penale, secondo le disposizioni del codice stesso e del codice di procedura penale"*.

⁵⁷ In particolare, l'art. 28 disciplina la trasformazione dell'ente e prevede che in tale caso *"....resta ferma la responsabilità dello stesso per i reati anteriormente commessi"*. In questa circostanza l'evento modificativo non va ad incidere sull'identità dell'ente e sulla continuità dei suoi rapporti con i terzi, ma implica solo un mutamento del modello organizzativo interno all'ente stesso. Per tale motivo, la responsabilità permarrà sempre in capo al medesimo soggetto. L'art. 29 disciplina l'ipotesi di fusione e dispone che la responsabilità amministrativa sia addebitata in capo all'ente risultante dall'operazione di modifica. L'art. 30 disciplina invece l'ipotesi della scissione prevedendo che:

a. in caso di scissione parziale, la società scissa rimane responsabile per i reati commessi anteriormente alla data in cui la scissione ha avuto effetto, in quanto la società non si estingue ma continua ad esistere con un patrimonio ridotto;

b. sia in caso di scissione parziale che totale, gli enti saranno responsabili in solido nei limiti del patrimonio netto ad essi trasferito. Tuttavia, la limitazione di responsabilità del patrimonio trasferito non opera rispetto agli enti ai quali risulta devoluto, anche solo in parte, il ramo di attività nel cui ambito è stato commesso il reato. L'ente beneficiario al quale sia stato trasferito il ramo d'azienda nel quale è commesso il reato, sarà dunque responsabile oltre i limiti altrimenti previsti, anche per i reati commessi anteriormente alla data in cui la scissione ha avuto effetto.

PARTE II
L'ACCERTAMENTO DELLA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA
DELL'ENTE:
IL PERCORSO OPERATIVO

CAPITOLO 1

LE SPECIFICHE REGOLE PROCESSUALI ED I POTERI E GLI STRUMENTI UTILIZZABILI NELL'ATTIVITÀ INVESTIGATIVA

1. Il rinvio generale alle norme del codice di procedura penale

Il D. Lgs n. 231/2001 ha realizzato un sistema processuale ibrido fondato su:

- una norma generale di collegamento che richiama, in quanto compatibili, le norme del codice di rito (art. 34);
- specifiche disposizioni speciali che integrano le norme previste dal codice di procedura penale (artt. 35-79).

Nello specifico l'art. 34 si compone di due parti:

- la prima impone l'applicazione delle norme speciali contenute nel Capo III, nel procedimento di accertamento della responsabilità dell'ente;
- la seconda richiama in quanto compatibili le norme del codice di procedura penale.

Accanto all'art. 34, altra norma cardine del sistema ideato dal legislatore del D. Lgs. n. 231/2001 è costituito dall'art. 35 che prevede che all'ente si applicano le disposizioni processuali relative all'imputato, in quanto compatibili. Tale ultima previsione comprende quindi l'estensione all'ente delle disposizioni relative alla persona sottoposta ad indagini (cfr. art. 61 c.p.p.).

2. La competenza degli illeciti amministrativi e il *simultaneus processus*

L'art. 36 stabilisce che è competente a conoscere gli illeciti amministrativi dell'ente il giudice penale competente per i reati presupposto.

Il legislatore ha privilegiato il procedimento penale come luogo di accertamento degli illeciti ascrivibili agli enti:

- in quanto l'illecito penale ne costituisce uno dei necessari presupposti;
- per poter disporre di tutti quei necessari strumenti di accertamento e di tutti quei poteri istruttori propri delle indagini preliminari penali, che non trovano, invece, corrispondenza nella procedura ordinariamente prevista per il perseguimento degli illeciti amministrativi.

L'art. 38, comma 1, prevede la regola fondamentale del c.d. "*simultaneus processus*" ovvero dispone che "*Il procedimento per l'illecito amministrativo dell'ente è riunito al procedimento penale instaurato nei confronti dell'autore del reato da cui l'illecito dipende*".

La base sistematica delle indagini preliminari sarà, dunque, quella corrispondente al procedimento penale normalmente instaurato a carico di uno dei soggetti dalla cui responsabilità penale discenderà quella amministrativa a carico dell'ente: tutto il materiale probatorio e indiziario acquisito in tale procedimento verrà simultaneamente acquisito anche al procedimento amministrativo instaurato a carico dell'ente medesimo.

La regola della simultaneità trova applicazione anche se il procedimento penale è stato instaurato nei confronti di ignoti ai sensi dell'art. 8 comma 1 lett. a).

Il secondo comma prevede delle eccezioni alla regola generale, quando:

- è stata ordinata la sospensione del procedimento ai sensi dell'articolo 71 del codice di procedura penale (incapacità a partecipare al procedimento penale da parte dell'imputato);
- l'osservanza delle disposizioni processuali lo rende necessario. Si pensi ad esempio all'ipotesi in cui il giudice, ai sensi dell'art. 69, accolga la richiesta dell'ente di sospendere il processo al fine di provvedere alle attività di cui all'art. 17, dimostrando di essere stato nell'impossibilità di effettuarle prima;

- il procedimento penale è stato definito con il giudizio abbreviato o con l'applicazione della pena ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale ovvero è stato emesso il decreto penale di condanna.

Nel caso di separazione, il fascicolo unico verrà sdoppiato, confluenso in ciascuno tutto il materiale già acquisito fino al momento della separazione e che, per la natura stessa del *simultaneus processus*, è da imputarsi a ciascun fascicolo a titolo originario, senza che, per l'utilizzo nel procedimento separato debba darsi applicazione alle regole di cui all'art. 238 c.p.p.⁵⁸ (verbali di altri procedimenti). Tale norma, così come il disposto di cui al successivo art. 238-bis c.p.p.⁵⁹ - che prevede che le sentenze divenute irrevocabili possono essere acquisite ai fini della prova di fatto in esse accertata - troverà, invece, doverosa applicazione per tutte le attività istruttorie e processuali successive alla separazione.

3. La partecipazione dell'ente: rappresentanza, costituzione, contumacia, nomina del difensore d'ufficio

L'art. 39 disciplina la partecipazione dell'ente nell'ambito del procedimento penale.

Il primo comma prevede che l'ente partecipa a tale procedimento con il proprio rappresentante legale, salvo che questi sia imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo.

Tale figura è individuata in base alla disciplina contenuta nello statuto o nell'atto costitutivo dell'ente, che designa l'organo - cioè la persona fisica che ne è titolare - a cui spetta la competenza ad esternare la volontà del soggetto collettivo (cfr. Cass., Sez. VI, penale, sentenza n. 41398/2009).

La seconda parte del primo comma, stabilendo un divieto assoluto di rappresentanza dell'ente per il rappresentante imputato, dirime il conflitto di interesse che in concreto sussiste tra le parti⁶⁰.

Pertanto, anche la nomina del difensore di fiducia dell'ente da parte del rappresentante legale "incompatibile" deve considerarsi ricompresa nel divieto posto dall'art. 39 in quanto realizzata da

⁵⁸ Art. 238 c.p.p. "Verbali di prove di altri procedimenti": "1. E' ammessa l'acquisizione di verbali di prove di altro procedimento penale se si tratta di prove assunte nell'incidente probatorio o nel dibattimento. 2. E' ammessa l'acquisizione di verbali di prove assunte in un giudizio civile definito con sentenza che abbia acquistato autorità di cosa giudicata. 2-bis. Nei casi previsti dai commi 1 e 2 i verbali di dichiarazioni possono essere utilizzati contro l'imputato soltanto se il suo difensore ha partecipato all'assunzione della prova o se nei suoi confronti fa stato la sentenza civile. 3. E' comunque ammessa l'acquisizione della documentazione di atti che non sono ripetibili. Se la ripetizione dell'atto è divenuta impossibile per fatti o circostanze sopravvenuti, l'acquisizione è ammessa se si tratta di fatti o circostanze imprevedibili. 4. Al di fuori dei casi previsti dai commi 1, 2, 2-bis e 3, i verbali di dichiarazioni possono essere utilizzati nel dibattimento soltanto nei confronti dell'imputato che vi consenta; in mancanza di consenso, detti verbali possono essere utilizzati per le contestazioni previste dagli articoli 500 e 503. 5. Salvo quanto previsto dall'articolo 190-bis, resta fermo il diritto delle parti di ottenere a norma dell'articolo 190 l'esame delle persone le cui dichiarazioni sono state acquisite a norma dei commi 1, 2, 2-bis e 4 del presente articolo".

⁵⁹ Art. 238-bis c.p.p. "Sentenze irrevocabili": "Fermo quanto previsto dall'articolo 236, le sentenze divenute irrevocabili possono essere acquisite ai fini della prova di fatto in esse accertato e sono valutate a norma degli articoli 187 e 192, comma 3".

⁶⁰ Tale divieto è funzionale ad assicurare la piena garanzia del diritto di difesa al soggetto collettivo imputato in un procedimento penale; diritto che risulterebbe del tutto compromesso se fosse ammessa la possibilità che l'ente partecipasse al procedimento rappresentato da un soggetto portatore di interessi confliggenti da un punto di vista sostanziale e processuale. Per questa ragione l'esistenza del "conflitto" è presunta *iuris et de iure* dall'art. 39 e la sua sussistenza non deve essere accertata in concreto, con l'ulteriore conseguenza che non vi è alcun onere motivazionale sul punto da parte del giudice.

Il divieto di rappresentanza posto dall'art. 39 vale anche nell'ipotesi in cui il rappresentante dell'ente sia soltanto indagato, in quanto la *ratio* della disposizione va individuata nella necessità di evitare situazioni di conflitto di interesse con l'ente, verificabili soprattutto nelle prime e delicate fasi delle indagini, "di fondamentale importanza per le acquisizioni richieste per gli atti propulsivi del procedimento" (cfr. Cass., Sez. VI, sentenza n. 15689/2008).

Il divieto di cui all'art. 39 produce necessariamente conseguenze sul piano processuale, in quanto tutte le attività svolte dal rappresentante "incompatibile" all'interno del procedimento penale che riguarda l'ente devono essere considerate inefficaci. La riprova di questa soluzione radicale è costituita dall'art. 43, comma 2, che individua l'unica eccezione al divieto di rappresentanza, in quanto riconosce espressamente l'efficacia delle notifiche eseguite mediante la consegna al legale rappresentante "anche se imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo (cfr. Cass., Sez. VI, penale, sentenza n. 41398/2009, più sopra citata).

un soggetto che non è legittimato a rappresentare l'ente, cioè ad esprimere la volontà del soggetto collettivo nel procedimento che lo riguarda.

La previsione di tale divieto comporta per la persona giuridica la possibilità di optare per almeno tre distinte soluzioni, nessuna delle quali comunque in grado di compromettere il diritto di difesa, ovvero:

- la nomina di un nuovo rappresentante legale;
- la nomina di un procuratore *ad litem*⁶¹;
- l'inerzia processuale, cioè la mancata adozione di alcun provvedimento di sostituzione del rappresentante legale.

Il secondo comma dell'art. 39 prevede che l'ente possa partecipare al procedimento amministrativo solo a seguito di formale costituzione, che si concretizza nel deposito presso la cancelleria dell'autorità giudiziaria procedente di una dichiarazione che a pena di inammissibilità contenga:

- la denominazione dell'ente e le generalità del suo legale rappresentante;
- il nome ed il cognome del difensore e l'indicazione della procura, che ai sensi del comma 3 deve essere conferita nelle forme previste dall'articolo 100, comma 1, c.p.p.⁶², e depositata nella segreteria del pubblico ministero o nella cancelleria del giudice ovvero presentata in udienza, unitamente alla dichiarazione in argomento;
- la sottoscrizione del difensore;
- la dichiarazione o l'elezione di domicilio.

L'ultimo comma precisa che quando non compare il legale rappresentante, l'ente costituito è rappresentato dal difensore.

L'adempimento delle formalità anzidette, nel cui ambito rientra anche la nomina di altro legale rappresentante qualora sia incompatibile quello pro-tempore, va rispettata anche nell'ipotesi in cui, dopo l'esecuzione del sequestro, si voglia proporre richiesta di riesame (cfr. Cass., Sez. VI, sentenza n. 15689/2008, più sopra citata).

Ai sensi dell'art. 42 il verificarsi di vicende modificative dell'ente nel corso del processo comporta l'obbligo di depositare una nuova dichiarazione ai sensi dell'art. 39, comma 2.

L'art. 40 stabilisce che l'ente che non ha nominato un difensore di fiducia o ne è rimasto privo è assistito da un difensore d'ufficio, mentre l'art. 41 dispone la contumacia dell'ente qualora non si sia costituito nel processo.

Pertanto, qualora l'ente non si sia costituito o si sia costituito irritualmente:

- nelle fasi delle indagini preliminari, trovando applicazione l'art. 369-*bis* c.p.p.⁶³, in forza del rimando generale, il pubblico ministero sin dal primo atto a cui il difensore ha diritto di assistere deve provvedere alla nomina del difensore d'ufficio, il quale può esercitare tutte le

⁶¹ In entrambi i casi il soggetto collettivo parteciperà al procedimento instaurato a suo carico previa costituzione nelle forme di cui al secondo comma e potrà pienamente difendersi.

⁶² Art. 100, comma 1, c.p.p. "Difensore delle altre parti private": "1. La parte civile, il responsabile civile e la persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria stanno in giudizio col ministero di un difensore, munito di procura speciale conferita con atto pubblico o scrittura privata autenticata dal difensore o da altra persona abilitata. 2. La procura speciale può essere anche apposta in calce o a margine della dichiarazione di costituzione di parte civile, del decreto di citazione o della dichiarazione di costituzione o di intervento del responsabile civile e della persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria. In tali casi l'autografia della sottoscrizione della parte è certificata dal difensore. 3. La procura speciale si presume conferita soltanto per un determinato grado del processo, quando nell'atto non è espressa volontà diversa. 4. Il difensore può compiere e ricevere, nell'interesse della parte rappresentata, tutti gli atti del procedimento che dalla legge non sono a essa espressamente riservati. In ogni caso non può compiere atti che importino disposizione del diritto in contesa se non ne ha ricevuto espressamente il potere. 5. Il domicilio delle parti private indicate nel comma 1 per ogni effetto processuale si intende eletto presso il difensore".

⁶³ Vgs. successiva nota 77.

prerogative difensive a favore dell'ente, ad eccezione di quelle rientranti nella categoria degli atti cc.dd. personalissimi⁶⁴;

- nell'udienza preliminare e nel giudizio l'ente sarà dichiarato contumace ai sensi dell'art. 41 D. Lgs. n. 231/2001 e verrà quindi nominato un difensore d'ufficio ai sensi dell'art. 40⁶⁵.

In ultimo, deve ritenersi applicabile alla difesa dell'ente, grazie al richiamo generale di cui all'art. 34, anche il disposto dell'art. 106 c.p.p.⁶⁶, il quale indica tutti i casi di incompatibilità ad assumere la difesa di più imputati nello stesso procedimento; un'incompatibilità estensibile anche ai casi di difesa di enti imputati di diversi reati nel medesimo procedimento.

4. Notificazioni all'ente

Per quanto attiene la disciplina delle modalità di notifica all'ente, l'art. 43 richiama le forme previste dall'art. 154 comma 3, c.p.p.⁶⁷, il quale rinvia a sua volta, alla disciplina stabilita per il processo civile. Conseguentemente gli ufficiali e/o agenti di polizia giudiziaria laddove si rendesse necessario ovvero fosse richiesto dalla competente A.G. procederanno nel rispetto delle direttive da quest'ultima impartite seguendo le disposizioni che seguono, in quanto compatibili:

- l'art. 137 c.p.c. prevede che le notificazioni, quando non è disposto altrimenti, sono eseguite dall'ufficiale giudiziario, su istanza di parte o su richiesta del pubblico ministero o del cancelliere. L'ufficiale giudiziario esegue la notificazione mediante consegna al destinatario di copia conforme all'originale dell'atto da notificarsi. Se la notificazione non può essere eseguita in mani proprie del destinatario l'ufficiale giudiziario consegna o deposita la copia dell'atto da notificare in busta che provvede a sigillare e su cui trascrive il numero cronologico della notificazione, dandone atto nella relazione in calce all'originale e alla copia dell'atto stesso. Sulla busta non sono apposti segni o indicazioni dai quali possa desumersi il contenuto dell'atto;
- l'art. 144 c.p.c. prevede che per gli enti pubblici le notifiche debbano essere eseguite presso l'Avvocatura dello Stato, ove ciò sia consentito da leggi speciali, oppure presso la sede dell'ente medesimo a chi la rappresenta nel luogo in cui risiede il giudice davanti al quale si procede. Esse si eseguono mediante consegna di copia nella sede dell'ufficio al titolare o alle persone indicate nell'articolo relativo alle notifiche nei confronti di persone giuridiche;
- l'art. 145 c.p.c. sancisce che per le persone giuridiche le notifiche si effettuino nella loro sede mediante consegna di copia dell'atto al rappresentante o alla persona incaricata di ricevere le notificazioni o, in mancanza, ad altra persona addetta alla sede stessa. La notificazione alle società non aventi personalità giuridica, alle associazioni non riconosciute e ai comitati di cui agli articoli 36 e ss. c.c. si fa, a norma del comma precedente, nella sede indicata nell'articolo 19, secondo comma, c.c.⁶⁸. Se la notificazione non può essere eseguita e nell'atto è indicata la persona fisica che rappresenta l'ente si osservano le disposizioni degli articoli 138 e 139, secondo cui, rispettivamente:

⁶⁴ Cfr. Cass. pen. Sez. VI, (ud. 19-06-2009) 28-10-2009, sentenza n. 41398.

⁶⁵ Cfr. Cass., Sez. VI, penale, sentenza n. 43642/2007.

⁶⁶ Art. 106 c.p.p. "Incompatibilità della difesa di più imputati nello stesso procedimento": "1. Salva la disposizione del comma 4-bis la difesa di più imputati può essere assunta da un difensore comune, purché le diverse posizioni non siano tra loro incompatibili. 2. L'autorità giudiziaria, se rileva una situazione di incompatibilità, la indica e ne espone i motivi, fissando un termine per rimuoverla. 3. Qualora l'incompatibilità non sia rimossa, il giudice la dichiara con ordinanza provvedendo alle necessarie sostituzioni a norma dell'articolo 97. 4. Se l'incompatibilità è rilevata nel corso delle indagini preliminari, il giudice, su richiesta del pubblico ministero o di taluna delle parti private e sentite le parti interessate, provvede a norma del comma 3. 4-bis. Non può essere assunta da uno stesso difensore la difesa di più imputati che abbiano reso dichiarazioni concernenti la responsabilità di altro imputato nel medesimo procedimento o in procedimento connesso ai sensi dell'articolo 12 o collegato ai sensi dell'articolo 371, comma 2, lettera b). Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni dei commi 2, 3 e 4".

⁶⁷ L'art. 154, comma 3, c.p.p. dispone che: "Se si tratta di pubbliche amministrazioni, di persone giuridiche o di enti privi di personalità giuridica, le notificazioni sono eseguite nelle forme stabilite per il processo civile".

⁶⁸ Art. 19, secondo comma, c.c. "Limitazioni del potere di rappresentanza": "Le limitazioni del potere di rappresentanza, che non risultano dal registro indicato nell'articolo 33, non possono essere opposte ai terzi, salvo che si provi che essi ne erano a conoscenza".

- l'ufficiale giudiziario esegue la notificazione di regola mediante consegna della copia nelle mani proprie del destinatario, presso la casa di abitazione oppure, se ciò non è possibile, ovunque lo trovi nell'ambito della circoscrizione dell'ufficio giudiziario al quale è addetto. Se il destinatario rifiuta di ricevere la copia, l'ufficiale giudiziario ne dà atto nella relazione, e la notificazione si considera fatta in mani proprie;
- se non avviene nel modo previsto nell'articolo 138, la notificazione deve essere fatta nel comune di residenza del destinatario, ricercandolo nella casa di abitazione o dove ha l'ufficio o esercita l'industria o il commercio. Se il destinatario non viene trovato in uno di tali luoghi, l'ufficiale giudiziario consegna copia dell'atto a una persona di famiglia o addetta alla casa, all'ufficio o all'azienda, purché non minore di quattordici anni o non palesemente incapace. In mancanza delle persone indicate precedentemente, la copia è consegnata al portiere dello stabile dove è l'abitazione, l'ufficio o l'azienda, e, quando anche il portiere manca, a un vicino di casa che accetti di riceverla. Il portiere o il vicino deve sottoscrivere una ricevuta, e l'ufficiale giudiziario dà notizia al destinatario dell'avvenuta notificazione dell'atto, a mezzo di lettera raccomandata. Se il destinatario vive abitualmente a bordo di una nave mercantile, l'atto può essere consegnato al capitano o a chi ne fa le veci. Quando non è noto il comune di residenza, la notificazione si fa nel comune di dimora, e, se anche questa è ignota, nel comune di domicilio, osservate in quanto è possibile le disposizioni precedenti;
- l'art. 142 c.p.c. dispone che nel caso di persona non residente, né dimorante, né domiciliata nella Repubblica la notificazione deve essere eseguita in uno dei modi consentiti dalle Convenzioni internazionali e dagli artt. 30 e 75 del D.P.R. 5 gennaio 1967⁶⁹, n. 200. Soltanto qualora non risulti in tal modo possibile, l'atto è notificato mediante spedizione al destinatario per mezzo della posta con raccomandata e mediante consegna di altra copia al pubblico ministero che ne cura la trasmissione al Ministero degli affari esteri per la consegna alla persona alla quale è diretta;
- l'art. 143 c.p.c. dispone che qualora non siano conosciuti la residenza, la dimora e il domicilio del destinatario, l'ufficiale giudiziario esegue la notificazione mediante deposito di copia dell'atto nella casa comunale dell'ultima residenza o, se questa è ignota, in quella del luogo di nascita del destinatario;
- l'art. 143 c.p.c. secondo comma prevede che nei casi previsti dagli artt. 143, comma 1, e 142, la notificazione si ha per eseguita nel ventesimo giorno successivo a quello in cui sono compiute le formalità prescritte;
- l'art. 147 c.p.c. dispone che le notificazioni non possono farsi dal 1° ottobre al 31 marzo prima delle ore 7 e dopo le ore 19 - dal 1° aprile al 30 settembre prima delle ore 6 e dopo le ore 20;
- l'art. 148 c.p.c. prevede che l'ufficiale giudiziario certifica l'eseguita notificazione mediante relazione da lui datata e sottoscritta, apposta in calce all'originale e alla copia dell'atto. La relazione indica la persona alla quale è consegnata la copia e le sue qualità, nonché il luogo della consegna, oppure le ricerche, anche anagrafiche, fatte dall'ufficiale giudiziario, i motivi della mancata consegna e le notizie raccolte sulla reperibilità del destinatario;
- l'art. 149 c.p.c. statuisce, infine, che la notificazione possa eseguirsi anche a mezzo del servizio postale. In tale caso l'ufficiale giudiziario scrive la relazione di notificazione sull'originale e sulla copia dell'atto, facendovi menzione dell'ufficio postale per mezzo del

⁶⁹ Art. 30 D.P.R. n. 200/1967 "Notificazioni, rogatorie, dichiarazioni ed istanze": "L'autorità consolare: provvede, direttamente o tramite le autorità locali, in conformità alle convenzioni internazionali ed alle leggi dello Stato di residenza, alla notificazione degli atti ad essa rimessi a norma delle vigenti disposizioni; compie gli atti istruttori ad essa delegati dalle autorità nazionali competenti; riceve le dichiarazioni, anche giurate da chiunque rese, che debbano valere in giudizi nazionali; le istanze di gratuito patrocinio relative a giudizi nazionali; le istanze di procedimento o le querele e la loro remissione; gli atti di impugnativa avverso provvedimenti emessi da autorità nazionali. Essa trasmette direttamente gli atti espletati o ricevuti all'autorità nazionale competente".

Art. 75 D.P.R. n. 200/1967 "Rimessione ad altro ufficio consolare": "Qualora l'ufficio consolare delegato ad atti istruttori, o che debba provvedere a notificazioni, venga a conoscenza che l'interessato si trova nella circoscrizione di altro ufficio, rimette gli atti a quest'ultimo per competenza, avvertendone l'autorità delegante o il Ministero degli affari esteri".

quale spedisce la copia al destinatario in piego raccomandato con avviso di ricevimento. Quest'ultimo è allegato all'originale.

Il comma 2 dell'art. 43, al fine di evitare disfunzioni nell'attività di notificazione, ha previsto che siano valide le notifiche fatte al legale rappresentante anche se imputato del reato presupposto. Se l'ente ha dichiarato o eletto il domicilio nella dichiarazione di cui all'art. 39 o in altro comunicato all'Autorità Giudiziaria, le notificazioni sono eseguite ai sensi dell'art. 161 del codice di procedure penale.

Tale richiamo implica l'obbligo di comunicare ogni mutamento del domicilio eletto o dichiarato e, in assenza di tale comunicazione, le notifiche sono eseguite presso il difensore.

Non potendo poi escludersi che la ricerca non vada a buon fine (c.d. irreperibilità dell'ente), il comma 4 dell'articolo 43 impone all'autorità di disporre nuove ricerche e prevede un'ipotesi di sospensione del procedimento nel caso queste diano esito negativo. Il provvedimento sospensivo può intervenire sia nella fase delle indagini preliminari che in quella del giudizio e, nel caso venga adottato, se il procedimento nei confronti dell'ente è riunito a quello per il reato presupposto, deve disporsi la separazione dei due procedimenti, quello penale e quello amministrativo, così come prevede il comma 2 dell'art. 38.

5. I poteri e gli strumenti utilizzabili nell'attività investigativa

Il D. Lgs. n. 231/2001 e gli istituti dallo stesso disciplinati prevedono scarse disposizioni in relazione al procedimento di accertamento e in materia di indagini preliminari e le confinano all'interno della Sezione V del Capo III.

In concreto, per effetto dell'art. 34, saranno applicabili in via generale e con gli opportuni adattamenti, le disposizioni in materia procedimentale penale riguardanti:

- il pubblico ministero e la polizia giudiziaria (artt. 51-59 c.p.p.);
- le finalità delle indagini preliminari, la direzione delle stesse, l'attività investigativa del difensore e l'obbligo al segreto (artt. 327-327-bis e 329 c.p.p.);
- le modalità di acquisizione della *notitia criminis* (artt. 330-334 c.p.p.);
- l'attività di iniziativa della Polizia Giudiziaria e quella del Pubblico Ministero;
- le norme in tema di ricerca di mezzi della prova;
- le disposizioni in tema di indagini difensive;
- l'incidente probatorio che può essere richiesto dal Pubblico Ministero e dall'ente a mezzo del legale rappresentante.

Per quanto attiene i mezzi di indagine esperibili per l'accertamento dell'illecito amministrativo, si applicano le norme del codice di rito concernenti gli ordinari mezzi di ricerca della prova (artt. 244-265 c.p.p.), quali, ad esempio le perquisizioni personali o locali.

Discorso a parte va fatto in ordine alle attività tecniche di intercettazioni telefoniche ed ambientali. Parte della dottrina esclude che questi strumenti d'indagine possano essere utilizzati per l'accertamento dell'illecito amministrativo, in considerazione del fatto che le intercettazioni vengono autorizzate dal giudice solo in presenza di uno dei reati previsti dall'art. 266 c.p.p., tra i quali non sono ricompresi gli illeciti amministrativi, anche se possono essere originati da uno dei predetti reati. Altra parte della dottrina considera che, per effetto del richiamo alle regole generali del rito penale, tali attività tecniche saranno ammissibili, anche al di fuori della simultaneità processuale, ovviamente nei soli casi nei quali l'impiego di tali mezzi di ricerca della prova sia consentito dal particolare reato presupposto che si persegue.

È comunque possibile l'acquisizione dei tabulati telefonici, con un necessario distinguo a seconda che i dati risalgano ai ventiquattro mesi antecedenti alla richiesta o ai ventiquattro ancora precedenti:

- nel primo caso, è sufficiente il decreto motivato del Pubblico Ministero, anche su istanza del difensore dell'imputato. I tabulati possono essere richiesti al gestore direttamente dal difensore dell'indagato o dalle altre parti private;
- nel secondo caso, è necessario il decreto motivato del giudice previa verifica dell'esistenza di uno dei reati di cui all'art. 407 c.p.p.⁷⁰.

Il Pubblico Ministero, inoltre, può predisporre ulteriori elementi specializzanti d'indagine, quali la *prova documentale* e l'impiego mirato di *consulenze tecniche*, riferibili entrambi all'accertamento dei modelli di organizzazione e gestione, nonché alla predisposizione delle strutture di vigilanza; la consulenza tecnica riguarda soprattutto gli aspetti di organizzazione aziendale e mira ad accertare se i modelli adottati siano idonei ed efficaci. Infine, la consulenza può avere ad oggetto anche dati contabili e di bilancio, soprattutto nel caso in cui si debba ricostruire scritture sopresse o alterate.

D'altro canto, come appena accennato, la prova documentale sarà in grado esclusivamente di fornire il dato di conoscenza sul modello organizzativo eventualmente adottato in astratto, ma solo indagini specialistiche mirate all'accertamento del suo funzionamento e relative alle ragioni che hanno consentito la perpetrazione dell'illecito potranno fornire tutti gli elementi valutativi necessari sia per consentire l'esercizio dell'azione che le valutazioni del giudice tanto in materia cautelare che sanzionatoria.

Ovviamente, in ordine a taluni aspetti di identificazione dei soggetti che abbiano rivestito di fatto la gestione ed il controllo dell'ente o di una sua unità organizzativa autonoma, nonché per la prova dell'inadeguatezza o dell'elusione degli strumenti di prevenzione si dovrà probabilmente ricorrere ad altri ed ulteriori strumenti investigativi quali:

- le ordinarie prove orali, siano esse dichiarazioni testimoniali o provenienti dai soggetti indagati, incluso il rappresentante legale dell'ente;
- l'acquisizioni di tabulati e di corrispondenza elettronica.

Un ulteriore elemento che si va ad inserire in questo quadro normativo, mutuato dal diritto comune, è dato dalle indagini difensive penali. Queste costituiscono uno strumento innovativo, soprattutto alla luce della previsione di cui all'art. 391-*nonies* c.p.p.⁷¹, che consente che esse siano svolte anche nella eventualità che si instauri il procedimento penale. Ciò significa che esse possono essere utilizzate sia nel caso in cui l'azienda è potenzialmente parte offesa del reato che per la predisposizione di memorie, quando l'azienda o suoi rappresentanti possono essere chiamati a rispondere di reati, ivi compresi i casi di potenziale responsabilità ex D. Lgs. n. 231/2001.

La materia, nelle sue linee generali, è regolata dagli artt. 391-*bis* e ss. c.p.p.⁷² in cui risaltano alcuni aspetti di fondo:

⁷⁰ Vgs. successiva nota 72.

⁷¹ Art. 391-*nonies* c.p.p. "Attività investigativa preventiva": "1. L'attività investigativa prevista dall'articolo 327-bis, con esclusione degli atti che richiedono l'autorizzazione o l'intervento dell'autorità giudiziaria, può essere svolta anche dal difensore che ha ricevuto apposito mandato per l'eventualità che si instauri un procedimento penale. 2. Il mandato è rilasciato con sottoscrizione autenticata e contiene la nomina del difensore e l'indicazione dei fatti ai quali si riferisce".

⁷² Art. 391-*bis* c.p.p. "Colloquio, ricezione di dichiarazioni e assunzione di informazioni da parte del difensore": "1. Salve le incompatibilità previste dall'articolo 197, comma 1, lettere c) e d), per acquisire notizie il difensore, il sostituto, gli investigatori privati autorizzati o i consulenti tecnici possono conferire con le persone in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa. In questo caso, l'acquisizione delle notizie avviene attraverso un colloquio non documentato. 2. Il difensore o il sostituto possono inoltre chiedere alle persone di cui al comma 1 una dichiarazione scritta ovvero di rendere informazioni da documentare secondo le modalità previste dall'articolo 391-ter. 3. In ogni caso, il difensore, il sostituto, gli investigatori privati autorizzati o i consulenti tecnici avvertono le persone indicate nel comma 1: a) della propria qualità e dello scopo del colloquio; b) se intendono semplicemente conferire ovvero ricevere dichiarazioni o assumere informazioni indicando, in tal caso, le modalità e la forma di documentazione; c) dell'obbligo di dichiarare se sono sottoposte ad indagini o imputate nello stesso procedimento, in un procedimento connesso o per un reato collegato; d) della facoltà di non rispondere o di non rendere la dichiarazione; e) del divieto di rivelare le domande eventualmente formulate dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero e le risposte date; f) delle responsabilità penali conseguenti alla falsa dichiarazione. 4. Alle persone già sentite dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero non possono essere richieste notizie sulle domande formulate o sulle risposte date. 5. Per conferire, ricevere dichiarazioni o

- il *dominus* dell'attività di indagine difensiva può essere solo un avvocato, a cui deve essere conferita una procura speciale;
- il difensore può avvalersi di consulenti tecnici, oltre che di investigatori privati muniti di speciale autorizzazione prefettizia;
- l'atto principale, oltre alla possibilità di richiedere documentazione alla pubblica amministrazione, è senza dubbio l'assunzione di informazioni, un'attività, comunemente denominata "intervista", che però risulta fortemente limitata dalla possibilità, per colui al quale si richiedono tali informazioni, non solo di avvalersi della facoltà di non rispondere, ma anche di non aderire alla convocazione del difensore. In tale evenienza l'unica via d'uscita è rivolgersi al Pubblico Ministero.

L'opportunità offerta da questo strumento normativo è ancor più evidente laddove si consideri che non sussiste alcun obbligo da parte del difensore di denunciare reati di cui venga a conoscenza nel corso dell'espletamento delle indagini difensive, per espressa previsione dell'art. 334-bis c.p.p.⁷³, fatti salvi gli obblighi di segnalazione per i soli casi di riciclaggio, in capo agli organi di controllo, compreso l'Organo di vigilanza ex D. Lgs. n. 231/2007, i quali evidentemente non potranno non essere informati dal legale incaricato di evidenze di tale genere che dovessero affiorare nel corso dell'investigazione interna.

Questa sintetica ed opportuna panoramica sulla disciplina delle indagini difensive è necessaria per individuare le opportunità applicative di essa, con riguardo alla specifica tematica del D. Lgs. n. 231/2001. In sintesi, le indagini difensive potrebbero trovare in questo ambito di applicazione una legittimità nuova, se non innovativa, per affrontare e gestire una situazione di crisi legata ad eventi potenzialmente in grado di coinvolgere l'azienda, che pur abbia ottemperato agli obblighi di direzione e vigilanza e non abbia avuto alcun rapporto con l'autore del reato, nell'apertura di un procedimento per responsabilità amministrativa ex D. Lgs. n. 231/2001. È da ricordare, infatti, che è in capo all'ente la dimostrazione di avere adottato un modello organizzativo e di controllo idoneo a prevenire i reati da cui deriva l'illecito per cui si procede nell'ipotesi di responsabilità commessa da persona in posizione apicale; attraverso questa espressa previsione dell'onere probatorio in capo all'ente, è evidente che il meccanismo più efficace per provare, ad esempio, l'aggiramento fraudolento delle norme che compongono la struttura del modello di gestione, ma anche solo la mancanza di interesse o l'interesse esclusivo proprio dell'autore o di terzi dell'interessato, è proprio quello delle indagini difensive penali.

assumere informazioni da una persona sottoposta ad indagini o imputata nello stesso procedimento, in un procedimento connesso o per un reato collegato, è dato avviso, almeno ventiquattro ore prima, al suo difensore la cui presenza è necessaria. Se la persona è priva di difensore, il giudice, su richiesta del difensore che procede alle investigazioni, dispone la nomina di un difensore di ufficio ai sensi dell'articolo 97. 6. Le dichiarazioni ricevute e le informazioni assunte in violazione di una delle disposizioni di cui ai commi precedenti non possono essere utilizzate. La violazione di tali disposizioni costituisce illecito disciplinare ed è comunicata dal giudice che procede all'organo titolare del potere disciplinare. 7. Per conferire, ricevere dichiarazioni o assumere informazioni da persona detenuta, il difensore deve munirsi di specifica autorizzazione del giudice che procede nei confronti della stessa, sentiti il suo difensore ed il pubblico ministero. Prima dell'esercizio dell'azione penale l'autorizzazione è data dal giudice per le indagini preliminari. Durante l'esecuzione della pena provvede il magistrato di sorveglianza. 8. All'assunzione di informazioni non possono assistere la persona sottoposta alle indagini, la persona offesa e le altre parti private. 9. Il difensore o il sostituto interrompono l'assunzione di informazioni da parte della persona non imputata ovvero della persona non sottoposta ad indagini, qualora essa renda dichiarazioni dalle quali emergano indizi di reità a suo carico. Le precedenti dichiarazioni non possono essere utilizzate contro la persona che le ha rese. 10. Quando la persona in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa abbia esercitato la facoltà di cui alla lettera d) del comma 3, il pubblico ministero, su richiesta del difensore, ne dispone l'audizione che fissa entro sette giorni dalla richiesta medesima. Tale disposizione non si applica nei confronti delle persone sottoposte ad indagini o imputate nello stesso procedimento e nei confronti delle persone sottoposte ad indagini o imputate in un diverso procedimento nelle ipotesi previste dall'articolo 210. L'audizione si svolge alla presenza del difensore che per primo formula le domande. Anche con riferimento alle informazioni richieste dal difensore si applicano le disposizioni dell'articolo 362. 11. Il difensore, in alternativa all'audizione di cui al comma 10, può chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza o all'esame della persona che abbia esercitato la facoltà di cui alla lettera d) del comma 3, anche al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 392, comma 1".

⁷³ Art. 334-bis c.p.p. "Esclusione dell'obbligo di denuncia nell'ambito dell'attività di investigazioni difensiva": "1. Il difensore e gli altri soggetti di cui all'articolo 391-bis non hanno obbligo di denuncia neppure relativamente ai reati dei quali abbiano avuto notizia nel corso delle attività investigative da essi svolte".

Non può sicuramente essere estesa alla materia degli illeciti amministrativi la disciplina in tema di arresto in flagranza e di fermo, in quanto si tratta di provvedimenti pre-cautelari nei confronti di persona fisica e pertanto non adattabili alla persona giuridica. D'altronde il legislatore del 2001, nella Sezione IV del decreto in commento, ha dettagliatamente regolato la materia cautelare, prevedendo le due tipologie di misure interdittive e reali di cui si è già trattato nella precedente Parte I, Capitolo 6, del presente Volume.

6. L'annotazione dell'illecito amministrativo e il termine per l'accertamento

La disciplina speciale introdotta dal D. Lgs. n. 231/2001, prevedendo che la procedura di accertamento della responsabilità dell'ente, attraverso l'esecuzione dell'attività investigativa e dell'udienza preliminare, avvenga all'interno del processo penale, ripropone le fasi e i tempi propri del procedimento penale.

In particolare, si parte da un atto di annotazione dell'ente nel registro delle notizie di reato (art. 55), fino a riprodurre, ad eccezione della disciplina dell'archiviazione, le regole in tema di termini delle indagini (art. 56) e di esercizio dell'azione penale.

La terminologia utilizzata dal legislatore nella norma dell'art. 55 si discosta da quella dell'art. 335 c.p.p., nella parte in cui prevede l'annotazione al posto dell'iscrizione della *notitia criminis* nell'apposito registro. L'annotazione richiama un tipo di formalità accessoria alla principale, ma in questo particolare caso bisogna riconoscerle un carattere di autonomia rispetto all'iscrizione della notizia dell'illecito nel citato registro; a riprova di ciò, la non necessaria coincidenza fra il momento in cui interviene l'iscrizione per il reato presupposto e il momento dell'iscrizione stessa a carico dell'ente. Infatti, sebbene l'art. 55 statuisce che l'iscrizione deve avvenire *immediatamente* dopo l'acquisizione della notizia dell'illecito da parte del Pubblico Ministero, in analogia a quanto disposto dal codice di rito, è possibile una discrasia temporale tra i due adempimenti, originata dall'obbligo di provvedere unitamente all'annotazione anche ad integrarla con gli elementi identificativi dell'ente e del suo legale rappresentante pro-tempore⁷⁴. A tal fine la polizia giudiziaria avrà il compito di comunicare alla A.G. sia i dati identificativi del legale rappresentante al momento della commissione dell'illecito, sia, ove diverso, di quello attuale.

Va, altresì, evidenziato che l'annotazione dell'illecito a carico dell'ente deve essere disposta anche nel caso in cui la notizia relativa al reato presupposto sia stata iscritta contro ignoti.

Il D.M. 26 giugno 2003, n. 201 individua, tra l'altro, le modalità con le quali deve essere effettuata l'annotazione in argomento. Nello specifico gli artt. 3 e 4 prevedono che l'annotazione sia iscritta nel medesimo registro previsto per l'iscrizione del reato presupposto – mod. 21 o mod. 44, secondo che si proceda nei confronti di noti o ignoti.

La *ratio* dell'annotazione della notizia dell'illecito amministrativo è quella di individuare il momento da cui far decorrere il termine massimo di durata delle indagini per il quale l'art. 56 dispone che sia pari a quello previsto per l'accertamento del reato da cui dipende l'illecito amministrativo. Così come imposto nel procedimento penale ordinario, questo termine è strumentale all'individuazione di un periodo entro il quale gli inquirenti possono raccogliere prove valide, con la conseguenza che gli atti di indagine successivi non sono utilizzabili, anche se ciò non preclude la possibilità per il Pubblico Ministero di procedere alla contestazione dell'illecito se fondata su atti legittimamente e tempestivamente acquisiti.

Secondo quanto previsto dall'art. 405 comma 2 c.p.p. il termine di durata delle indagini preliminari è di sei mesi; è ugualmente integrata dalle norme del diritto comune la disciplina

⁷⁴ Il comma 2 dell'art. 55, facendo espresso richiamo alla disciplina dell'art. 355 c.p.p., regola il diritto di accesso al registro delle notizie di reato, estendendo all'ente e al suo difensore gli stessi diritti che spettano all'indagato e alla sua difesa e prevedendo dei limiti alla possibilità di ottenere informazioni in merito alle iscrizioni, nel caso in cui si proceda per uno dei delitti di cui all'art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p.; in particolare, tale limite alle comunicazioni dell'annotazione è stato ampliato con riferimento all'introduzione, tra i reati presupposti, delle fattispecie indicate dall'art. 25-*quater* e 25-*quinqies* del decreto in rassegna. Inoltre, qualora sussistano specifiche esigenze attinenti l'attività di indagine, il Pubblico Ministero può comunque disporre con decreto motivato il divieto sul diritto all'accesso al registro per un periodo non superiore a tre mesi e non rinnovabile.

speciale relativa ai termini massimi delle indagini (art. 407 c.p.p.⁷⁵), alla richiesta di proroga di essi (art. 406 c.p.p.⁷⁶) e alle sanzioni di inutilizzabilità per gli atti compiuti fuori termine (artt. 406, comma 8⁷⁷, e 407, comma 3⁷⁸).

7. L'informazione di garanzia

L'art. 57 del decreto detta norme di dettaglio dell'informazione di garanzia, che deve contenere l'invito a dichiarare ovvero eleggere domicilio per le notificazioni nonché l'avvertimento che per partecipare al procedimento l'ente deve depositare la dichiarazione di cui all'art. 39, comma 2. Per effetto dei richiami condizionati di cui agli articoli 34 e 35, deve ritenersi estesa la disciplina dettata dagli artt. 369⁷⁹ e 369-bis⁸⁰ c.p.p. in ordine all'an (norme di legge violate, data e luogo del

⁷⁵ Art. 407 c.p.p. "Termini di durata massima delle indagini preliminari": "1. Salvo quanto previsto all'articolo 393 comma 4, la durata delle indagini preliminari non può comunque superare diciotto mesi. 2. La durata massima è tuttavia di due anni se le indagini preliminari riguardano: a) i delitti appresso indicati: 1) delitti di cui agli articoli 285, 286, 416-bis e 422 del codice penale, 291-ter, limitatamente alle ipotesi aggravate previste dalle lettere a), d) ed e) del comma 2, e 291-quater, comma 4, del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43; 2) delitti consumati o tentati di cui agli articoli 575, 628, terzo comma, 629, secondo comma, e 630 dello stesso codice penale; 3) delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo; 4) delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni o nel massimo a dieci anni, nonché delitti di cui agli articoli 270, terzo comma e 306, secondo comma, del codice penale; 5) delitti di illegale fabbricazione, introduzione nello Stato, messa in vendita, cessione, detenzione e porto in luogo pubblico o aperto al pubblico di armi da guerra o tipo guerra o parti di esse, di esplosivi, di armi clandestine nonché di più armi comuni da sparo escluse quelle previste dall'articolo 2, comma terzo, della legge 18 aprile 1975, n. 110; 6) delitti di cui agli articoli 73, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 80, comma 2, e 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni; 7) delitto di cui all'articolo 416 del codice penale nei casi in cui è obbligatorio l'arresto in flagranza; 7-bis) dei delitti previsti dagli articoli 600, 600-bis, comma 1, 600-ter, comma 1, 601, 602, 609-bis nelle ipotesi aggravate previste dall'articolo 609-ter, 609-quater, 609-octies del codice penale, nonché dei delitti previsti dall'articolo 12, comma 3, del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni; b) notizie di reato che rendono particolarmente complesse le investigazioni per la molteplicità di fatti tra loro collegati ovvero per l'elevato numero di persone sottoposte alle indagini o di persone offese; c) indagini che richiedono il compimento di atti all'estero; d) procedimenti in cui è indispensabile mantenere il collegamento tra più uffici del pubblico ministero a norma dell'articolo 371. 3. Salvo quanto previsto dall'articolo 415-bis, qualora il pubblico ministero non abbia esercitato l'azione penale o richiesto l'archiviazione nel termine stabilito dalla legge o prorogato dal giudice, gli atti di indagine compiuti dopo la scadenza del termine non possono essere utilizzati".

⁷⁶ Art. 406 c.p.p. "Proroga del termine": "1. Il pubblico ministero, prima della scadenza, può richiedere al giudice, per giusta causa, la proroga del termine previsto dall'articolo 405. La richiesta contiene l'indicazione della notizia di reato e l'esposizione dei motivi che la giustificano. 2. Ulteriori proroghe possono essere richieste dal pubblico ministero nei casi di particolare complessità delle indagini ovvero di oggettiva impossibilità di concluderle entro il termine prorogato. 2-bis. Ciascuna proroga può essere autorizzata dal giudice per un tempo non superiore a sei mesi. 2-ter. Qualora si proceda per i reati di cui agli articoli 589, secondo comma, e 590, terzo comma, del codice penale, la proroga di cui al comma 1 può essere concessa per non più di una volta. 3. La richiesta di proroga è notificata, a cura del giudice, con l'avviso della facoltà di presentare memorie entro cinque giorni dalla notificazione, alla persona sottoposta alle indagini nonché alla persona offesa dal reato che, nella notizia di reato o successivamente alla sua presentazione, abbia dichiarato di volere esserne informata. Il giudice provvede entro dieci giorni dalla scadenza del termine per la presentazione delle memorie. 4. Il giudice autorizza la proroga del termine con ordinanza emessa in camera di consiglio senza intervento del pubblico ministero e dei difensori. 5. Qualora ritenga che allo stato degli atti non si debba concedere la proroga, il giudice, entro il termine previsto dal comma 3 secondo periodo, fissa la data dell'udienza in camera di consiglio e ne fa notificare avviso al pubblico ministero, alla persona sottoposta alle indagini nonché, nella ipotesi prevista dal comma 3, alla persona offesa dal reato. Il procedimento si svolge nelle forme previste dall'articolo 127. 5-bis. Le disposizioni dei commi 3, 4 e 5 non si applicano se si procede per taluno dei delitti indicati nell'articolo 51 comma 3-bis e nell'articolo 407, comma 2, lettera a), numeri 4 e 7-bis. In tali casi, il giudice provvede con ordinanza entro dieci giorni dalla presentazione della richiesta, dandone comunicazione al pubblico ministero. 6. Se non ritiene di respingere la richiesta di proroga, il giudice autorizza con ordinanza il pubblico ministero a proseguire le indagini. 7. Con l'ordinanza che respinge la richiesta di proroga, il giudice, se il termine per le indagini preliminari è già scaduto, fissa un termine non superiore a dieci giorni per la formulazione delle richieste del pubblico ministero a norma dell'articolo 405. 8. Gli atti di indagine compiuti dopo la presentazione della richiesta di proroga e prima della comunicazione del provvedimento del giudice sono comunque utilizzabili sempre che, nel caso di provvedimento negativo, non siano successivi alla data di scadenza del termine originariamente previsto per le indagini".

⁷⁷ Vgs. nota precedente.

⁷⁸ Vgs. precedente nota 72.

⁷⁹ Art. 369 c.p.p. "Informazione di garanzia": "1. Solo quando deve compiere un atto al quale il difensore ha diritto di assistere, il pubblico ministero invia per posta, in piego chiuso raccomandato con ricevuta di ritorno, alla persona sottoposta alle indagini e alla persona offesa una informazione di garanzia con indicazione delle norme di legge che si

fatto, invito a nominare un difensore di fiducia) e al quando dell'informazione di garanzia che dovrà essere inviata prima del compimento di un atto garantito dalla presenza del difensore, ad eccezione che per gli atti a sorpresa. Inoltre, si ritiene che si debbano estendere comunque all'ente le garanzie previste per l'indagato con la conseguente possibilità per l'ente di essere difeso da un difensore di fiducia a prescindere dalla costituzione, con la possibilità per il difensore di assistere a tutti gli atti garantiti, di presentar memorie e di svolgere indagini difensive.

8. La richiesta di rinvio a giudizio o di archiviazione

Gli articoli 58 e ss. del D. Lgs. n. 231/2001 disciplinano la fase conclusiva delle indagini preliminari, al termine delle quali il Pubblico Ministero deve decidere se disporre l'archiviazione o richiedere il giudizio, così come avviene nel procedimento ordinario. Di contro, una forte anomalia rispetto alla procedura penale, è costituita proprio dalla disciplina dell'archiviazione (art. 58), nel momento in cui sancisce che il decreto di archiviazione, che deve essere motivato, è rimesso alle sole valutazioni del Pubblico Ministero, senza alcun intervento di controllo giurisdizionale. Un meccanismo di controllo si realizzerà solo nel momento in cui la comunicazione dell'archiviazione giunge al Procuratore Generale e questo, in caso di dissenso, potrà svolgere accertamenti investigativi ed esercitare l'azione per l'illecito da reato, annotando la contestazione sul registro generale delle avocazioni.

Il decreto di archiviazione, emesso dal Pubblico Ministero, deve essere annotato nel registro generale destinato alle richieste di archiviazione (art. 4, comma 4, D.M. 26.06.2003, n. 101), così come la data della comunicazione al Procuratore Generale.

Le cause di archiviazione possono essere:

- dirette, in quanto incidono sugli elementi costitutivi dell'illecito amministrativo. Tali sono l'assenza del rapporto funzionale tra l'autore del reato presupposto e l'ente, l'assenza di interesse o vantaggio per l'ente stesso, la presenza di adeguati modelli organizzativi;
- derivate, in quanto connesse al reato presupposto. In tale ambito rilevano, ad esempio, tutte le cause di archiviazione nel merito del reato presupposto, ad eccezione del fatto che siano ignoti gli autori del delitto (art. 8, comma 1, lett. a)), le ipotesi di successiva depenalizzazione del reato presupposto, l'assenza di una condizione di procedibilità del reato presupposto,

La valutazione in ordine alla scelta tra archiviazione e contestazione dell'illecito deve essere effettuata, in forza del rinvio generale dell'art. 34, ai sensi dell'art. 125 delle Disp. Att. al c.p.p..

Il successivo art. 59, invece, prevede il caso contrapposto all'archiviazione, consistente nella contestazione dell'illecito attraverso la predisposizione di atti analoghi per forme e contenuti a quelli dell'azione penale ordinaria.

9. La decadenza dalla contestazione

L'art. 60 del decreto prevede che non possa procedersi alla contestazione di cui all'art. 59 quando il reato da cui dipende l'illecito amministrativo dell'ente è estinto per prescrizione⁸¹.

assumono violate della data e del luogo del fatto e con invito a esercitare la facoltà di nominare un difensore di fiducia. 2. Qualora ne ravvisi la necessità ovvero l'ufficio postale restituisca il piego per irreperibilità del destinatario, il pubblico ministero può disporre che l'informazione di garanzia sia notificata a norma dell'articolo 151".

⁸⁰ Art. 369-bis c.p.p. "Informazione della persona sottoposta alle indagini sul diritto di difesa": "1. Al compimento del primo atto a cui il difensore ha diritto di assistere e, comunque, prima dell'invito a presentarsi per rendere l'interrogatorio ai sensi del combinato disposto degli articoli 375, comma 3, e 416, il pubblico ministero, a pena di nullità degli atti successivi, notifica alla persona sottoposta alle indagini la comunicazione della nomina del difensore d'ufficio. 2. La comunicazione di cui al comma 1 deve contenere: a) l'informazione della obbligatorietà della difesa tecnica nel processo penale, con l'indicazione della facoltà e dei diritti attribuiti dalla legge alla persona sottoposta alle indagini; b) il nominativo del difensore d'ufficio e il suo indirizzo e recapito telefonico; c) l'indicazione della facoltà di nominare un difensore di fiducia con l'avvertimento che, in mancanza, l'indagato sarà assistito da quello nominato d'ufficio; d) l'indicazione dell'obbligo di retribuire il difensore d'ufficio ove non sussistano le condizioni per accedere al beneficio di cui alla lettera e) e l'avvertimento che, in caso di insolvenza, si procederà ad esecuzione forzata; e) l'indicazione delle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato".

⁸¹ In merito si rinvia a quanto più diffusamente esposto nel successivo Capitolo 2, Paragrafo 3.

Il legislatore, in sostanza, distingue tra prescrizione dell'illecito amministrativo – art. 22 – e decadenza della contestazione – art. 60. La prima opera sul piano sostanziale, mentre la seconda su quello processuale con la conseguenza che se la prescrizione del reato presupposto matura prima della contestazione dell'addebito si imporrà l'archiviazione ai sensi dell'art. 58, se matura dopo la contestazione dell'addebito non avrà alcuna efficacia sul procedimento di accertamento della responsabilità dell'ente.

10. Le incompatibilità testimoniali dell'autore del reato presupposto e del rappresentante legale dell'ente - L'interrogatorio e l'esame del rappresentante incompatibile

Il D. Lgs. n. 231/2001 disciplina espressamente i mezzi di prova solo attraverso l'art. 44, il quale prevede l'incompatibilità a testimoniare di taluni soggetti. Infatti, sancisce il primo comma che *“Non può essere assunta come testimone:*

- *la persona imputata del reato da cui dipende l'illecito amministrativo;*
- *la persona che rappresenta l'ente indicata nella dichiarazione di cui all'articolo 39, comma 2, e che rivestiva tale funzione anche al momento della commissione del reato”.*

Occorre *in primis* osservare che l'assunzione delle dichiarazioni da parte di persone informate dei fatti estranee al reato, che non rivestano allo stesso tempo la carica di rappresentante legale, è fuori dal campo di applicazione della norma. In questo caso, infatti, si utilizzano le disposizioni del codice procedurale penale. Troverà, pertanto, applicazione il disposto dell'art. 63 c.p.p.⁸² al soggetto legato da un rapporto di lavoro con l'ente, qualora dalle dichiarazioni rese alla Polizia Giudiziaria o all'A.G. emerga un suo coinvolgimento diretto nel reato. In tal caso, dietro l'invito a nominare un difensore, l'atto verrà sospeso e la persona dovrà essere informata che, a seguito delle dichiarazioni rese, potranno essere svolte indagini nei suoi confronti, anche se tali dichiarazioni potranno essere utilizzate solo *erga alios* e non contro di lui.

Come sopra specificato, l'art. 44, comma 1 lett. a) prevede l'incompatibilità a testimoniare della persona indagata come autore del reato presupposto.

Tale norma, tuttavia, non specifica né quale tipo di connessione deve sussistere fra le due tipologie di illeciti, né tantomeno prevede per quanto tempo debba permanere la condizione di incompatibilità a testimoniare. Per questo motivo, si ritiene debbano trovare applicazione le norme generali contenute nello specifico negli artt. 197⁸³ e 197-bis⁸⁴ c.p.p..

⁸² Art. 63 c.p.p. “Dichiarazioni indizianti”: “1. Se davanti all'autorità giudiziaria o alla polizia giudiziaria una persona non imputata ovvero una persona non sottoposta alle indagini rende dichiarazioni dalle quali emergono indizi di reità a suo carico, l'autorità procedente ne interrompe l'esame, avvertendola che a seguito di tali dichiarazioni potranno essere svolte indagini nei suoi confronti e la invita a nominare un difensore. Le precedenti dichiarazioni non possono essere utilizzate contro la persona che le ha rese. 2. Se la persona doveva essere sentita sin dall'inizio in qualità di imputato o di persona sottoposta alle indagini, le sue dichiarazioni non possono essere utilizzate”.

⁸³ Art. 197 c.p.p. “Incompatibilità con l'ufficio di testimone”: “1. Non possono essere assunti come testimoni: a) i coimputati del medesimo reato o le persone imputate in un procedimento connesso a norma dell'articolo 12, comma 1, lettera a), salvo che nei loro confronti sia stata pronunciata sentenza irrevocabile di proscioglimento, di condanna o di applicazione della pena ai sensi dell'articolo 444; b) salvo quanto previsto dall'articolo 64, comma 3, lettera c), le persone imputate in un procedimento connesso a norma dell'articolo 12, comma 1, lettera c), o di un reato collegato a norma dell'articolo 371, comma 2, lettera b), prima che nei loro confronti sia stata pronunciata sentenza irrevocabile di proscioglimento, di condanna o di applicazione della pena ai sensi dell'articolo 444; c) il responsabile civile e la persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria; d) coloro che nel medesimo procedimento svolgono o hanno svolto la funzione di giudice, pubblico ministero o loro ausiliario nonché il difensore che abbia svolto attività di investigazione difensiva e coloro che hanno formato la documentazione delle dichiarazioni e delle informazioni assunte ai sensi dell'articolo 391-ter”.

⁸⁴ Art. 197-bis c.p.p. “Persone imputate o giudicate in un procedimento connesso o per reato collegato che assumono l'ufficio di testimone”: “1. L'imputato in un procedimento connesso ai sensi dell'articolo 12 o di un reato collegato a norma dell'articolo 371, comma 2, lettera b), può essere sempre sentito come testimone quando nei suoi confronti è stata pronunciata sentenza irrevocabile di proscioglimento, di condanna o di applicazione della pena ai sensi dell'articolo 444. 2. L'imputato in un procedimento connesso ai sensi dell'articolo 12, comma 1, lettera c), o di un reato collegato a norma dell'articolo 371, comma 2, lettera b), può essere sentito come testimone, inoltre, nel caso previsto dall'articolo 64, comma 3, lettera c). 3. Nei casi previsti dai commi 1 e 2 il testimone è assistito da un difensore. In mancanza di difensore di fiducia è designato un difensore d'ufficio. 4. Nel caso previsto dal comma 1 il testimone non può essere obbligato a deporre sui fatti per i quali è stata pronunciata in giudizio sentenza di condanna nei suoi confronti, se nel procedimento egli aveva negato la propria responsabilità ovvero non aveva reso alcuna dichiarazione. Nel caso previsto dal comma 2 il

La seconda ipotesi di incompatibilità a testimoniare, dettata dalla lettera b) del comma 1 dell'art. 44, riguarda *“la persona che rappresenta l'ente indicata nella dichiarazione di cui all'articolo 39, comma 2, e che rivestiva tale funzione anche al momento della commissione del reato”*. In tal caso, un'interpretazione letterale della norma imporrebbe di ritenere immuni dall'incompatibilità:

- il rappresentante attuale che non fosse tale al momento della commissione dell'illecito;
- il rappresentante all'epoca del fatto reato ma che non lo sia più nell'attualità;
- il rappresentante dell'ente che non si sia costituito o che non sia indicato come tale nella dichiarazione di costituzione⁸⁵.

Il secondo comma dell'art. 44 dispone che nel caso di incompatibilità la persona che rappresenta l'ente può essere interrogata ed esaminata nelle forme, con i limiti e con gli effetti previsti per l'interrogatorio e per l'esame della persona imputata in un procedimento connesso.

testimone non può essere obbligato a deporre su fatti che concernono la propria responsabilità in ordine al reato per cui si procede o si è proceduto nei suoi confronti. 5. In ogni caso le dichiarazioni rese dai soggetti di cui al presente articolo non possono essere utilizzate contro la persona che le ha rese nel procedimento a suo carico, nel procedimento di revisione della sentenza di condanna ed in qualsiasi giudizio civile o amministrativo relativo al fatto oggetto dei procedimenti e delle sentenze suddette. 6. Alle dichiarazioni rese dalle persone che assumono l'ufficio di testimone ai sensi del presente articolo si applica la disposizione di cui all'articolo 192, comma 3”.

⁸⁵ In tale ottica la relazione di accompagnamento al decreto, nel paragrafo dedicato alle indagini preliminari e all'udienza preliminare, afferma che *“Nello schema nulla si dice sulla possibilità di sottoporre ad interrogatorio l'ente attraverso il proprio rappresentante legale, tuttavia deve ritenersi che tale evenienza sia del tutto plausibile, dal momento che è stata operata una piena parificazione dell'ente all'imputato. Il rappresentante legale sarà sottoposto ad interrogatorio “per conto dell'ente”, con tutte le facoltà ed i diritti riconosciuti all'imputato, compresa la facoltà di non rispondere: la parificazione del rappresentante alla figura dell'imputato ha come conseguenza quella della applicabilità delle regole previste dall'art. 63 c.p.p.. E' ovvio che quanto più la persona giuridica sarà avvicinata alla figura dell'imputato, tanto maggiori saranno le garanzie di cui potrà godere”*. Tuttavia, in tema di partecipazione dell'ente al processo, la relazione al decreto evidenzia che: *“In realtà, la parificazione all'imputato viene effettuata con riferimento all'ente in quanto tale, non al rappresentante legale, per il quale è previsto un regime peculiare che non lo esclude dalle garanzie riservate all'imputato, ma in taluni casi lo considera anche un testimone (v. art. 44)”*.

CAPITOLO 2

L'AUTONOMIA DELLA RESPONSABILITÀ DELL'ENTE

1. Premessa

L'articolo 8 del D. Lgs. n. 231/2001 contiene una previsione normativa di particolare rilievo sotto il profilo sistematico, con la quale viene chiarito, inequivocabilmente, che quello dell'ente è un titolo autonomo di responsabilità, anche se, come già visto, presuppone comunque la commissione di un reato (cfr. Tribunale di Milano, Sez. X, Penale, sentenza n. 3300 in data 31 luglio 2007).

Come ha di recente chiarito la Cassazione a SS.UU., sentenza n. 26654/2008, *“la responsabilità della persona giuridica è aggiuntiva e non sostitutiva di quella delle persone fisiche”* tanto da apprezzarsi una *“convergenza di responsabilità”* in termini evocanti quelli della *“responsabilità concorsuale”*; sia pure, bene inteso, nell'ambito di una fattispecie complessa contraddistinta non da un solo illecito ma da più illeciti interconnessi.

Se è vero che secondo l'impostazione del *simultaneus processus*, sancita dall'art. 38 comma 1, il legislatore ha correlato strettamente tra loro le vicende processuali delle persone fisiche (autori del reato-presupposto) e dell'ente, è altrettanto vero che in talune limitate ipotesi, come già anticipato in precedenza, è stata prevista la possibilità di derogare alla citata inscindibilità, anche per effetto di scelte processuali diverse, con il risultato di sottrarre al giudice penale l'accertamento ora della responsabilità penale, ora della responsabilità amministrativa, ora di entrambe, ora di nessuna delle predette responsabilità.

Le particolari ipotesi disciplinate dall'art. 8 riguardano:

- la mancata identificazione dell'autore del reato;
- la non imputabilità del reo;
- l'intervento di cause estintive del reato, fatta eccezione per l'amnistia.

Le previsioni dell'art. 8 assumono, quindi, particolare rilevanza dal momento che gli ufficiali di P.G. operanti dovranno tener conto che nelle tassative ipotesi sopra indicate, anche laddove il reato-presupposto ovvero il suo autore non siano perseguibili, e quindi il correlato processo penale non avrà luogo, le indagini finalizzate all'accertamento della responsabilità amministrativa degli enti, con le precisazioni di seguito fornite, potranno (*rectius*: dovranno) essere comunque proseguite.

2. La mancata identificazione/non imputabilità dell'autore del reato

Con riguardo alla mancata identificazione, fenomeno piuttosto tipico nell'ambito della responsabilità d'impresa, e alla non imputabilità dell'autore del reato, la scelta operata dal legislatore del D. Lgs. n. 231/2001 non incontra alcun ostacolo dal punto di vista del sistema, posto che si è in presenza di un reato completo di tutti i suoi elementi che, sebbene il reo non sia punibile, ben può far conseguire la responsabilità amministrativa dell'ente.

Con riguardo alla mancata identificazione dell'autore del reato, la relazione illustrativa precisa che in tutte le ipotesi in cui per la complessità dell'assetto organizzativo interno non sia possibile ascrivere la responsabilità penale in capo ad uno specifico soggetto, e ciò nondimeno sia accertata la commissione di un reato, l'ente ne dovrà rispondere sul piano amministrativo, sempre che sia ad esso imputabile una colpa organizzativa consistente nella mancata adozione ovvero nel mancato funzionamento del modello preventivo. In tali ipotesi, riprendendo quanto già esposto nell'ambito della Parte I, Capitolo 5, Paragrafo 2.a., affinché si possa attribuire all'ente una responsabilità amministrativa dipendente da reato-presupposto, occorrerà non solo che l'illecita condotta sia espressione della *policy* aziendale, ovvero derivante da colpa in organizzazione, ma occorrerà anche che la polizia giudiziaria acquisisca elementi probatori che consentano di poter dimostrare, sulla base delle emergenze investigative, in presenza di autore rimasto non identificato che lo stesso:

- appartenga ad una delle categorie individuate dall'art. 5, comma 1, lettera a) e b)⁸⁶. Per tale accertamento occorrerà aver riguardo congiuntamente agli elementi oggettivi del reato-presupposto (che spesso rientra nella categoria dei "reati propri") ed alle procedure organizzative interne (attribuzioni, competenze, poteri, mansioni, ...) che potranno consentire, se non di individuarne l'autore, quantomeno di concludere se la condotta illecita sia stata commessa da un soggetto appartenente alla categoria degli "apicali" ovvero a quella dei "sottoposti", con ciò confermando la richiesta sussistenza di un legame funzionale che riconduca l'autore materiale del reato alla struttura organizzativa dell'ente di appartenenza;
- abbia agito nell'interesse o a vantaggio dell'ente (art. 5, comma 1), ovvero nell'interesse prevalente proprio o di terzi con nessun vantaggio, o ancora con un vantaggio minimo per l'ente [art. 12, comma 1, lettera a)]. Sul punto, mentre il vantaggio risulta facilmente dimostrabile, in quanto abbisogna di mera valutazione *ex post* per qualificare in concreto il risultato della condotta, in assenza dell'individuazione dell'autore del reato, dal quale sarebbe stato possibile acquisire utili elementi in ordine alla valutazione dell'interesse che *ex ante* ha "animato" la sua condotta, sarà necessario procedere ad una attività valutativa fondata sulla base degli elementi oggettivi raccolti ovvero anche solo sulla base di elementi indiziari acquisti, purché gravi precisi e concordanti, ed in quanto tali suscettibili di concreto apprezzamento da parte della competente A.G., con la conseguenza che laddove anche una sola delle due condizioni sopra richiamate venga meno, non sarà possibile attribuire alcuna responsabilità all'ente.

3. L'intervento di cause estintive del reato

L'intervento di cause estintive⁸⁷ in relazione ad un reato che sussiste non incide sulla permanenza della responsabilità amministrativa in capo all'ente, coerentemente alla sua configurazione come illecito amministrativo, fatta eccezione per l'intervenuta amnistia (propria), intendendo per tale quella che consegue per effetto di un provvedimento generale con il quale lo Stato rinuncia a punire determinati reati.

L'amnistia (propria) produce effetti estintivi non solo sulla condotta illecita del reo ma anche sul conseguente illecito dell'ente, che, tuttavia, laddove abbia interesse ad una assoluzione nel merito, potrà rinunciare all'effetto estintivo dell'amnistia, beneficiando comunque di tale effetto in presenza di analoga scelta processuale della persona fisica, salvo che la legge disponga altrimenti.

In merito a quanto precede, è necessario che la polizia giudiziaria nel corso dell'attività investigativa abbia riguardo anche alle previsioni dell'art. 60 della normativa in commento il quale esclude che si possa procedere alla contestazione dell'illecito amministrativo all'ente quando il reato-presupposto è estinto per prescrizione, come confermato anche in sede giurisprudenziale (cfr. G.I.P. presso Tribunale di Milano, sentenza in data 17 novembre 2009).

Tale previsione, solo apparentemente in contrasto con quella di cui all'art. 8, comma 1, lettera b), deve essere interpretata, come previsto dalla relazione di accompagnamento, nel senso che non sarà possibile per la competente A.G. procedere alla contestazione della responsabilità amministrativa in capo all'ente se il reato-presupposto è già prescritto, mentre, laddove l'illecito amministrativo sia già stato contestato all'ente, il relativo procedimento si manterrà in vita anche se il reato-presupposto si estinguerà per causa diversa dall'amnistia.

Conseguentemente, la polizia giudiziaria operante, laddove nel corso dell'attività investigativa dovesse accertare che il reato-presupposto si sia prescritto prima della contestazione dell'illecito amministrativo all'ente da parte della competente A.G., contenuta in uno degli atti indicati dall'articolo 405, comma 1, c.p.p. (formulazione dell'imputazione ovvero richiesta di rinvio a giudizio) con cui il pubblico ministero esercita l'azione penale, dovrà astenersi, anche nel rispetto dei principi costituzionali di economicità, efficacia ed efficienza che devono informare

⁸⁶ Per maggiori approfondimenti sul punto si rinvia al successivo Capitolo 3, Paragrafo 3.a. (4) e (5).

⁸⁷ Le cause estintive disciplinate dal c.p. sono il decorso del termine di sospensione precauzionale della pena (art. 163), la morte del reo prima della condanna (art. 150), la remissione della querela (art. 152), la prescrizione (art. 157), l'oblazione (art. 162), il perdono giudiziale per i minori degli anni diciotto (art. 169).

l'agire della Pubblica Amministrazione, dal compiere ulteriore attività d'indagine, rimettendo con apposita annotazione redatta ex art. 357, comma 1, c.p.p.⁸⁸ e art. 115 disp. att. c.p.p.⁸⁹ tutti gli elementi informativi acquisiti al magistrato procedente per le determinazioni di competenza.

Del pari non incidono sulla sussistenza della responsabilità dell'ente:

- le cause di estinzione della pena (es. grazia e indulto);
- le cause di non punibilità, posto che in tali ipotesi permane integra l'antigiuridicità del fatto e la colpevolezza del reo, rappresentando le cause di esclusione della punibilità circostanze che si collocano all'esterno della struttura del reato, con funzione esclusiva di inibire l'applicazione della pena;
- tutte le altre vicende che ineriscono a quest'ultima senza escludere la sussistenza del reato-presupposto.

In merito, si segnala che l'art. 8 deve essere letto, altresì, unitamente all'art. 37 che prende in considerazione i "casi d'improcedibilità": la mancanza (originaria o sopravvenuta) di una condizione di procedibilità⁹⁰ impedisce che si proceda all'accertamento dell'illecito amministrativo dell'ente e, quindi, la condizione di procedibilità e punibilità penale assurge, per espressa volontà normativa, a condizione di procedibilità e punibilità dell'illecito amministrativo dell'ente.

Pertanto, nei casi di reati-presupposto procedibili a querela di parte, stante il tenore letterale dell'art. 37 (che fa riferimento all' "azione penale"), la procedura per l'accertamento dell'illecito amministrativo dell'ente può iniziare e protrarsi anche in assenza di una condizione di procedibilità che possa ancora sopravvenire, ma non può né iniziare né protrarsi dopo l'inutile decorso del termine per proporre querela, con la conseguenza che la polizia giudiziaria dovrà tener in debito conto nel corso dell'attività d'indagine il termine di riferimento sopra indicato, per evitare il compimento di investigazioni non suscettibili di alcun successivo sviluppo ed utilizzo.

⁸⁸ Art. 357 c.p.p. "Documentazione dell'attività di polizia giudiziaria": "1. La polizia giudiziaria annota secondo le modalità ritenute idonee ai fini delle indagini, anche sommariamente, tutte le attività svolte, comprese quelle dirette alla individuazione delle fonti di prova. 2. Fermo quanto disposto in relazione a specifiche attività, redige verbale dei seguenti atti: a) denunce, querele e istanze presentate oralmente; b) sommarie informazioni rese e dichiarazioni spontanee ricevute dalla persona nei cui confronti vengono svolte le indagini; c) informazioni assunte, a norma dell'articolo 351; d) perquisizioni e sequestri; e) operazioni e accertamenti previsti dagli articoli 349, 353 e 354; f) atti, che descrivono fatti e situazioni, eventualmente compiuti sino a che il pubblico ministero non ha impartito le direttive per lo svolgimento delle indagini. 3. Il verbale è redatto da ufficiali o agenti di polizia giudiziaria nelle forme e con le modalità previste dall'articolo 373. 4. La documentazione dell'attività di polizia giudiziaria è posta a disposizione del pubblico ministero. 5. A disposizione del pubblico ministero sono altresì poste le denunce, le istanze e le querele presentate per iscritto, i referti, il corpo del reato e le cose pertinenti al reato".

⁸⁹ Art. 115 disp. att. c.p.p. "Annotazioni e verbali della polizia giudiziaria": "1. Le annotazioni previste dall'articolo 357 comma 1 del codice contengono l'indicazione dell'ufficiale o dell'agente di polizia giudiziaria che ha compiuto le attività di indagine, del giorno, dell'ora e del luogo in cui sono state eseguite e la enunciazione succinta del loro risultato. Quando assume dichiarazioni ovvero quando per il compimento di atti si avvale di altre persone, la polizia giudiziaria annota altresì le relative generalità e le altre indicazioni personali utili per la identificazione. 1-bis. Le annotazioni di cui al comma 1, se riguardanti le attività di indagine condotte da ufficiali o agenti di polizia giudiziaria nel corso delle operazioni sotto copertura ai sensi dell'articolo 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146, e successive modificazioni, contengono le generalità di copertura dagli stessi utilizzate nel corso delle attività medesime. 2. Copia delle annotazioni e dei verbali redatti a norma dell'articolo 357 del codice è conservata presso l'ufficio di polizia giudiziaria".

⁹⁰ Si pensi alla querela in relazione a talune fattispecie di reato societario disciplinate dall'art. 25-ter D. Lgs. n. 231/2001.

CAPITOLO 3

L'ACCERTAMENTO DELLA RESPONSABILITÀ DELL'ENTE EX D. LGS. N. 231/2001

1. Cenni introduttivi: la Guardia di Finanza quale organo di polizia giudiziaria con competenze specifiche

Come già è stato evidenziato *infra* il procedimento di accertamento della responsabilità ex D. Lgs. n. 231/2001 è di competenza del giudice penale ed è regolato, sia pur con alcune deroghe, dalla disciplina processual-penalistica: il luogo dell'accertamento è il processo penale, da parte di Giudici penali, su iniziativa del Pubblico Ministero, in un processo collaterale e autonomo ma assolutamente parallelo e contestuale a quello istruito per l'accertamento della responsabilità penale vera e propria dell'autore del reato presupposto.

La contiguità tra i meccanismi punitivi che colpiscono l'autore del reato e la persona giuridica cui egli è collegato con vincoli più o meno stringenti, sancita dallo stesso Capo III del D. Lgs. n. 231/2001, assegnano alla polizia giudiziaria competenze ampie, mirate a fornire alla magistratura procedente le indicazioni necessarie per stabilire la riconducibilità del comportamento criminoso dell'autore del reato all'ente in cui egli è collocato.

Sul punto va osservato che l'attribuzione all'Autorità Giudiziaria della competenza a conoscere gli illeciti amministrativi dell'ente presuppone in quest'ultima, comunque, il possesso di conoscenze di matrice economica utili per le determinazioni di competenza.

Appare, pertanto, in tale ottica, particolarmente preziosa l'attività di collaborazione e supporto che la Guardia di Finanza può assicurare, tenuto conto della necessità di approfondire aspetti che spesso si riflettono sulla gestione aziendale, solitamente oggetto di investigazione da parte del Corpo quale organo di polizia economico-finanziaria, in generale, e di polizia tributaria investigativa, in particolare.

Pur esercitando competenze tipiche della polizia giudiziaria, il Corpo è in possesso di un bagaglio specifico di esperienze e di professionalità che lo mettono in condizione di operare, fin dalla fase delle indagini preliminari, un vaglio approfondito delle ipotesi che emergono, onde consentire alla competente A.G. una visione, la più esaustiva possibile, dello stato dell'arte esistente all'interno dell'ente oggetto d'indagine.

In favore della "*specialità*" del Corpo milita anche la natura dei numerosi reati presupposto dalla cui commissione può scaturire la responsabilità amministrativa dell'ente. Si tratta, indubbiamente, di fattispecie penali spesso collegate all'attuazione di artifici contabili e finanziari o di pratiche fraudolente, alla cui scoperta è prioritariamente orientato il dispositivo di contrasto utilizzato dal Corpo nella lotta all'evasione fiscale ed a tutte le altre forme di violazione degli interessi finanziari ed economici dello Stato, dell'Unione Europea o degli Enti locali.

Con riguardo a tale ultimo aspetto occorre sottolineare che la scoperta della commissione dei reati presupposto nell'ambito dell'attività di verifica fiscale non determina, di per sé, l'interruzione dell'attività di polizia tributaria, così come più approfonditamente argomentato nella Circolare 1/2008 recante "*Istruzione sull'attività di verifica*", ponendosi contestualmente in capo agli ufficiali ed agenti di polizia tributaria la necessità di "muoversi" adottando i poteri della polizia giudiziaria sia per denunciare il reato-presupposto emerso sia ai fini dell'eventuale applicazione della normativa in commento, qualora ne ricorrano gli altri presupposti richiesti, interessando la competente A.G., che potrà, caso per caso, impartire le direttive ritenute necessarie.

Come già ricordato dalla circolare n. 265000 in data 29.07.2002 del III Reparto Operazioni – Ufficio Fiscalità – IV Sezione, la disciplina della responsabilità amministrativa degli enti investe i compiti istituzionali del Corpo, in quanto rende necessaria - ogni qual volta siano accertati indizi relativi alla commissione di reati-presupposto - l'attivazione di indagini specialistiche sotto il profilo penale, patrimoniale ed economico-finanziario, affinché siano perseguiti contemporaneamente sia gli autori dei reati sia le imprese avvantaggiate, entrambi assoggettabili, ognuno in via autonoma, alle sanzioni penali ed amministrative previste dalla

legge, nonché – a fattor comune – passibili, nei casi espressamente disciplinati, della confisca dei profitti illecitamente conseguiti, anche nella forma “*per equivalente*”.

Inoltre, occorre tener presente che il Corpo, in quanto organo di polizia giudiziaria a competenza generale e di polizia economico-finanziaria con competenze specifiche proprie in materie giuridico-economiche, potrà essere delegato dall'Autorità Giudiziaria, non solo per perseguire l'attività di accertamento della responsabilità amministrativa dell'ente derivante da reati-presupposto individuati a seguito di autonoma attività investigativa, ma anche quando il reato-presupposto sia emerso a seguito di indagini svolte da altro organo di polizia giudiziaria.

Di conseguenza, in quest'ultima ipotesi, si potrà assistere all'assegnazione al Corpo di una delega d'indagine specifica finalizzata esclusivamente all'accertamento della responsabilità amministrativa dell'ente ex D. Lgs. n. 231/2001. In particolare, ciò potrà avvenire se si tiene conto che le condizioni economiche e patrimoniali dell'ente sono determinanti per la fissazione dell'importo delle quote da cui far discendere le sanzioni pecuniarie da applicare da parte del giudice penale, e pertanto l'attività svolta dalla Guardia di Finanza sarà ancora più preziosa considerato che dall'esame della documentazione ufficiale dell'ente stesso (bilancio, scritture contabili e quant'altro) potrebbero emergere evasioni di imposta ed anche artificiose diminuzioni patrimoniali ed economiche, di cui tener conto al fine di perseguire l'“effettività” della sanzione voluta dal legislatore.

2. L'attività della polizia giudiziaria: principali steps del percorso operativo

Tenendo conto dei requisiti oggettivi e soggettivi in presenza dei quali è possibile configurare una responsabilità dell'ente dipendente da reato, come descritti nell'ambito della Parte I, Capitolo 5, l'attività investigativa dovrà essere rivolta:

- *ad individuare la sussistenza di un concreto vantaggio o interesse per l'ente;*
- *all'individuazione degli autori delle illecite condotte ed all'acquisizione di ogni utile elemento di prova e di supporto in ordine all'atteggiamento psicologico che ha caratterizzato la condotta dell'agente*, attraverso l'esame della documentazione contabile e (se rinvenuta) extracontabile acquisita alle indagini. Come già sopra evidenziato, mutuando espressioni proprie del diritto penale, la polizia giudiziaria dovrà fare una prima indagine sull'elemento psicologico della *societas*, al fine di verificare se si sia in costanza di un fenomeno di “dissociazione” fra la volontà del soggetto collettivo e quello della persona fisica autrice del reato, con conseguente esonero di responsabilità del primo;
- *a verificare l'idoneità dei modelli di gestione eventualmente adottati dallo stesso per escludere la propria responsabilità*, basandosi su un esame delle strutture decisionali adottate dall'ente in relazione alle proprie articolazioni ed alle proprie attività economiche e verificando l'effettiva ed efficace assunzione di tali strumenti dal momento che ciò prelude al beneficio dell'esenzione da responsabilità, ovvero alla limitazione delle sanzioni erogabili quand'anche si sia concretamente realizzato un reato-presupposto.

In particolare, nell'ambito dell'attività investigativa, laddove sia stata preliminarmente accertata ovvero ipotizzata una condotta delittuosa rientrante nel catalogo dei reati presupposto, e che la stessa non si sia estinta per amnistia, la polizia giudiziaria, al fine di configurare un'eventuale responsabilità amministrativa dell'ente dovrà indirizzare la propria attività in modo tale da acquisire gli elementi probatori necessari, seguendo gli *steps* appresso riportati:

- *verifica della natura giuridica* dell'ente finalizzata a conoscere se quest'ultimo rientri tra i “soggetti” di cui all'art. 1, destinatari delle previsioni del D. Lgs. n. 231/2001;
- *accertamento della sussistenza di un interesse o vantaggio per l'ente ricollegabile al reato presupposto*, anche al fine di escludere che l'autore del reato abbia agito nell'esclusivo interesse proprio o di terzi;
- *individuazione del rapporto di organicità tra l'ente e l'autore del reato*, il quale, ex art. 5, comma 1, lettere a) e b), dovrà appartenere alla categoria degli “apicali” ovvero dei “sottoposti”, con le conseguenze di cui agli artt. 6 e 7 in punto di ricaduta dell'onere probatorio

sull'ente, nell'ipotesi di reato-presupposto commesso dagli "apicali", o sulla competente A.G., nel caso di reato-presupposto commesso dai "sottoposti".

Nel caso di reato presupposto commesso da un soggetto in posizione apicale, per effetto del meccanismo di inversione dell'onere probatorio, *l'attività investigativa dovrà essere orientata a valutare gli eventuali elementi di prova a discarico (elencati all'art. 6) forniti dall'ente al fine di beneficiare dell'esonero da responsabilità*. Pertanto, in caso di "difesa" opposta dall'ente, la polizia giudiziaria dovrà riscontrare, anche avvalendosi della collaborazione del rappresentante legale dell'ente laddove le esigenze investigative lo consentano e quest'ultimo non si avvalga della facoltà di non rispondere, se:

- sia stato preventivamente adottato un modello di organizzazione e di gestione idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi;
- il modello organizzativo adottato risponda ai requisiti di idoneità ed efficace attuazione previsti dalla normativa in commento;
- sia stato costituito l'organismo di vigilanza, verificando, in caso affermativo, i requisiti richiesti dalla norma nonché i poteri necessari per il corretto assolvimento dei suoi compiti;
- sussistano elementi di fatto che possano indurre a ritenere che il reato commesso costituisca l'esito finale della fraudolenta elusione del modello organizzativo;

mentre nel caso di reati commessi da soggetti "sottoposti", l'attività della polizia giudiziaria dovrà essere indirizzata a riscontrare se:

- sia stato preventivamente adottato un modello di organizzazione e di gestione idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi;
- in caso positivo, se lo stesso risponda ai requisiti di idoneità ed efficace attuazione previsti dalla normativa in commento, in modo tale da "vincere" la "*presunzione d'innocenza*" per l'ente di cui all'art. 7, comma 2.

Dallo schema sopra riportato, che ricalca le conclusioni emerse in sede giurisprudenziale, emerge chiaramente come l'accertamento di un concreto vantaggio o interesse per l'ente caratterizzi l'attività investigativa che dovrà *in primis* essere indirizzata nell'individuare se la condotta criminosa sia stata realizzata per raggiungere tali fini.

Le indagini in ordine al presupposto oggettivo della responsabilità rivestono un'importanza di assoluto rilievo nel contesto investigativo atteso che l'insussistenza di tale presupposto comporterà la chiusura degli accertamenti non potendosi procedere nei confronti dell'ente nel caso in cui l'indagato abbia agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi, posto che anche un interesse misto, cioè contestualmente proprio dell'ente e della persona fisica, risulta di per sé insufficiente a mandare esente da responsabilità la persona giuridica.

Ai fini della sussistenza della responsabilità in capo all'ente, occorrerà non soltanto che il reato sia ad esso riconducibile sul piano oggettivo, ma anche sul piano soggettivo, ossia, il reato dovrà costituire anche espressione della politica aziendale o quanto meno derivare da una colpa di organizzazione. Nel caso in cui autori del reato siano soggetti "apicali" l'ente dovrà provare l'idoneità del modello di prevenzione oltre alla concreta adozione dello stesso in ambito aziendale, con una evidente inversione dell'onere della prova. Qualora il reato sia stato commesso da soggetti sottoposti, l'onere probatorio si sposterà a carico degli organi inquirenti che, pertanto, dovranno svolgere in tal caso un ruolo più incisivo e penetrante, addentrandosi nelle procedure predisposte dall'ente per garantirsi da possibili implicazioni di natura illecita.

Con specifico riguardo ai modelli organizzativi adottati dall'ente, la polizia giudiziaria è chiamata ad acquisire tutti quegli elementi che consentano alla competente A.G. la necessaria valutazione sull'idoneità del modello e cioè sulla completezza, esaustività e specificità delle sue previsioni, in punto di individuazione e tipizzazione delle misure di organizzazione e di controllo, nonché sull'efficacia della sua attuazione, sulla concreta misurazione dei presidi predisposti alla realtà effettuale ed operativa.

In primis, dunque, l'attività investigativa dovrà essere indirizzata sul modello, sul suo contenuto dichiarativo e descrittivo; in secondo luogo, l'indagine dovrà focalizzarsi sull'efficacia del modello, comportando la valutazione di circostanze fattuali concrete e l'acquisizione di ulteriori dati ed elementi di natura obiettiva.

Al fine di fornire all'A.G. utili elementi di valutazione in ordine all'efficacia esimente dei modelli organizzativi rispetto ai reati commessi, la polizia giudiziaria dovrà, inoltre, verificare anche la conformità dei comportamenti concreti rispetto alle regole del modello atteso che le caratteristiche dello stesso talvolta possono di fatto concretizzarsi in una mera sovrastruttura formale, dando luogo alla mancata osservanza di regole, meccanismi e dispositivi.

Per quanto precede, così come è stato sottolineato in sede giurisprudenziale (cfr. Tribunale di Milano, Sez. XI con funzioni di riesame, ordinanza in data 20.12.2004), affrontando la responsabilità amministrativa degli enti emerge la natura complessa della fattispecie in questione includente diversi elementi, positivi e negativi, oltre che impeditivi e condizioni di procedibilità, che possono, sinteticamente, riassumersi come segue:

- *elementi positivi*:

- innanzitutto, la commissione, da parte di una persona fisica, del reato-presupposto, consumato o tentato, il cui titolo sia incluso nel "catalogo" dei reati-presupposto espressamente previsti dalla legge;
- sussistenza di un rapporto qualificato tra l'autore del reato-presupposto e l'ente, consistente nella posizione apicale alla stregua dell'art. 5 lett. a) ovvero nella posizione di sottoposto agli apicali alla stregua dell'art. 5 lett. b);
- interesse o vantaggio dell'ente tratto dalla commissione del reato-presupposto;

- *elementi negativi*:

- l'ente non deve essere territoriale, né pubblico, né di rilievo costituzionale (art. 1 comma 3);
- il reato non deve essere estinto per amnistia a meno che non sia rinunciata da parte dell'ente;

- *elementi impeditivi della responsabilità dell'ente*:

- adozione *ante factum* di un modello di organizzazione idoneo a prevenire reati della stessa specie di quello commesso;
- in caso di reato commesso da soggetto in posizione apicale:
 - .. affidamento del compito di vigilanza sulla osservanza del modello a soggetto con autonomi poteri di iniziativa e controllo;
 - .. commissione del reato con elusione fraudolenta dei modelli di organizzazione;
 - .. sufficiente vigilanza da parte dell'organismo di controllo di cui *supra*;
- eventuali condizioni di procedibilità per il reato presupposto (art. 37).

L'esito dell'attività investigativa condotta dalla polizia giudiziaria dovrà essere compendiato nell'ambito di apposita comunicazione di notizia di reato redatta a carico dell'ente, senza, peraltro, che da ciò discenda alcun vincolo cogente per l'A.G. destinataria che ben potrà, nell'ambito della sua autonoma valutazione, formulare considerazioni differenti sullo specifico aspetto.

Il *fac simile* di notizia di reato è riportato nell'**allegato n. 63 del documento on line (Volume IV) "Manualistica e documentazione di supporto"**.

3. L'accertamento della responsabilità amministrativa

Il fulcro della disciplina introdotta dal D. Lgs. n. 231/2001 è rappresentato dai criteri di imputazione, oggettivi (art. 5) e soggettivi (artt. 6 e 7), all'ente o persona giuridica della responsabilità amministrativa dipendente da reato.

a. L'accertamento dei presupposti "oggettivi"

(1) Il concetto di "interesse"

Il richiamo all'interesse dell'ente (quanto meno concorrente e da valutarsi *ex ante* rispetto al momento di realizzazione dell'illecito rilevante) colora in senso soggettivo la condotta delittuosa della persona fisica: pertanto, nel corso dell'attività investigativa sarà sufficiente accertare che il fatto sia stato commesso per favorire l'ente affinché questo ne risponda, indipendentemente dalla circostanza che quell'obiettivo sia stato conseguito, come chiarito anche in sede giurisprudenziale (*ex multis* cfr. G.I.P. presso Tribunale di Milano, ordinanza del 20.09.2004).

Anche solo l'intenzione dell'autore del reato di procurare un vantaggio alla persona giuridica è dunque presupposto autonomo e sufficiente a coinvolgere la responsabilità della persona giuridica. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla condotta di istigazione alla corruzione di cui all'art. 322 c.p. commessa dal direttore generale di una società operante con la pubblica amministrazione al fine di garantire alla propria azienda rilevanti commesse pubbliche: in tale ipotesi, anche se il fine del corruttore non viene realizzato, la sussistenza dell'interesse dell'ente risulta assolutamente indiscutibile, quasi *in re ipsa*.

Pur trattandosi di una valutazione assai delicata e complessa che spesso coinvolge profili di soggettività, è necessario che la polizia giudiziaria, comunque, fondi le proprie ipotesi investigative, laddove possibile, su un sicuro riscontro documentale. Sul punto si evidenzia che occorrerà procedere, o quanto meno acquisire elementi che consentano alla competente A.G. di giungere ad una valutazione finalistica della condotta realizzata dalla persona fisica onde riscontrare il fine e, pertanto, l'interesse perseguito. Infatti, in sede giurisprudenziale è stato chiarito che l'interesse, a differenza del vantaggio, si configura come "*finalizzazione oggettiva del reato ad una utilità economica per l'ente*", da valutare *ex ante* (cfr. Tribunale di Milano, Sez. I, Penale, sentenza in data 18 dicembre 2008). Da ciò consegue che l'interesse sarà sussistente anche nelle ipotesi in cui il vantaggio non si sia effettivamente realizzato.

Nelle ipotesi in cui dall'attività di polizia giudiziaria emerga che il reato della persona fisica non sia in alcun modo riconducibile all'ente perché non è stato realizzato nell'interesse di questo, si potrà ravvisare la "rottura" dello schema di immedesimazione organica, con la conseguenza che, emergendo per tal via la manifesta estraneità della persona morale, alla stessa nulla potrà essere contestato.

La Suprema Corte di Cassazione, con la sentenza n. 15641/2009, ha sottolineato come tale riscontro, prima da parte della polizia giudiziaria e poi da parte del Pubblico Ministero e del Giudice, deve essere particolarmente accurato e finalizzato a verificare se l'ente sia stato utilizzato come "schermo" per finalità esclusivamente personali degli autori del reato, evitando in tal modo di coinvolgerlo "*nelle azioni illecite degli amministratori in qualità di responsabile mentre in realtà può risultarne soltanto una vittima*".

Laddove, invece, emerga che l'autore abbia commesso il reato nel prevalente interesse proprio o di terzi, e l'ente non ne abbia ricavato vantaggio o ne abbia ricavato un vantaggio minimo, come già anticipato nella Parte I, Capitolo 6, paragrafo 2., lett. b., è prevista una riduzione della sanzione pecuniaria irrogabile (art. 12, comma 1, lett. a) e l'inapplicabilità di alcune sanzioni interdittive⁹¹.

⁹¹ Come si legge nella relazione illustrativa, "*la particolare tenuità ha ad oggetto non il reato, che potrebbe essere tutt'altro che lieve, ma l'illecito dell'ente, segnatamente il suo grado di coinvolgimento nell'illecito: coinvolgimento minimo*".

In altri termini, l'interesse dell'autore del reato può oggettivamente coincidere con quello dell'ente, ma la responsabilità di quest'ultimo sussiste anche quando, perseguendo il proprio autonomo interesse, l'autore del reato obiettivamente realizza (*rectius*: la sua condotta illecita appare *ex ante* in grado di realizzare) anche quello dell'ente.

Conseguentemente, il reato presupposto può essere funzionale al soddisfacimento dell'interesse concorrente di una pluralità di soggetti: può, cioè, essere un interesse "misto" (cfr. Cass., Sez. II, Penale, sentenza n. 3615/2006).

(2) Segue...e di "vantaggio"

Il requisito del vantaggio, la cui sussistenza dovrà essere accertata attraverso una valutazione obiettiva condotta a posteriori, è ancorato al risultato, rilevante prevalentemente sotto il profilo patrimoniale, che l'ente ha tratto, direttamente o indirettamente, dalla commissione dell'illecito, a prescindere anche dal fatto che chi l'ha commesso non abbia agito nel suo interesse.

In merito a quanto precede, in sede giurisprudenziale è stata statuita la rilevanza del vantaggio anche:

- non patrimoniale (cfr. G.I.P. presso Tribunale di Milano, ordinanza in data 20.09.2004, e Tribunale di Trani, sentenza in data 26.10.2009);
- indiretto (cfr. G.I.P. presso Tribunale di Milano, ordinanza del 12.03.2008 e Cass., Sez. II, Penale, sentenza n.15641/2009). In particolare:
 - il giudice meneghino ha riconosciuto la rilevanza anche di un vantaggio indiretto, sempre economicamente apprezzabile e derivante dalla commissione del reato-presupposto, costituito dalla possibilità per l'ente di essere più competitivo sul mercato rispetto ai concorrenti che gli hanno consentito, successivamente, l'aggiudicazione di una gara per effetto dei vantaggi illeciti (diretti);
 - il massimo Organo di legittimità ha affermato la rilevanza del vantaggio "indiretto" rappresentato dall'assunzione da parte dell'ente, per effetto della commissione del reato presupposto, di una posizione di quasi monopolio raggiunta nell'area geografica di riferimento.

In merito, sarà necessario individuare chi ha beneficiato del vantaggio derivante dalla condotta illecita posta in essere dalla persona fisica e l'eventuale beneficio che da tale comportamento possa essere derivato all'ente. L'apprezzamento di tale ultimo aspetto risulta di estrema importanza dovendosi considerare che proprio da questa valutazione potrà derivare la stessa punibilità dell'ente ed il conseguente suo assoggettamento a sanzione.

Sul piano investigativo, precisamente nella formazione della prova della responsabilità dell'ente, tenendo conto di quanto evidenziato nella relazione di accompagnamento al decreto in rassegna e secondo quanto statuito dal Tribunale di Trani con la più volte richiamata sentenza in data 26 ottobre 2009, il vantaggio dovrà essere valorizzato quale elemento apprezzabile *ex post* ma dimostrativo del suo interesse *ex ante*, tenendo conto che lo stesso è destinato a perdere vigore probatorio in presenza della prova positiva di un interesse esclusivo proprio o di terzi presente nella condotta tenuta da parte delle persone indicate nel primo comma dell'art. 5.

In questa sede è da rilevare come sul piano giurisprudenziale sia stato chiarito che il vantaggio non deve avere il carattere della permanenza essendo sufficiente quello della istantaneità, con la conseguenza che non assumerà rilevanza, ai fini di una possibile esclusione della responsabilità dell'ente, il fatto che il profitto derivante dal reato presupposto sia transitato solo momentaneamente nel suo patrimonio per poi

sia sul versante della colpevolezza, atteso che l'autore del reato ha agito per un interesse prevalentemente personale o di terzi, sia sul versante oggettivo, visto che nessun vantaggio, o comunque un vantaggio minimo, è stato ricavato dall'ente".

fuoriuscirne, posto che comunque si è realizzato, per un lasso più o meno lungo di tempo, un incremento di ricchezza. In merito a quanto precede, la Cass., II Sez. penale, nella sentenza n. 3615/2006, ha ribadito che “*ciò che avviene dopo resta perciò condotta “post factum...” inidonea ad “elidere il dato storico del profitto già conseguito dall’ente”*⁹².

Conclusivamente, tenendo conto delle indicazioni sopra riportate, emerge che l’attività investigativa della polizia giudiziaria dovrà essere finalizzata, in merito a tale aspetto, a verificare se il provento della condotta criminosa:

- sia rimasto nella disponibilità dell’ente (anche temporanea);
- ovvero sia stato reimpiegato per finalità “latamente societarie”⁹³.

(a) Il caso dei vantaggi cc.dd. “fortuiti”

Nel caso in cui dall’attività investigativa dovessero rilevarsi elementi tali da evidenziare che la condotta del reo posta in essere nell’interesse esclusivo suo o di terzi abbia prodotto effetti positivi (cc.dd. vantaggi “fortuiti”) nella sfera giuridica dell’ente, si reputa opportuno, pur ritenendo plausibile concludere per l’inesistenza di forme di responsabilità amministrativa in capo all’ente per le motivazioni esposte al precedente Paragrafo 3.a.(1), che l’eventuale sussistenza della sua responsabilità dovrà essere rimessa all’apprezzamento della competente A.G., evidenziando come sul punto sia possibile, in assenza di un consolidato orientamento giurisprudenziale, rilevare una duplice interpretazione, in accordo con quanto sostenuto in dottrina.

Nello specifico, da una parte vi è chi, richiamando anche la relazione illustrativa, ritiene nell’ipotesi in commento l’insussistenza della responsabilità dell’ente (in senso conforme cfr. Cass., Sez. VI, Penale, sentenza n. 32627/2006), risultando quest’ultimo completamente estraneo alla vicenda.

Altra interpretazione, muovendo dalla lettera dell’art. 5, comma 2, e sulla base di una lettura sistematica del decreto, conclude per la responsabilità dell’ente replicando, alle osservazioni secondo cui nel caso dei vantaggi fortuiti all’ente verrebbero imputati fatti che sfuggono alla propria sfera di controllo, che il legislatore ha inteso sollecitare le imprese all’adozione di modelli organizzativi tali da ampliare le proprie potenzialità di controllo all’interno dell’organizzazione aziendale, e idonei ad evitare, attraverso più sofisticate procedure interne, la consumazione di reati da parte dei propri apicali/sottoposti.

(3) L’ “interesse” ed il “vantaggio” nei reati colposi in materia di sicurezza sul lavoro

Tenendo conto di quanto sottolineato con riguardo ai concetti di “interesse” e di “vantaggio”, emerge immediatamente come le citate considerazioni, in ragione della diversità in punto di elemento soggettivo che caratterizza i reati colposi, non possono essere estese *sic et simpliciter* alle ipotesi di responsabilità dell’ente dipendente da uno dei reati-presupposto di cui all’art. 25-septies del D.Lgs. n. 231/2001.

In proposito, va osservato che il concetto di “interesse” dell’ente, che deve caratterizzare finalisticamente la condotta dell’autore del reato, potrebbe apparire non compatibile con l’agire colposo, stante l’assenza di coscienza e volontà che lo contraddistinguono, mentre sarebbe configurabile, e rilevante ai fini della sussistenza della responsabilità amministrativa, il solo “vantaggio” dell’ente, valutabile *ex post*, in funzione della

⁹² Nel caso di specie la Suprema Corte ha ritenuto sussistente il vantaggio nell’ipotesi di accreditamento sul c/c bancario riconducibile all’ente di un contributo da parte del già Ministero dell’Industria, indebitamente ottenuto e costituente l’illecito profitto del delitto previsto e punito dall’art. 640-bis, somma successivamente sottratta dall’amministratore.

⁹³ Come, a mero titolo esemplificativo, per l’acquisto di un cespite impiegato nel processo produttivo, ipotesi in cui sembra evidente come sarà assai difficile per l’ente medesimo negare la sussistenza del requisito del vantaggio previsto dalla norma di riferimento.

connessione che intercorre tra il reato e la vita dell'impresa e non attraverso l'accertamento dello scopo che ha ispirato l'autore del reato presupposto⁹⁴.

Sul punto, in sede giurisprudenziale, premettendo che i reati presupposto di cui all'art. 25-*septies* sono reati di evento e scaturiscono da una condotta colposa connotata da negligenza, imprudenza, imperizia oppure inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline, è stato sottolineato che se da un lato la morte o le lesioni rappresentano l'evento, dall'altro proprio la condotta è il fatto colposo che sta alla base della produzione dell'evento. Conseguentemente, è stato affermato che, allorquando nel realizzare la condotta il soggetto agisca nell'interesse dell'ente, la responsabilità di quest'ultimo risulta sicuramente integrata, così come, analogamente, nell'ipotesi in cui, realizzata la condotta, l'ente abbia tratto comunque vantaggio dalla stessa, ad esempio nella forma di un risparmio di costi, salva la previsione del secondo comma dell'art. 5.

Dall'orientamento giurisprudenziale sopra riportato discende che la polizia giudiziaria, di volta in volta, dovrà accertare:

- se la condotta che ha determinato l'evento (morte o lesioni personali) sia stata o meno determinata da scelte rientranti "oggettivamente" nella sfera di interesse dell'ente, evitando in tal modo un approfondimento sull'elemento finalistico della condotta, non richiesto per la stessa natura dei reati in esame;
- oppure, se la condotta medesima abbia comportato almeno un beneficio a quest'ultimo senza apparenti interessi esclusivi di altri, dovendosi in tal modo leggere la disposizione dell'art. 5, nella parte in cui richiede che i reati siano "commessi" nell'interesse o a vantaggio dell'ente (cfr. Tribunale di Trani, sentenza in data 29 ottobre 2009).

(4) I soggetti in posizione c.d. "apicale" ...

Il legislatore alla lettera a) dell'art. 5 ha previsto una formula elastica per individuare i soggetti in posizione c.d. "apicale", preferendola ad una elencazione tassativa difficilmente praticabile, in considerazione della eterogeneità degli enti e delle situazioni di riferimento (quanto a dimensioni e a natura giuridica). In tal modo, il legislatore del D.Lgs. n. 231/2001 ha marcato la disciplina con una connotazione oggettivo-funzionale, tale da assorbire la funzione apicale sia quando essa è rivestita in via formale sia in rapporto al suo "esercizio di fatto", riprendendo normativamente un orientamento consolidato formatosi in sede giurisprudenziale con riguardo alla figura dell'amministratore di fatto.

Conseguentemente, assumeranno rilevanza le condotte delittuose poste in essere nell'interesse o a vantaggio dell'ente:

- non solo dai soggetti con funzione di rappresentanza, di amministrazione o di direzione, quali, ad esempio:
 - il *legale rappresentante*, l'*amministratore unico* ovvero *delegato* (che rappresentano gli organi cui istituzionalmente i predetti poteri competono);
 - il *direttore generale* (che, nell'ambito di soggetti economici medio-grandi, esercita poteri di "governo" normalmente associati a funzioni di rappresentanza);
- ma anche da quei soggetti che esercitano un penetrante dominio sull'ente (c.d. controllo di fatto), qual è il caso:
 - dell'*amministratore di fatto*⁹⁵;

⁹⁴ Tale orientamento è peraltro contenuto nelle linee guida di Confindustria approvate dal Ministero della Giustizia in data 8 aprile 2008, laddove sul punto si legge che il "....criterio dell'interesse risulta tuttavia incompatibile con i reati di natura colposa, proprio perché non è configurabile rispetto a essi una finalizzazione soggettiva dell'azione. Pertanto, nelle ipotesi di commissione dei reati contemplati dall'art. 25 *septies*, la responsabilità prevista dal D.lgs n. 231/2001 è configurabile solo se dal fatto illecito ne sia derivato un vantaggio per l'ente, che, nel caso di specie, potrebbe essere rinvenuto in un risparmio di costi o di tempi ...".

- del socio c.d. “*tiranno*”, cioè non amministratore ma detentore della quasi totalità delle azioni che detta dall'esterno le linee della politica aziendale ed il compimento di determinate operazioni.

Proprio con particolare riferimento a tali ultime ipotesi è evidente come, sul piano dell'accertamento effettivo delle responsabilità, assumano assoluto rilievo le indagini di polizia giudiziaria attraverso le quali occorrerà riscontrare – al di là del dato formale – la sussistenza di poteri amministrativi “di fatto” cui la norma in commento correla sia la responsabilità penale di chi influenza le scelte degli amministratori “formali”, impartendo loro determinate direttive, sia, di conseguenza, la responsabilità dell'ente⁹⁶.

In materia di sicurezza del lavoro, analizzando brevemente le figure tipizzate dalla normativa primaria, titolari di obblighi di sicurezza, ed in particolare la loro posizione funzionale, è possibile concludere che alla categoria dei soggetti apicali vanno sicuramente ricondotte le figure del *datore di lavoro* e del *dirigente*, per la cui nozione si fa rimando all'art. 2 comma 1, rispettivamente, lett. b) e d) del D.Lgs. n. 81/2008, attuativo della L. n. 127/2007.

Infine, un aspetto della normativa in commento che merita attenzione è l'equiparazione operata ai soggetti che ricoprono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente, delle persone che rivestono le medesime funzioni in una sua “*unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale*”. Con tale previsione il legislatore ha voluto tener conto di un fenomeno in progressiva espansione che porta una categoria di soggetti, quali ad esempio i cc.dd. *direttori di stabilimento*, i *preposti ad una stabile organizzazione nazionale o estera*, in particolare nelle realtà più complesse, ad essere destinatari di una forte autonomia gestionale, e perciò sottratti al controllo delle sedi centrali⁹⁷. L'inclusione di questi soggetti all'interno della lettera a), e quindi tra i soggetti in posizione c.d. “apicale”, è suggerita, come spiega la relazione di accompagnamento, oltre che da ragioni di natura sistematica anche dall'osservazione del dato empirico. Tuttavia, resta fermo che, nel caso delle realtà economiche segnate da minore complessità, la carenza di autonomia finanziaria e funzionale, consentirà di degradare l'unità organizzativa dalla lettera a) alla lettera b) dell'art.5 (tra i soggetti cc.dd. “sottoposti”).

Con riguardo ai concetti di autonomia finanziaria e funzionale, in sede giurisprudenziale (cfr. Tribunale di Trani, sentenza del 29 ottobre 2009, più volte richiamata) è stato chiarito che la prima consiste nella sola possibilità di disporre di risorse finanziarie per il proprio settore di attività all'interno di una società e non concreta anche una diretta esposizione esterna con un proprio patrimonio verso terzi, caratteristica tipica dell'autonomia patrimoniale; mentre la seconda attiene al compimento di attività per il perseguimento di un obiettivo interno alla società, supportato solitamente da un sistema operativo selezionato per determinate materie o per qualificate branche di intervento sul mercato.

(a) La rilevanza della delega di funzioni

Nelle realtà economiche più complesse si ricorre all'istituto della delega di funzioni; strumento con il quale gli “apicali” trasferiscono taluna delle loro attribuzioni a

⁹⁵ Sempreché, come ha chiarito la Cass. sent. 22334/2011, sia provata la sua ingerenza nella gestione della società all'epoca dei fatti oggetto di contestazione in sede penale.

⁹⁶ All'interrogativo se, sulla base della lettera dell'art. 5, lettera b), che estende la disciplina a tutte le “*persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo*” dell'ente, con una portata estremamente ampia, e tenuto conto della non tassatività dell'elencazione contenuta nella lettera a) dello stesso articolo, fosse possibile ricomprendere tra i soggetti rilevanti anche i *sindaci*, ha risposto, in senso negativo, la stessa relazione illustrativa precisando che tali soggetti “*non esercitano un dominio penetrante sull'ente*”, difettando quella capacità di indirizzo gestionale che la norma richiede. Pertanto, resta escluso che si possa attribuire una responsabilità all'ente nell'ipotesi di una condotta delittuosa relativa allo svolgimento di una funzione che si risolve in un controllo sindacale di fatto.

⁹⁷ In tali ipotesi, come si rileva dalla Cass., ord. n. 11481/2011, l'equiparazione è tale da non richiedere la prova specifica di una delega *ad hoc* da parte del rappresentante legale (o della persona occupante una posizione organizzativa apicale) al preposto alla singola struttura o unità organizzativa autonoma.

determinati soggetti, dotandoli dei conseguenti poteri decisionali, nonché di un'autonomia operante sia sul piano gestionale sia su quello finanziario.

In presenza di tali condizioni, fermi restando eventuali profili di responsabilità in capo al delegante per *culpa in eligendo* o *vigilando*, tali soggetti, ancorché i loro poteri non siano originari diventano titolari, anche se solo con riferimento al settore di competenza, della funzione delegata, rientrando in tal modo nella categoria dei soggetti che ricoprono una posizione apicale. Ed infatti, ripercorrendo quanto più sopra argomentato con riguardo ai soggetti in posizione apicale, corre l'obbligo di richiamare la circostanza che il legislatore non ha inteso prevedere una elencazione tassativa dei soggetti "apicali", procedendo piuttosto ad individuare tale categoria di soggetti sotto un profilo oggettivo-funzionale, ovvero in considerazione della funzione apicale esercitata sia quando essa è rivestita in via formale sia in rapporto al suo "esercizio di fatto"⁹⁸.

Conseguentemente, *laddove sia effettivamente operante una delega di funzioni*, la condotta del delegato che nell'esercizio dei poteri delegati commetta uno dei reati presupposto nell'interesse o vantaggio dell'ente, oltre a riverberare effetti in termini di responsabilità penale personale, *assumerà rilievo anche ai fini dell'imputazione all'ente della responsabilità amministrativa ex D.Lgs. n. 231/2001*.

Sul punto, assumerà fondamentale importanza l'accertamento, nell'ambito delle indagini di polizia giudiziaria, della sussistenza dei requisiti sopra riportati⁹⁹ in presenza dei quali potrà dirsi effettiva, e quindi operante, anche ai fini di una imputazione delle conseguenti responsabilità in capo all'ente, la delega di funzioni assegnata.

Laddove, invece, dalle indagini di polizia giudiziaria dovesse emergere che la delega di funzioni avesse natura solo formale e non sostanziale, il delegato che commettesse un reato presupposto nell'interesse o a vantaggio dell'ente sarebbe da inquadrare non nella categoria dei soggetti in posizione c.d. "apicale" ma tra i cc.dd. "sottoposti", con le conseguenze che, in termini di onere probatorio circa l'idoneità del modello organizzativo adottato, sono già state anticipate *infra* e di cui si avrà modo di evidenziare nel dettaglio nei paragrafi che seguono.

Infine, qualora dall'attività investigativa dovesse emergere che il "delegato" abbia operato su direttiva del soggetto in posizione apicale, il conferimento della delega non farà degradare l'ipotesi in esame dalla previsione della lettera a) a quella della lettera b) dell'art. 5, con la conseguenza che rimarrà in capo all'ente l'assolvimento dell'onere probatorio di cui all'art. 6.

(5) Segue...e i cc.dd. "sottoposti"

Con la seconda categoria di persone fisiche la cui commissione di reati è suscettibile di impegnare la responsabilità amministrativa dell'ente, rappresentata dai cc.dd. "sottoposti", il legislatore ha voluto tener conto della crescente complessità delle realtà economiche disciplinate, evitando incoerenze dal punto di vista logico e politico criminale che

⁹⁸ Con specifico riferimento alla materia della sicurezza del lavoro e, conseguentemente, ai reati-presupposto di cui all'art. 25-septies del D.Lgs. n. 231/2001, introdotti dalla L. n. 123/2007, si sottolinea che il D. Lgs n.81/2008 (c.d. T.U. in materia di "Sicurezza sul lavoro"), all'art. 16 disciplina normativamente, per la prima volta, la delega di funzioni esercitabile dal datore di lavoro, ad eccezione delle ipotesi espressamente escluse di cui al successivo art. 17. Sul punto, la Cassazione, con sentenza n. 46747/2009, ha confermato l'applicazione della citata previsione normativa statuendo la responsabilità penale del rappresentante legale di una società (datore di lavoro) in assenza di una specifica ed espressa delega al "capocantiere" per omicidio colposo. Infine, sul punto, si segnala che il citato art. 16, nell'introdurre specifici limiti e condizioni all'esercizio della delega di funzioni, accettata per iscritto dal delegato e destinataria di adeguata pubblicità, sancisce che la stessa deve risultare da atto scritto recante data certa e che il delegato debba possedere tutti i requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate, nonché autonomia di spesa e tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate.

⁹⁹ Quali, a mero titolo esemplificativo, il conferimento di reali poteri decisionali e di una concreta ed operativa autonomia gestionale e finanziaria, necessari per assolvere correttamente le responsabilità derivanti dall'attribuzione delegata.

avrebbero portato all'affermarsi di una "irresponsabilità organizzata" e determinare una zona di impunità per l'ente.

Rientrano tra i cc.dd. "sottoposti", così come sottolineato dal G.I.P. presso il Tribunale di Napoli con ordinanza in data 26.06.2007, tutti quei soggetti che non godono di autonomia amministrativa ed organizzativa ma che devono rispondere alla direzione o alla vigilanza delle persone incaricate della rappresentanza o dell'amministrazione dell'ente stesso, o di una specifica unità organizzativa, come ad esempio un *direttore commerciale*, un *direttore esecutivo*,

Tali persone, agendo per conto dell'ente nell'ambito dei poteri loro affidati, ben possono rendersi autori di condotte illecite che riverberano i loro effetti nella sfera giuridica dell'ente stesso nei termini richiesti per configurarne la conseguente responsabilità amministrativa.

Per quanto precede, è plausibile ritenere che rientrino a pieno titolo tra i "sottoposti" i *dirigenti preposti alla tenuta delle scritture contabili*, figura di recente introduzione normativa, obbligatoria negli emittenti quotati aventi l'Italia come Stato membro di origine ed assegnataria di una funzione amministrativa di controllo, cui spettano compiti e poteri organizzativi, quali la predisposizione di adeguate procedure amministrative e contabili per la formazione del bilancio, e di attestazione sull'adeguatezza delle procedure e sulla congruità della formazione dei dati di bilancio, tali da non configurare quel penetrante "dominio" sull'ente richiesto dalla norma per poter essere qualificati soggetti "apicali"¹⁰⁰.

Non è necessaria, come emerge dal testo della norma, la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra l'ente ed il reo, essendo sufficiente che questi si trovi, a qualsiasi titolo, sottoposto alla direzione o alla vigilanza dei vertici dell'ente come nei casi di rapporti di collaborazione professionale con l'ente (si pensi a titolo esemplificativo e non esaustivo ai *collaboratori a progetto*, *stagisti*, *tirocinanti*, *prestatori di lavoro occasionale*).

Si pensi ancora, ad esempio, all'insieme dei rapporti inerenti alla distribuzione: *agenti*, *concessionari di vendita*, e così via, pur non essendo "subordinati" all'ente, subiscono compressioni anche significative della loro autonomia a favore dell'ente, e ben possono commettere reati nell'interesse dell'ente stesso. Con riguardo a tali figure pare difficile dubitare che sussista la responsabilità dell'ente posto che l'agente, di fatto, risulta sottoposto ad un vero e proprio potere di direzione in capo al preponente, anche perché diversamente argomentando si rischierebbe di consentire all'ente di sfuggire alla responsabilità ad esso imposta "semplicemente" avvalendosi di *collaboratori esterni* per la commissione dei reati, ovvero comunque tollerando attività illecite poste in essere a suo favore da tali soggetti.

Sulla base delle argomentazioni che precedono, con particolare riguardo al settore bancario/finanziario, si ritiene possano rientrare tra i "sottoposti", al verificarsi delle condizioni richieste dalla normativa in commento, anche i *promotori*¹⁰¹.

Analogamente argomentando, in sede giurisprudenziale sono stati fatti rientrare tra i "sottoposti" anche i *consulenti*, con ciò superando le conclusioni di quella dottrina che propendeva per una interpretazione restrittiva limitata all'*intraneus* (ossia a persone legate da un rapporto di dipendenza dall'ente).

¹⁰⁰ Sul punto, l'Assonime con la circolare n. 44/2009 ha evidenziato che quella del dirigente preposto è una nuova figura dirigenziale che si inserisce in un ufficio o funzione della società, cui è legata da un rapporto di lavoro, prevalentemente, di natura subordinata a tempo indeterminato sino alla revoca. Inoltre, nella citata circolare è chiarito che tale figura/funzione non può essere assolta da un amministratore, per chiare ragioni di tutela di una più efficiente organizzazione e di un miglior controllo dei rischi d'impresa, mentre può essere assunto dal direttore generale.

¹⁰¹ Si tratta di soggetti spesso legati al preponente da vincoli contrattuali tali che, se da un lato lasciano intatta l'autonomia formale della figura professionale, dall'altro obbligano, sostanzialmente, gli stessi a soggiacere ad un potere/dovere di controllo e di vigilanza da parte dell'ente preponente, previsto anche da altre espresse disposizioni normative. Tali figure agiscono per conto dell'ente nell'ambito dei poteri loro affidati, attraverso il cui esercizio ben possono rendersi autori di condotte illecite che riverberano i loro effetti nella sfera giuridica dell'ente stesso nei termini richiesti per configurarne la conseguente responsabilità amministrativa.

Tuttavia, il principio di stretta interpretazione impedisce che l'ambito di responsabilità dell'ente sia dilatato oltre misura attraverso interpretazioni non strettamente aderenti al tenore testuale delle norme, con la conseguenza che l'attività della polizia giudiziaria dovrà indirizzarsi nell'individuare ed analizzare quei rapporti di collaborazione esterna che appaiono maggiormente "a rischio", in considerazione del grado di subordinazione all'ente del collaboratore, e dei compiti affidatigli.

Sarà, dunque, di fondamentale importanza, in aderenza alla disciplina cui è improntata l'individuazione dei soggetti rilevanti individuati all'art. 5, piuttosto che fermarsi al dato formale, approfondire l'aspetto sostanziale della posizione rivestita e delle funzioni esercitate dal reo. Quanto precede è di assoluta rilevanza posto che in giurisprudenza è emerso come, tenuto conto dello specifico contesto di riferimento dell'ente e delle funzioni "di fatto" esercitate, l'autore di un reato presupposto rivestente la stessa qualifica (direttore esecutivo), in un caso sia stato inquadrato come soggetto in posizione c.d. "apicale" (cfr. G.I.P. presso il Tribunale di Milano, ordinanza in data 27.04.2004) ed in un altro come sottoposto all'altrui vigilanza e direzione (cfr. G.I.P. presso il Tribunale di Napoli, Sez. XXXIII, Penale, ordinanza in data 26.06.2007).

In materia di sicurezza sul lavoro nella categoria dei soggetti sottoposti ritroviamo il *preposto*, il *responsabile del servizio di prevenzione e protezione* (sempreché siano configurabili a suo carico specifici obblighi di garanzia) ed il *lavoratore* (per le cui definizioni si rinvia, rispettivamente, all'art. 2 comma 1 lett. e), f) ed a) del D.Lgs. n. 81/2008).

Per quanto concerne le figure del *progettista*, del *fabbricante*, del *fornitore* e dell'*installatore* (di cui, rispettivamente, agli artt. 22, 23, 24 del più volte citato decreto attuativo della L. n. 127/2007), qualora la violazione dei previsti obblighi di garanzia, quali l'attività di progettazione e produzione, fornitura e installazione per conto dell'impresa (da effettuarsi nel rispetto delle disciplina in tema di salute e sicurezza sul lavoro) generi uno dei reati presupposto ex art 25-*septies*, sussisterà conseguentemente la responsabilità dell'ente. Relativamente all'inquadramento di tali figure occorrerà analizzare le funzioni concretamente esercitate nell'ambito dei rapporti con l'ente al fine di valutare la loro appartenenza alla categoria dei sottoposti¹⁰².

Per quanto precede, assumerà particolare rilievo in tema di accertamento sia del rapporto di organicità tra l'ente e gli autori del reato, sia dell'appartenenza di questi ultimi alla categoria degli "apicali" piuttosto che a quella dei "sottoposti", l'attività investigativa della polizia giudiziaria che non potrà prescindere dalla necessaria acquisizione della:

- documentazione contabile ufficiale, tra cui a titolo meramente indicativo:
 - libri matricola;
 - contratti per i dirigenti;
 - libro delle assemblee, all'interno del quale potranno rinvenirsi le delibere assembleari con le quali vengono ratificati i poteri attribuiti ai dirigenti ovvero ad alcuni sottoposti;
 - contratti stipulati con collaboratori esterni, consulenti, agenti di vendita;
 - carte/mappe organizzative, da cui già visivamente sarà possibile acquisire informazioni sulla "posizione" occupata da un determinato soggetto all'interno della struttura societaria, fatta salva la verifica delle competenze oggettivo-funzionali;

¹⁰² In tale ambito, possono emergere alcuni dubbi in relazione alla figura del *medico competente* (definito dall'art. 2, comma 1 lett. h) del citato D.Lgs. n. 81/2008). In effetti, nell'esercizio della sua funzione di prevenzione antinfortunistica sul luogo di lavoro, il medico può agire quale lavoratore subordinato, ovvero nella veste di libero professionista quale collaboratore esterno. Nella prima ipotesi tale figura rientrerà *de plano* tra i soggetti sottoposti; analogamente, nella seconda ipotesi, sussistendo in concreto rapporti di direzione e controllo, anche quale collaboratore esterno, sulla base delle considerazioni sopra riportate, tale figura sarebbe inquadrabile nella categoria dei soggetti sottoposti.

- e di quella non ufficiale, che potrà essere costituita da agende, appunti manoscritti, e-mail e così via.

L'analisi della documentazione dovrà tener conto della realtà fattuale emergente (in particolare, negli enti a ristretta base manageriale), in modo tale da evitare qualsiasi conclusione che sia appiattita sul mero dato formale, privilegiando, di contro, una catalogazione dell'autore del reato in questa o in quella categoria fondata su un approccio che tenga conto del ruolo da quest'ultimo sostanzialmente ricoperto all'interno dell'ente.

A tal riguardo, l'effettuazione dei riscontri, anche di natura testimoniale, come l'escussione a sommarie informazioni, agevolano l'analisi fattuale degli accadimenti e delle responsabilità individuali.

Oltre a tale tipologia di riscontri, altri incroci ed acquisizioni di dati ed informazioni utili potranno essere possibili attraverso l'esame degli strumenti informatici in uso al soggetto economico oggetto del controllo.

In tal senso si rende necessario, al fine di non pregiudicare la regolarità procedurale nell'acquisizione, il ricorso a periti informatici nominati dal Pubblico Ministero. A tal riguardo, il direttore delle indagini valuterà, tenuto conto del contesto di riferimento, la possibilità e/o l'opportunità di interessare la competente A.G. al fine di ricorrere:

- all'ausilio della Polizia Postale e delle Comunicazioni, presente su tutto il territorio nazionale attraverso venti Compartimenti con competenza regionale e ottanta Sezioni con competenza provinciale, coordinate a livello centrale dal Servizio Polizia delle Comunicazioni. Ulteriori informazioni sono disponibili sul sito www.poliziadistato.it;
- al "supporto di conoscenze" e al "supporto tecnico logistico" del Nucleo Speciale Frodi Telematiche, reparto del Corpo specializzato nel contrasto agli illeciti economico-finanziari perpetrati per via telematica¹⁰³.

(6) L'accertamento dei presupposti oggettivi nei "gruppi societari"

Come già anticipato nella Parte I, Capitolo 2, paragrafo 3. del presente Volume, sul fronte dell'applicabilità del D.Lgs. n. 231/2001 ai *gruppi di società* il legislatore nulla prevede espressamente in merito all'eventuale influenza dei rapporti di gruppo (tra la controllante, c.d. *holding*, e le società soggette alla sua attività di direzione e coordinamento, sostanzialmente le controllate) sull'imputazione del reato agli enti ai fini della configurazione della loro responsabilità amministrativa, anche se è facilmente intuibile il pericolo di elusione della responsabilità attraverso lo sfruttamento strumentale della distinta soggettività delle società di un gruppo.

Infatti, non si può non rimarcare come l'evidenza empirica, cristallizzata anche in alcune pronunce giurisprudenziali, testimoni che, nelle ipotesi in cui una persona fisica commetta un reato nell'interesse della società, i vantaggi di tale condotta possano riflettersi sull'intero gruppo e non solo sulle singole società che lo compongono¹⁰⁴.

Per quanto precede assumeranno assoluta rilevanza le risultanze dell'attività investigativa che dovrà essere indirizzata, per valutare la sussistenza di profili di responsabilità penale-amministrativa in capo al "gruppo societario" ovvero alla controllante, all'accertamento dell'effettiva volontà che ha animato l'autore del reato presupposto al fine di far emergere un "interesse di gruppo", inteso quale interesse unitario da riferirsi direttamente alla holding o al raggruppamento imprenditoriale complessivamente inteso¹⁰⁵.

¹⁰³ Cfr. circolare 340000 in data 22.10.2004 del Comando Generale – I Reparto – Ufficio Ordinamento.

¹⁰⁴ A tal riguardo il G.I.P. presso il Tribunale di Milano, con ordinanza in data 20.09.2004, ha statuito che *"Nell'ipotesi di una pluralità di società operanti sotto la direzione unificante di una società capogruppo o holding, le società controllate rispondono amministrativamente per i reati commessi da un soggetto in posizione apicale nella società controllante nel caso in cui la capogruppo sia direttamente coinvolta nell'attività d'impresa delle partecipate e l'autore del reato abbia agito nell'interesse di queste ultime"*.

¹⁰⁵ Sul punto, il G.I.P. presso il Tribunale di Milano, con ordinanza in data 26.02.2007, ha statuito che *"ove si aderisse all'interpretazione restrittiva del concetto di "interesse dell'ente", si sposerebbe una visione inattuale dell'ente, concepito*

Il perseguimento di tale “interesse di gruppo” attraverso la commissione di un reato-presupposto da parte di un apicale ovvero di un sottoposto, come emerge da una consolidata giurisprudenza di merito e di legittimità, realizza una delle condizioni richieste ai fini dell'integrazione dei criteri d'imputazione oggettiva della responsabilità dell'ente.

Pertanto, laddove dalle indagini di polizia giudiziaria dovesse emergere che l'intendimento dell'autore del reato fosse stato effettivamente quello di far conseguire un vantaggio non solo alla società nella cui sfera giuridica ricadono gli effetti della condotta penalmente rilevante ma anche alla società che la controlla, posto che come già anticipato nel precedente paragrafo 3.a.(1) non è necessario che il reato sia commesso nell'interesse esclusivo dell'ente, non paiono esservi dubbi sulla configurabilità di responsabilità anche a carico della controllante che può trarre dalla commissione del reato un vantaggio:

- *diretto*, che può essere costituito non solo da componenti aventi natura economico-reddituale (es. ricavi o maggiori ricavi derivanti dall'aggiudicazione di appalti a seguito di attività corruttiva), ma anche da componenti di natura esclusivamente finanziaria ovvero patrimoniale (es. recupero di liquidità necessaria per un aumento di capitale a seguito della realizzazione di una condotta di agiotaggio manipolativo);
- ovvero *indiretto*, anche in termini di sinergie realizzabili tra le società del “gruppo”, con ciò realizzandosi quello che in sede giurisprudenziale è stato definito “vantaggio del gruppo”¹⁰⁶.

Analogamente, nel caso in cui il reato sia stato commesso con il concorso degli amministratori della capogruppo nell'ambito dell'attività di una controllata, sussisterà la responsabilità della prima (la capogruppo), per fatti di reato commessi nell'esercizio di attività di altre società (le controllate), solo ove sia possibile sostenere che l'interesse perseguito dalla controllata o il vantaggio da questa ottenuto si riverbera in maniera significativa sul patrimonio o sulle disponibilità della holding.

In tale ottica i legami, di fatto o di diritto, che qualificano i rapporti tra più enti (ovvero tra una persona fisica e una o più persone morali) e che possono essere inquadrati nella dimensione fattuale del gruppo, potranno eventualmente far ritenere che l'interesse perseguito dall'ente cui viene contestato l'illecito non sia ad esso esclusivo e che il suo soddisfacimento solo mediatamente si riverberi nel suo ambito, senza che ciò significhi che l'ente medesimo non vanti un interesse alla consumazione del reato, come richiesto dall'art. 5 del D. Lgs. n. 231/2001.

Da ciò discende che l'interesse dell'ente alla consumazione del reato-presupposto, ove necessario, non deve essere indotto dall'affermata esistenza di un distinto interesse proprio del gruppo a cui lo stesso ente è supposto appartenere, bensì dalla ricognizione in concreto dell'interesse perseguito attraverso la consumazione del reato e dalla verifica della sua riferibilità anche all'ente medesimo.

Quale corollario dell'affermazione della rilevanza di un “interesse di gruppo” discende, così come rilevato in sede giurisprudenziale (cfr. Tribunale di Milano, Sez. XI, in sede di

come una monade isolata all'interno del complesso sistema economico attuale, con conseguenti evidenti lacune di tutela tutte le volte in cui l'interesse perseguito sia ricollegabile non all'ente di cui fa parte l'autore del reato, ma ad una società controllata o controllante, oppure al gruppo nel suo insieme”, aggiungendo che “Il concetto d'interesse di gruppo, del resto, era già stato riconosciuto in una serie di decisioni di legittimità prima della riforma ed è stato espressamente preso in considerazione nella legge delega per la riforma del diritto delle società di capitali ed ha determinato l'inserimento nel codice civile delle norme di cui agli artt. 2497 e 2497 ter c.c.”.

¹⁰⁶ In merito a quanto precede si riporta l'esempio che segue. Si consideri l'ipotesi di una tangente pagata da un amministratore della società controllata, al fine di consentire a quest'ultima l'aggiudicazione di un appalto. Se la controllante svolge la medesima attività della società “figlia”, il vantaggio, in termini di benefici economici, derivante dall'aggiudicazione dell'appalto sarà “diretto” posto quest'ultimo verosimilmente genererà un incremento dei rapporti commerciali tra controllante e controllata. Se, invece, la capogruppo ha un oggetto sociale differente rispetto a quello della controllata, l'interesse/vantaggio sarà indiretto e connesso alla possibile distribuzione di dividendi da parte di quest'ultima società, in relazione all'utile realizzato a seguito dei ricavi rivenienti dall'aggiudicazione dell'appalto, ovvero all'incremento della partecipazione societaria detenuta dalla holding.

riesame, ordinanza in data 20.12.2004), che nei gruppi di società è da escludere, per gli inevitabili riflessi che le condizioni della società controllata riverberano sulla società controllante, sia che i vantaggi conseguiti dalla controllata, in conseguenza dell'attività della controllante, possano considerarsi conseguiti da un terzo, sia che l'attività di quest'ultima possa dirsi compiuta nell'esclusivo interesse di un terzo.

Conseguentemente, nell'ipotesi in cui sia riscontrata la sussistenza di un interesse di gruppo non potrà essere invocata dall'ente l'esimente di cui all'art. 5, comma 2.

Particolare attenzione dovranno prestare gli ufficiali e/o agenti di polizia giudiziaria operanti ai seguenti elementi:

- dimensioni di gruppo ridotte;
- presenza di partecipazioni totalitarie;
- scarsa autonomia decisionale palesata dagli organi di amministrazione di società controllate, posto che in tale ipotesi, oltre all'accentramento di alcune comuni funzioni (quali quelle di gestione amministrativo-contabile, di acquisti, ecc.), alla capogruppo potrebbe essere attribuita anche di fatto l'attività di gestione e controllo,

che potranno costituire preziosi indizi per presumere un'identificazione dell'interesse perseguito dalle controllate con quello della holding.

L'attività di polizia giudiziaria non potrà prescindere, in ogni caso, dall'esame della fattispecie concreta, dal momento che, come osservato in sede giurisprudenziale, andrà evitato ogni automatismo che renda la controllante, *“attraverso la mediazione dell'interesse collettivo del gruppo che guida, in pratica sempre e comunque responsabile per le scelte gestionali operate nell'ambito della controllata, qualora queste si manifestino attraverso la commissione di illeciti penali rilevanti ai fini dell'applicazione delle disposizioni del D.Lgs. n. 231/2001”*, nella considerazione che, se è pur vero che gli effetti di una condotta penalmente rilevante posta in essere nell'ambito della controllata si possano riverberare, pur indirettamente, sulla controllante, è altrettanto vero che la responsabilità di quest'ultima non può, tuttavia, discendere automaticamente dalla verifica del requisito del controllo societario.

Pertanto, la polizia giudiziaria, dopo aver indagato circa la sussistenza di un “interesse di gruppo”, dovrà investigare l'esistenza e la natura del rapporto della persona fisica che ha commesso il reato con le società controllate e la controllante, posto che soltanto ove l'autore o il coautore del reato siano legati, anche “di fatto”, alla capogruppo, o ad una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria o funzionale, da un rapporto qualificato (persone con funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione o loro sottoposti, o che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo della stessa), come prescritto dall'articolo 5, comma 1, sarà possibile ipotizzare una responsabilità penale-amministrativa.

In via esemplificativa, laddove l'amministratore della capogruppo abbia agito in concorso con quelli della controllata per la commissione di fatti di rilievo penale a “diretto” vantaggio della società controllata, ma nell'interesse anche della controllante, non potrà non essere ascritta anche alla controllante la responsabilità di cui trattasi.

La responsabilità della società controllante ex D. Lgs. n. 231/2001 può essere desunta anche ove esistano elementi per contestare alla persona fisica autore materiale della condotta penalmente sanzionata (inserita nell'organigramma societario della controllata) la qualifica di “amministratore di fatto” della capogruppo, da accertare sulla base dell'acquisizione di elementi probatori certi ovvero attraverso il ricorso a presunzioni qualificate, che consentano di rilevare la sussistenza di vincoli societari non formali ma fattuali¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Ai fini dell'individuazione del rapporto qualificato tra autori del reato presupposto e società capogruppo, andrà escluso il ricorso alla tesi secondo cui gli amministratori della controllata possano essere considerati *“persone sottoposte alla*

Occorre rilevare che assai esigue sono le pronunzie giurisprudenziali che hanno affrontato la tematica concernente l'imputazione della responsabilità da reato nell'ambito dei gruppi societari.

In tale ambito assumono, particolare rilievo le ordinanze emesse dal Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Milano il 20.09.2004, già più volte richiamata, e dallo stesso Tribunale, in sede di riesame del citato provvedimento, il successivo 14.12.2004 (in seno al medesimo procedimento cautelare); l'ordinanza del medesimo Giudice per le indagini preliminari del 26.02.2007, nonché la recente sentenza n. 24583/2011 della Corte di Cassazione, Sez. V, penale.

Dalle massime contenute nei provvedimenti sopra richiamati possono trarsi i seguenti principi utili ad orientare l'attività investigativa della polizia giudiziaria:

- la capogruppo, in forza dei poteri di direzione e controllo derivanti dalla sua posizione, è, in qualche misura, depositaria di un interesse "di gruppo", atteso che beneficia, anche indirettamente o potenzialmente, dei vantaggi conseguiti dalle controllate. Ciò che rileva è il fatto che la commissione del reato abbia lo scopo di permettere che sia conseguito un beneficio anche per la controllante;
- la nozione di interesse di "gruppo" deve essere ricercata *"nell'interesse di più società, non solo di quelle che direttamente hanno ottenuto i benefici ma anche delle controllanti, nella prospettiva della partecipazione agli utili"*;
- l'incertezza prospettica del vantaggio derivabile alla controllante (in termini di eventuale rivalutazione delle partecipazioni societarie detenute o di futura distribuzione di utili) ovvero, al limite, il mancato conseguimento di un vantaggio non sono idonei ad escludere l'interesse dell'ente alla commissione dei reati presupposto¹⁰⁸;
- l'esimente della responsabilità prevista dall'articolo 5, comma 2, individuabile nella circostanza che l'autore del reato abbia agito nell'interesse proprio o di terzi, non è richiamabile nei casi della specie, atteso che tra i "terzi" non può figurare la società controllante, considerato che gli interessi dei due enti (capogruppo e controllata) sono, sostanzialmente, coincidenti;
- in ogni caso, l'estensione della responsabilità alla società madre non è possibile indiscriminatamente, ma soltanto a condizione che il reato-presupposto sia stato commesso, anche a titolo di concorso, da un soggetto con cui la controllante vanti uno dei rapporti qualificati descritti dall'articolo 5¹⁰⁹, posto che non è sufficiente un generico riferimento al "gruppo" per affermare la responsabilità della *holding*.

In merito all'ultimo alinea, in presenza dell'interesse di gruppo, si possono delineare, per finalità meramente esemplificative, le seguenti casistiche:

- il reato è commesso da un dirigente non in posizione apicale della capogruppo, che dirige una società controllata dalla capogruppo: entrambe le società potranno essere

direzione" dei vertici della controllante, per il sol fatto che questa eserciti, ai sensi degli articoli 2497 e ss. del codice civile, funzioni di "direzione e coordinamento" sulle altre società del gruppo, dal momento che se si accedesse a tale conclusione ne conseguirebbe, anche in tal caso, un'automatica responsabilità della capogruppo anche per fatti ascrivibili esclusivamente ad amministratori della controllata.

¹⁰⁸ Ciò avuto anche riguardo al contenuto dell'articolo 12, comma 1, lettera a), del D. Lgs. n. 231/2001, che, come già evidenziato in precedenza, configura una speciale attenuante nel caso in cui l'ente non consegua un vantaggio economicamente apprezzabile, con la conseguenza che la fattispecie costitutiva della responsabilità prevista dalla norma citata rimane inalterata anche allorché non sia stato conseguito alcun vantaggio.

¹⁰⁹ Sulla necessità di un concorso di persone si è espresso con parere del 11.01.2005 anche il Consiglio di Stato, Sez. III, il quale, su richiesta del Ministero delle Attività Produttive, dopo aver chiarito che nel caso di gruppi societari, ove il provvedimento che irroga la misura cautelare faccia riferimento alla sola società capogruppo, lo stesso riguarderà esclusivamente quest'ultima e non le società partecipate o controllate, ha aggiunto che *"la responsabilità di altre società rientranti nel gruppo potrà ... ipotizzarsi solo quando sia dimostrato che i rispettivi soggetti in posizione apicale o i rispettivi dipendenti hanno contribuito alla commissione del reato in concorso con quelli della capogruppo, sempre che la singola società non possa produrre la prova liberatoria prevista dal ... primo comma dell'art. 6 del D. Lgs. n. 231/2001"*. In senso conforme, cfr. anche G.I.P., Sez. XXXIII, Penale, presso Tribunale di Napoli, ordinanza in data 26.06.2007.

imputabili in base al regime derivante dal rapporto proprio di ciascuna di esse con il reo;

- il reato è commesso da una persona che occupi una posizione apicale nella capogruppo e non ha formalmente nessun rapporto con le società controllate: in questo caso, sarà probabile l'imputabilità della capogruppo, mentre la responsabilità delle controllate potrà essere individuata solo laddove si possa ravvisare la *gestione e il controllo* di fatto di queste ultime da parte del reo;
- il reato è commesso da una persona che riveste un ruolo apicale in seno ad una controllata ma non abbia formalmente alcun rapporto di dipendenza dalla capogruppo: all'imputabilità della controllata potrebbe aggiungersi quella della capogruppo, laddove sia possibile dimostrare che chi dirige la controllata si trova in una situazione di sostanziale "sottoposizione" (dipendenza di fatto) dai vertici del gruppo;
- il reato è commesso da una persona che riveste una posizione non apicale nell'ambito di una controllata e che non abbia formalmente alcun rapporto con la capogruppo: le responsabilità della controllata saranno configurabili mentre quelle della capogruppo saranno ravvisabili soltanto in virtù di una eventuale dipendenza di fatto, peraltro indiretta, del personale della controllata dai vertici della capogruppo.

b. L'accertamento dei presupposti "soggettivi"

(1) L'efficacia esimente dei modelli organizzativi

Gli artt. 6 e 7 prevedono una forma di esonero da responsabilità qualora l'ente sia in grado di provare l'adozione (effettiva) e l'efficace attuazione di misure di organizzazione, gestione e controllo idonee a prevenire la commissione degli illeciti della specie di quello verificatosi. Tuttavia, l'effetto dell'esonero è incompleto se si osserva che il legislatore all'art. 6, comma 5, ha previsto che *"è comunque disposta la confisca del profitto che l'ente ha tratto dal reato, anche nella forma per equivalente"*.

Per "adozione" si intende la predisposizione del modello, quale regola (insieme di regole) per l'operare dell'ente. L' "efficace attuazione" ha riguardo, invece, al funzionamento concreto del modello in quella data situazione, con la conseguenza che la stessa dovrà essere esclusa ogni volta che il reato sia stato reso possibile da una qualche carenza nell'attività di altri soggetti, relativa a comportamenti facenti parte del modello. Ne consegue che l'uno e l'altro aspetto (adozione ed efficace attuazione) riconducono a poteri e doveri di direzione e di vigilanza di soggetti apicali, che non si esauriscono in un adempimento iniziale, ma persistono nel tempo, in forme corrispondenti alle diverse situazioni e al modello organizzativo in concreto adottato.

L'esclusione di responsabilità passa, pertanto, attraverso il giudizio sul c.d. "sistema preventivo" attuato dalla società, che l'organo giudicante penale, in occasione del procedimento a carico dell'autore dell'illecito, tenendo conto delle risultanze emerse nel corso dell'attività investigativa della polizia giudiziaria, dovrà formulare, valutandone sia l'idoneità a svolgere la funzione di prevenzione che la legge gli attribuisce, sia le effettive, concrete e dinamiche modalità con cui lo stesso è reso operante all'interno dell'ente. Tuttavia, come statuito dal G.I.P. presso il Tribunale di Milano, con ordinanza n. 4728/03 del 20.09.2004, *"il D. Lgs. n. 231/2001 non può essere interpretato nel senso di una intromissione giudiziaria nelle scelte organizzative dell'impresa ma nel senso di una necessaria verifica di queste scelte con i criteri di cui allo stesso decreto"*.

Ed è proprio sulla verifica della sussistenza di tali elementi, la cui carenza è sintomatica di una "colpa in organizzazione" dell'ente, che dovrà essere indirizzata l'attività degli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria che dovranno acquisire ogni elemento probatorio utile per consentire all'A.G. competente una valutazione, discrezionale, dell'idoneità e congruenza dei modelli assunti dall'ente in chiave di prevenzione del reato, da verificare in concreto, senza che ad essi possa aprioristicamente attribuirsi alcuna efficacia scusante.

Pertanto, l'ente non potrà invocare il beneficio dell'esimente per il solo fatto che si sia volontariamente conformato alle prescrizioni facoltative del decreto, mentre lo stesso sarà fruibile, pur quando un reato si sia realizzato, allorché sia stata compiuta una congrua azione preventiva della *species* di reati e quello realizzatosi non derivi causalmente dal comportamento negligente dell'ente, non potendosi ritenere che il requisito dell'efficacia del protocollo preventivo equivalga a *"onnipotenza dello stesso"*.

In tale ambito, assumeranno particolare rilievo le emergenze dell'attività investigativa che, al di là delle verifiche classiche dei presupposti giuridici di responsabilità, per assicurare solidità alle proprie conclusioni, dovrà analizzare, anche secondo sostanziali profili economici, l'organizzazione interna della persona giuridica e la conseguente corretta costituzione sia di norme etiche preventive sia, soprattutto, delle regole di sorveglianza difensiva sui fatti.

Tale attività di ricognizione preventiva si rende indispensabile per procedere ad una ricostruzione *ex ante* dell'idoneità del modello, prescindendo dal risultato concreto della mancata prevenzione del reato; ricostruzione che dovrà essere calibrata sull'allocatione del rischio reato, sulla natura, struttura e dimensione dell'ente.

Dall'analisi degli artt. 6 e 7 emerge che l'efficacia esimente dei modelli organizzativi in presenza dei quali potrà scattare l'impunità dell'ente è diversa a seconda del soggetto che commette il reato. Infatti, rispetto al reato di un soggetto "apicale" (art. 6), il corretto funzionamento di un modello idoneo è requisito necessario, ma non sufficiente: l'esonero dell'ente da responsabilità si ha solo quando il soggetto apicale abbia commesso il reato *"eludendo fraudolentemente" il modello, agendo non solo "in contrasto con le regole, ma in modo da frustrare, con l'inganno, il diligente rispetto delle regole da parte dell'ente nel suo complesso"*.

Invece, nell'ipotesi di reato commesso dai soggetti "sottoposti" (art. 7) l'assenza di colpe "a monte" (nella struttura del modello organizzativo, ovvero nella sua attuazione da parte dei soggetti sovraordinati) esclude la responsabilità dell'ente, a meno che dall'attività investigativa non emerga che la realizzazione del reato-presupposto consegue all'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza, che si sostanziano nell'adozione ed efficace attuazione, prima della realizzazione della condotta illecita, di un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della stessa specie di quello verificatosi.

(2) Rilevanza della distinzione tra soggetti "apicali" e "sottoposti" ed onere probatorio

Il decreto in esame ha previsto due distinte architetture di modelli organizzativi in relazione all'obiettivo del controllo: da un lato, quella volta a prevenire i reati commessi dai dipendenti dell'ente (art. 7); dall'altro, quale assoluta novità a livello internazionale, quella finalizzata a prevenire i reati commessi dai soggetti in posizione apicale (art. 6) i quali, in virtù del principio dell' "immedesimazione organica", rappresentano l'espressione della volontà e della politica dell'ente, in nome e per conto del quale agiscono.

La distinzione sopra evidenziata è di notevole rilevanza perché si configura ben diversamente l'onere probatorio in caso di adozione del modello organizzativo da parte dell'ente.

Nel caso in cui il reato sia stato commesso da soggetti in posizione "apicale" l'ente, pur in presenza di un modello organizzativo ritualmente predisposto, dovrà provarne l'idoneità a prevenire i reati, oltre alla sua concreta adozione nell'ambito aziendale, dimostrando anche che sia stata realizzata da parte dell'autore dell'illecito una condotta fraudolenta elusiva delle prescrizioni ivi contenute in presenza di un'adeguata vigilanza da parte dell'organismo a ciò preposto.

Nel caso di reato commesso da soggetti "sottoposti" l'onere probatorio (circa l'idoneità del modello) sarà a carico dell'accusa, posto che l'art. 7, al comma 2, introducendo una presunzione *iuris et de iure*, esclude l'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza,

fonte della responsabilità amministrativa dell'ente nel caso di reati commessi da soggetti eterodiretti, nel caso di preventiva adozione di un modello di organizzazione, gestione e controllo (cfr. Cfr. G.I.P., Sez. XXXIII, presso Tribunale di Napoli, ordinanza del 26.06.2007).

La giustificazione di tale differenziazione legislativa (e del conseguente onere probatorio) viene esplicitata e giustificata nella relazione governativa con la circostanza che il soggetto in posizione apicale "*esprime e rappresenta la politica dell'ente*": il che equivale a dire che in tal caso la commissione del reato è - essa stessa - espressione della politica aziendale.

(a) Modelli organizzativi e reati commessi dagli "apicali"

La circostanza che il reato-presupposto sia stato commesso da un soggetto in posizione apicale comporta, secondo le statuizioni dell'art. 6, c. 1, che "*l'ente non risponde se prova*":

- di aver adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;
- di aver affidato ad un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curare il loro aggiornamento;
- l'elusione fraudolenta dei modelli di organizzazione e di gestione da parte delle persone che hanno commesso il reato;
- l'insussistenza di una omessa o insufficiente vigilanza da parte del citato organismo di controllo.

Dal tenore letterale della norma emerge chiaramente che quanto previsto dalle lettere da b) a d) costituisce ulteriore specificazione di quanto indicato sub a); ciò che rileva in primo luogo è, dunque, l'adozione di modelli di organizzazione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi (cfr. Tribunale di Milano, Sez. X, Penale, sentenza n. 3300 in data 31 luglio 2007).

La costruzione legislativa fa emergere una forma di responsabilità presunta (*iuris tantum*) che ammette prova contraria: l'estraneità che la *societas* deve dimostrare rispetto al reato commesso dal soggetto apicale richiede *la prova della contemporanea sussistenza* dei citati requisiti *ciascuno dei quali diventa necessario, ma non per sé sufficiente, ad escludere la responsabilità dell'ente*.

Per quanto precede, pertanto, non dovrà essere il Pubblico Ministero, e per esso la polizia giudiziaria delegata, a provare la colpa in organizzazione dell'ente, ma l'onere di dimostrare la propria "innocenza" sarà a carico dell'ente stesso, il quale, se vorrà trovarsi indenne da sanzione, dovrà dimostrare di aver fatto tutto quanto richiesto per evitare il reato, con una evidente inversione dell'onere della prova.

Per quanto precede, per la polizia giudiziaria, come già anticipato al precedente paragrafo 2., nell'ipotesi di reato-presupposto commesso da soggetti apicali, sarà sufficiente acquisire in sede investigativa elementi probatori in ordine alla:

- realizzazione di un reato-presupposto per l'attribuzione all'ente della responsabilità amministrativa;
- natura dell'ente/soggetto collettivo al fine di verificare se esso rientri tra i destinatari delle prescrizioni del D. Lgs. n. 231/2001;
- sussistenza di un interesse o vantaggio di cui l'ente abbia, anche solo in parte, beneficiato;
- sussistenza di un rapporto qualificato tra l'autore del reato presupposto e l'ente.

Inoltre, è da sottolineare la rilevanza della previsione dell'art. 6, c. 1, lett. c) che fa sì che non sia sufficiente, contrariamente ai "sottoposti", l'idoneità del modello ad escludere l'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza, ma occorre che il modello sia eluso fraudolentemente: l'esimente postula una vera e propria "infedeltà" del soggetto apicale che, secondo le parole della relazione, *"agisce contro l'interesse dell'ente al suo corretto funzionamento"*.

In conseguenza di ciò, il modello dovrà essere congegnato in modo da risultare ragionevolmente a prova di frode, in relazione al rischio reato.

Nelle ipotesi di reati-presupposto dolosi il modello e le relative misure devono cioè essere tali che l'agente non solo dovrà "volere" l'evento reato (ad esempio corrompere un pubblico funzionario) ma potrà attuare il suo proposito criminoso soltanto aggirando fraudolentemente (ad esempio attraverso artifici e/o raggiri) le indicazioni dell'ente.

Con riguardo, invece, ai reati-presupposto colposi, introdotti all'art. 25-septies dalla L. n. 123/2007, poiché gli stessi devono essere voluti dall'agente solo come condotta e non anche come evento, ne consegue che non sarà richiesta l'elusione fraudolenta dei modelli organizzativi che potrebbe risultare incompatibile con l'elemento soggettivo dei citati reati-presupposto, ferma restando la violazione del sistema di controlli preventivi, nonostante la puntuale osservanza degli obblighi di vigilanza da parte dell'apposito organismo¹¹⁰.

Quindi, la prova che dovrà fornire l'ente collettivo per vincere la sopra richiamata presunzione di colpevolezza si presenta particolarmente difficile e complessa.

A tal riguardo occorre segnalare che il G.I.P. presso il Tribunale di Milano, con sentenza del 17 novembre 2009, dopo aver accertato la preventiva adozione del modello di organizzazione e gestione, ne ha riconosciuto l'efficace attuazione, individuando nella mancata osservanza delle procedure ivi contenute da parte dei soggetti in posizione apicale quell'elusione del modello in presenza della quale è possibile disconoscere la riconducibilità all'ente, in punto di responsabilità amministrativa, della condotta tenuta dagli autori dei reati-presupposto.

Trattandosi di una delle prime pronunce con cui è stata riconosciuta efficacia esimente al modello organizzativo preventivamente adottato dall'ente, e nell'attesa del consolidarsi di un orientamento giurisprudenziale, occorre sottolineare come dal contenuto della sentenza non emergano particolari spunti in merito alla "fraudolenza" con cui sarebbe stata posta in essere l'elusione del modello da parte degli apicali, né viene in evidenza alcun approfondimento sulla ricorrenza delle altre condizioni co-essenziali richieste dall'art. 6, comma 1, del D. Lgs. n. 231/2001, con particolare riguardo alla omessa o insufficiente vigilanza dell'organismo a ciò preposto.

(b) Modelli organizzativi e reati commessi dai "sottoposti"

Indubbiamente meno gravosa per l'ente è la disciplina relativa al reato commesso dai sottoposti, prevista dall'art. 7, ove si statuisce, invece, che *"l'ente è responsabile se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza"*.

In questa ipotesi la responsabilità dell'ente non è presunta ma andrà provata dal Pubblico Ministero, su cui ricade l'onere di provare la mancata adozione ovvero la mancata attuazione del modello adottato dall'ente, posto che, qualora il reo sia un sottoposto, viene meno quel nesso "ontologico" tra stato soggettivo del reo e "colpa"

¹¹⁰ Sul punto la relazione di accompagnamento evidenzia che, affinché venga meno la responsabilità dell'ente, non è sufficiente che ci si trovi di fronte ad un apicale infedele, ma si richiede, altresì, che non sia ravvisabile colpa alcuna da parte dell'ente stesso, il quale – attraverso il suo ODV – deve aver vigilato anche sull'osservanza dei programmi intesi a conformare le decisioni del medesimo secondo gli standard di "legalità preventiva".

dell'ente che giustificava la presunzione di colpevolezza fondata sul principio dell'immedesimazione organica.

Pertanto, la responsabilità potrà essere esclusa (questa volta "in via indiretta") a fronte della preventiva adozione ed efficace attuazione di un idoneo modello di organizzazione, gestione e controllo (che rappresenta di per sé adempimento dei doveri di direzione e controllo e dunque motivo di esonero da responsabilità), con la conseguenza che di per sé la commissione del reato-presupposto non è prova dell'inefficienza del modello.

Tale conclusione trova la sua giustificazione nell'espressione "*in ogni caso*" che apre il comma 2 dell'art. 7, nonché nella disposizione della lett. a) del successivo comma 4, a mente del quale il modello per essere considerato efficace, deve essere modificato "*quando sono scoperte significative violazioni delle prescrizioni*".

Allo scopo di definire in termini più specifici il tipo di comportamento concretamente richiesto alla persona giuridica, l'art. 7, proseguendo, dispone che l'ente si doti di un modello organizzativo che preveda misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare, tempestivamente, situazioni di rischio, con l'intenzione di fornire un ausilio interpretativo finalizzato a specificare con maggiore precisione a quali condizioni ricorra la "colpa" dell'ente.

L'ente, pertanto, dovrà dotarsi di modelli organizzativi con un'architettura differenziata in relazione al rischio reato da prevenire, con il conseguente onere di assumere le idonee misure organizzative e materiali. Nella relazione illustrativa è chiarito che le previsioni non intendono essere tassative e fanno comunque salvi ulteriori protocolli comportamentali che, nel caso concreto, consentano di "azzerare o di minimizzare il rischio".

Così come nel caso degli "apicali", al momento dell'adozione del modello deve necessariamente seguire quello del suo effettivo funzionamento, tant'è che l'art. 7, comma 4, ai fini della sua efficace attuazione prescrive che il modello debba essere costantemente aggiornato e che sia introdotto un sistema disciplinare funzionante.

La diversità fra le due previsioni, in conclusione, non attiene al contenuto della colpa, che è e rimane una *colpa in organizzazione* del tutto sovrapponibile a quella prevista per il fatto degli apicali, ma ruota attorno all'efficacia esimente dell'adozione del modello organizzativo che si presume, solo con riferimento ai sottoposti - atteso il profilo più basso del soggetto cui si rivolge -, idoneo a consentire l'impedimento del reato.

(c) Modelli organizzativi e reati colposi

In materia di reati colposi, il legislatore del D. Lgs. n. 81/2008, all'art. 30, dispone che "*il modello di organizzazione e gestione ... di cui al Decreto Legislativo 8 giugno 2001 n. 231, deve essere adottato ed efficacemente attuato ...*".

A tal riguardo, occorre rilevare, preliminarmente, la differenza terminologica utilizzata rispetto al D.Lgs. n. 231/2001, che ha ingenerato interrogativi circa l'esistenza di un vero e proprio obbligo giuridico in capo all'ente di adozione del modello organizzativo.

Sul punto, rinviando alle riflessioni evidenziate nella Parte I, Capitolo 5, paragrafo 2.a. ed evidenziando l'assenza di una specifica e diretta previsione sanzionatoria conseguente alla mancata adozione del modello organizzativo, si ritiene, anche sulla base di una interpretazione sistematica del contesto normativo di riferimento in cui le disposizioni in tema di responsabilità amministrativa contenute nel citato D.Lgs. n. 81/2008 devono essere lette in combinato disposto con quelle di cui al D.Lgs. n. 231/2001, che l'inciso "*deve essere adottato*" deve essere inteso nel senso che "*per avere efficacia esimente il modello deve essere adottato ed efficacemente attuato*", con ciò confermando la non obbligatorietà di adozione.

L'art. 30 si preoccupa, inoltre, di delineare gli obiettivi da perseguire e i contenuti che devono caratterizzare il modello organizzativo, di cui si dirà oltre, affinché lo stesso possa essere giudicato idoneo a prevenire la commissione di reati della stessa specie di quelli in esame.

In tale ambito, assume particolare rilievo la previsione del comma 5 secondo cui, *“in sede di prima applicazione, i modelli di organizzazione aziendale definiti conformemente alle Linee guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL) del 28 settembre 2001 o al British Standard OHSAS 18001:2007 si presumono conformi ai requisiti di cui al presente articolo per le parti corrispondenti”*. Con tale disposizione, il legislatore per la prima volta dall'entrata in vigore del D. Lgs. n. 231/2001 ha espressamente riconosciuto la possibilità di adottare modelli organizzativi conformi alle linee guida UNI-INAIL.

Con riguardo all'efficacia esimente di tali modelli di organizzazione, in relazione alla commissione dei reati-presupposto da parte di soggetti in posizione apicale ovvero dei sottoposti, valgono le considerazioni sopra riportate.

Tuttavia, tenuto conto della diversa natura dei reati presupposto di cui all'art. 25 *septies*, si assiste ad una limitazione della dimostrazione della “non colpevolezza” dell'ente stesso: in particolare, a differenza degli altri reati-presupposto, con riguardo ai reati colposi l'ente sarà ritenuto responsabile indipendentemente dalla coscienza e volontà della commissione del reato da parte dell'autore.

(3) L'efficacia esimente dei modelli organizzativi predisposti da società straniere, operanti in Italia, in aderenza alle disposizioni normative del proprio ordinamento giuridico

L'applicazione del D. Lgs. n. 231/2001 a società straniere pone il problema del riconoscimento da parte dell'ordinamento italiano dell'efficacia esimente dei modelli organizzativi adottati in base alle leggi, ovviamente straniere, che regolano tali società.

Sul punto si ritiene che, laddove il modello di organizzazione, gestione e controllo già attuato dalla controllante ai sensi di pratiche e norme straniere risponda, altresì, ai requisiti previsti dalla normativa in commento, esso potrà ritenersi valido e, se efficacemente attuato, assicurerà all'ente uno “scudo protettivo” (*rectius*: efficacia esimente) da eventuali responsabilità¹¹¹.

Non è detto, tuttavia, che il modello risponda esattamente ai contenuti fissati dall'articolo 6 del decreto¹¹². In tale ipotesi, si può ritenere che l'effetto esimente da responsabilità, sempre con riguardo alla capogruppo straniera, possa verificarsi soltanto per i reati commessi da suoi soggetti “subordinati”, in relazione ai quali l'articolo 7 del decreto (a differenza dell'articolo 6 riguardante i soggetti “apicali”) non precisa le caratteristiche formali dei modelli e non prevede la presenza dell'organismo di vigilanza, ritenendo espressamente sufficiente, in chiave esimente, l'idoneità, l'adozione e l'efficace attuazione del modello organizzativo.

Per quanto precede, in ipotesi della specie, la polizia giudiziaria dovrà indirizzare l'attività investigativa in modo tale da acquisire elementi probatori che consentano di individuare nei modelli organizzativi redatti in conformità ad ordinamenti stranieri, tralasciando ogni difformità meramente formale, eventuali sostanziali e rilevanti differenze ovvero carenze contenutistiche rispetto ai requisiti previsti dalla normativa nazionale di riferimento in presenza dei quali viene riconosciuta efficacia esimente al modello adottato.

¹¹¹ Cfr. *Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex D. Lgs. n. 231/2007* elaborate da Confindustria.

¹¹² Potrebbero, ad esempio, non essere state individuate specificamente le attività a rischio reato ovvero potrebbe non essere presente, nella capogruppo, un organismo di vigilanza con le caratteristiche prescritte.

4. Modelli organizzativi: idoneità ed efficace attuazione

Come già è stato anticipato *infra*, affinché il modello organizzativo assolva la sua funzione di “scudo” per l’ente in chiave di protezione da eventuali responsabilità ex D. Lgs. n. 231/2001, è necessario non solo che lo stesso sia adottato, ma anche sia idoneo ed efficacemente attuato.

a. L’idoneità del modello ...

La normativa di riferimento (D. Lgs. n. 231/2001 e D.M. n. 201/2003) non delinea esplicitamente i contenuti (elementi costitutivi, comportamenti, adempimenti e simili) del “modello di organizzazione” che appare sfuggente, concettualmente, se inteso nella sua accezione formale.

Tuttavia, sul piano oggettivo, il modello è sufficientemente identificabile in funzione degli obiettivi cui esso è destinato, e può descriversi come un sistema strutturato ed organico di procedure nonché di attività di controllo, da svolgersi anche in via preventiva (controllo *ex ante*), strumentale alla prevenzione dei reati responsabilizzanti ai sensi del D. Lgs. n. 231/2001.

Più semplicemente, i modelli organizzativi svolgono il ruolo, all’interno dell’ente, di veri e propri sistemi operativi, che operano quali sensori dei rischi reato, al fine di svolgere contemporaneamente sia un’efficace attività di monitoraggio e di segnalazione, sia una reale attività di prevenzione.

L’ “idoneità” del modello organizzativo va misurata in relazione al fine di evitare la commissione di reati di un dato tipo, e può essere definita come la sua adeguatezza alla specifica struttura ed alla concreta attività dell’ente, intesa sia nei rapporti interni sia nelle relazioni esterne, che non può non passare attraverso l’acquisita consapevolezza della possibile realizzazione di condotte illecite nello svolgimento dell’attività dell’ente, nel suo interesse ed a suo vantaggio.

Ed infatti, è all’idoneità del modello che attengono i requisiti contenutistici previsti dagli artt. 6, comma 2, e 7, comma 4, con formulazioni differenti.

Nel caso in cui si realizzi la commissione di uno dei reati presupposto da parte degli “apicali”, il modello dimostratosi sostanzialmente inadeguato ad impedire la realizzazione della condotta illecita sarà giudicato, comunque, idoneo in presenza delle condizioni previste dall’art. 6, comma 1, lettere c) e d), ossia nei casi in cui l’autore del reato abbia agito violando “fraudolentemente” il sistema dei controlli apprestato con il modello e non vi sia stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell’organismo a ciò preposto. Idoneità che, a differenza dell’ipotesi di reato presupposto commesso da un sottoposto in presenza di un modello organizzativo adottato dall’ente, spetterà a quest’ultimo dimostrare per effetto della prevista inversione dell’onere probatorio.

Conseguentemente, l’approccio della polizia giudiziaria dovrà atteggiarsi in maniera differente. Infatti, nell’ipotesi in cui il reato presupposto sia commesso da un soggetto apicale, discendendo la responsabilità amministrativa dell’ente quale naturale corollario, la polizia giudiziaria dovrà valutare la validità degli elementi adottati dall’ente a propria difesa secondo le previsioni del paradigma normativo di cui all’art.6, accertandone o meno l’esistenza, ovvero misurandone l’effettiva portata. Nel caso di reato presupposto commesso da un sottoposto, perché possa configurarsi una responsabilità amministrativa dell’ente, la polizia giudiziaria dovrà provare l’inefficienza dei modelli adottati ovvero il mancato rispetto degli obblighi di vigilanza da parte degli organi preposti.

Sul punto si rammenta che non è richiesto dalla normativa che il modello annulli completamente il rischio di verifica dei reati presupposti ma che lo definisca e lo tenga sotto controllo mediante un’azione dispiegata con continuità: il modello dovrà presentare quei requisiti di efficienza, praticabilità e funzionalità, in grado ragionevolmente di disinnescare le fonti di rischio.

Ai fini dell'elaborazione dei modelli, che devono essere costruiti secondo uno schema che riprenda i processi di *risk assessment* e *risk management* normalmente attuati nelle imprese, la relazione illustrativa evidenzia come la normativa preveda una maggiore tipizzazione dei modelli validi per i vertici, come risulta dal disposto dell'art. 6, comma 2, che tratteggia un modello ben strutturato, con un contenuto minimo obbligatorio e non derogabile.

Mentre l'art. 7 si limita a disporre che il modello preveda, tenuto conto della natura e delle dimensioni dell'ente, e del tipo di attività svolta, "*misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge, e a coprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio*", l'art. 6, comma 2, riporta in 5 lettere le "esigenze" cui i modelli devono rispondere, per essere considerati validi ai fini esimenti che giustificano la loro creazione.

Pur nella considerazione della diversità del materiale normativo sopra richiamato, che potrebbe indurre a ritenere che in funzione dei potenziali autori del reato-presupposto (apicali ovvero sottoposti) si possano adottare due diversi modelli organizzativi con caratteristiche strutturali differenti, si ritiene, sulla base di un'interpretazione unitaria delle due disposizioni citate ed in virtù delle indicazioni contenute nella relazione illustrativa, che il modello di organizzazione, gestione e controllo di cui deve (*rectius*: ha l'onere di) dotarsi l'ente debba essere unico, ma delineato in modo tale da corrispondere contemporaneamente alle esigenze richieste dalle disposizioni in riferimento.

Tenendo conto delle indicazioni normative, nonché dell'elaborazione giurisprudenziale prodotta sulla specifica materia, è possibile sintetizzare gli obiettivi, i contenuti e la struttura dei modelli organizzativi come segue, segnalando, come già *infra* evidenziato, che la valutazione (prognostica) circa l'idoneità e l'efficace attuazione dei citati modelli, ai fini di un eventuale esonero da responsabilità dell'ente, è rimessa comunque alla competente A.G. che, a tale scopo, si potrà avvalere di tutti gli strumenti investigativi ritenuti necessari, disponendo, se del caso, anche consulenze tecniche d'ufficio¹¹³.

(1) Gli obiettivi

Il citato art. 6, comma 2, esplicita con chiarezza che un modello è valido se permette, con l'operatività degli elementi concreti attraverso cui esso deve essere articolato, il raggiungimento/perseguimento dei seguenti obiettivi:

- *individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi i reati;*
- *prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire*¹¹⁴;
- *individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati.*

Sul punto, in fase investigativa sarà utile verificare che i contesti più delicati siano disciplinati da procedure aziendali scritte e da adeguati criteri di separazione dei compiti (come ad esempio un diagramma che disegni per ogni funzione di spesa o di gestione il funzionario responsabile), nonché accertare che le procedure ed i criteri di attribuzione delle responsabilità siano adeguati e chiari.

In sostanza, la polizia giudiziaria dovrà verificare che il modello organizzativo adottato abbia in sé la capacità di delineare correttamente sia le modalità con le quali si sia dato corso ai pagamenti dovuti sia i controlli interni svolti sulla materialità degli stessi. A tal riguardo potranno essere valutate con particolare favore, in punto di efficacia del modello,

¹¹³ In punto di idoneità ed efficacia dei modelli organizzativi il G.I.P. presso il Tribunale di Milano, con ordinanza in data 20 settembre 2004, ha avuto modo di chiarire che essi "*devono qualificarsi per la loro concreta e specifica efficacia e per la loro dinamicità e scaturire da una visione realistica ed economica dei fenomeni aziendali e non esclusivamente giuridico-formale*": per una concreta idoneità ad assolvere le esigenze normative, i modelli non devono riproporre pedissequamente il mero dettato di legge, bensì debbono articolarsi in concreto e adattarsi alla realtà dell'azienda in tutte le sue peculiarità.

¹¹⁴ Quanto più dettagliata e specifica è la regolamentazione dell'iter di ogni processo, tanto più si riduce il rischio che la singola attività sia occasione di commissione di illeciti.

quelle procedure di verifica che impongono la conservazione di tutta la documentazione non obbligatoria emessa a corredo di ciascuna transazione.

In tale ottica, particolare rilievo assumeranno i cc.dd. controlli sulle procedure decisionali, esperibili mediante l'acquisizione di informazioni desunte da pubblicazioni interne all'ente o dai soggetti direttamente interessati alla procedura, che permettono di esaminare la prassi seguita dall'Ente/Società per l'assunzione delle decisioni concernenti le operazioni di ordinaria e straordinaria amministrazione;

- *prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli;*
- *introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.*

Dalla lettura delle citate "esigenze legali" emerge con evidenza come l'istituzione del modello determini l'introduzione, nel soggetto interessato, di un *vero e proprio codice interno aggiuntivo* che impone nuovi doveri e nuovi obblighi per le persone che, dell'ente, costituiscono il substrato operativo, a cominciare da dipendenti e dirigenti.

Dunque, il modello deve rispondere all'esigenza di procedimentalizzare, previa ricognizione delle aree o delle sfere di attività esposte al rischio-reato, la formazione e l'attuazione delle decisioni degli apici, la gestione delle risorse e la circolazione delle informazioni verso l'organismo interno di controllo, con l'obiettivo di prevenire il rischio di commissione dei reati assicurando l'effettività attraverso la predisposizione di un apparato sanzionatorio disciplinare.

(2) La struttura

Le disposizioni del D. Lgs. n. 231/2001 non prevedono modelli di organizzazione e di gestione schematizzabili *a priori*. Del resto, è preliminarmente evidenziata l'esigenza (art. 7, comma 3) che il modello deve risultare coerente con la natura e le dimensioni della struttura organizzativa, nonché con le peculiarità dell'attività svolta.

Con riguardo alla dimensione, essendo la stessa direttamente proporzionale al grado di complessità aziendale, va da sé che in una grande azienda sarà richiesto un programma maggiormente articolato ed una maggiore formalizzazione in modo da garantire la conoscibilità del programma a tutti i livelli dell'organizzazione; mentre l'attività svolta rileva nei termini della caratterizzazione (tipologia) del reato-presupposto che può scaturirne.

Per quanto precede, è facilmente intuibile che non può esistere un modello standardizzato, idoneo per ogni tipologia di realtà aziendale. Pertanto, in piena libertà formale, data l'assenza di moduli legali prefissati, si può quindi affermare che con il suddetto concetto si intende il *compendio*, diverso e personalizzato in ogni persona giuridica, del sistema di prevenzione che, rispondendo al decreto, è necessario preconstituire onde non subire gli effetti automatici negativi della normativa in oggetto.

L'ente può, quindi, predisporre i modelli organizzativi in piena autonomia, oppure utilizzare i modelli redatti dalle associazioni di categoria alle quali è riconosciuto il potere di redigere codici di comportamento di portata generale¹¹⁵.

¹¹⁵ L'idoneità dei citati codici di comportamento di categoria, ex art. 6 comma 3, deve essere valutata, preventivamente, dal Ministero della giustizia, cui devono essere preventivamente inviati, di concerto con i Ministeri competenti, che, entro trenta giorni, devono formulare le proprie osservazioni. Il Ministero con il D.M. n. 201/2003 ha emanato il c.d. Regolamento, destinato alla fattispecie delle "Linee guida interassociative", per l'emissione coordinata di modelli delle aziende riunite in associazioni.

Nella relazione illustrativa si legge che tale previsione normativa (elaborazione delle linee guida), suscettibile di fornire al giudice un prezioso termine di confronto per la valutazione dell'idoneità dei singoli programmi, consente la formalizzazione dell'idoneità tecnico-operativa dei modelli organizzativi predisposti dalle citate associazioni di categoria (evitando in tal modo la proliferazione di codici "di comodo" o di "mera facciata") e, nel contempo, assolvere ad una importante funzione di orientamento degli enti.

In merito, tuttavia occorre evidenziare che la mera validazione dell'idoneità tecnico-operativa dei modelli organizzativi da parte del Ministero della giustizia non attribuisce ex se, in caso di adozione da parte degli enti, la completa esenzione da

Pertanto, ferma restando la valenza delle linee guida di portata generale, non può non evidenziarsi che la predisposizione di protocolli originali, aderenti alla singola realtà organizzativa, consente l'adozione di modelli più efficienti ed idonei a tutelare la società. Infatti, affinché il modello di organizzazione e gestione possa svolgere efficacemente i propri effetti, così come emerso in sede giurisprudenziale, è necessario che venga specificatamente pensato e progettato, secondo un approccio "sartoriale", per quel determinato ente nel quale dovrà trovare applicazione.

(3) I contenuti

Alla luce delle prime analisi condotte, è possibile sintetizzare una valida indicazione delle componenti essenziali del modello nella seguente combinazione di elementi:

- descrizione introduttiva della struttura organizzativa della società e delle sue principali attività svolte;
- "mappatura oggettiva" preventiva, detta di "identificazione dei rischi", ossia l'analisi descrittiva delle *aree funzionali interne* esposte, per ciò che in esse avviene in concreto, al rischio di commissione, da parte degli appartenenti alla persona giuridica, di uno o più dei reati responsabilizzanti, con annessa la specificazione preventiva delle potenziali *modalità di commissione* dei reati stessi¹¹⁶;
- "mappatura normativa", attraverso la definizione del *sistema implicito di prevenzione/contenimento dei rischi* e delle conseguenti *modalità operative interne* (i protocolli di contromisure esplicite) istituite, più o meno appositamente in rapporto al D. Lgs. n. 231/2001, per l'efficace prevenzione *della suddetta commissione potenziale di reati*, comprensive delle misure in tema di informazione permanente nei confronti dell'ODV interno e di gestione delle risorse finanziarie.

Sul piano investigativo andrà, in particolare, verificato che i processi a rischio siano presidiati da una adeguata separazione dei compiti impedendo che un'unica funzione possieda capacità decisionale autonoma in ordine ai processi a rischio;

- approntamento, ai sensi dell'art. 6, comma 2, lettera d), di un adeguato *sistema disciplinare - sanzionatorio* interno per le violazioni dei precetti contenuti nel modello, volto a punire la mancata osservanza dei protocolli ivi previsti nonché delle norme del codice (etico) interno, che esprime i principi di "deontologia aziendale" che l'ente riconosce come suoi propri ed ai quali deve essere informato il comportamento di tutti i suoi appartenenti.

La predisposizione di un adeguato sistema sanzionatorio per la violazione delle regole di condotta imposte ai fini della prevenzione dei reati presupposto di cui al decreto in

responsabilità, posto che competerà comunque alla competente A.G. valutare la congruità del modello rispetto alle previsioni normative, non potendosi riconoscere efficacia scusante a quei codici di comportamento che, anche se non hanno ricevuto osservazioni critiche, deviano dall'impronta, strutturale e funzionale, che la legge assegna ai modelli.

Se è vero che la positiva valutazione ministeriale dei codici di comportamento, ai quali si fossero ispirate le società e gli enti nella costruzione dei loro modelli di prevenzione, non è affatto vincolante per il giudice, è altrettanto vero, però, che nell'attività di valutazione da parte dell'A.G. la validazione ministeriale, sulla cui base il modello è stato costruito, rappresenta un'autorevole opinione, che potrà anche essere disattesa, ma in presenza di valide motivazioni.

¹¹⁶ In sede giurisprudenziale è stato evidenziato che "il modello deve rappresentare l'esito di una efficace analisi di rischio e di una corretta individuazione delle vulnerabilità oggettive dell'ente in rapporto alla sua organizzazione ed alla sua attività" (cfr. G.I.P. presso il Tribunale di Napoli, ordinanza in data 26.06.2007), e deve, altresì, tener conto delle caratteristiche degli altri soggetti operanti nel settore nonché della storia, anche giudiziaria, dell'ente (cfr. G.I.P. presso il Tribunale di Milano, ordinanza in data 09.11.2004). In merito, infine, si ritiene opportuno segnalare che il Tribunale di Milano, Sezione XI, con l'ordinanza di riesame in data 28 ottobre 2004, ha statuito che "non può essere considerato idoneo a prevenire i reati e ad escludere la responsabilità amministrativa dell'ente un modello aziendale di organizzazione e gestione, adottato ai sensi degli artt. 6 e 7 d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231, che non preveda strumenti idonei a identificare le aree di rischio nell'attività della società e a individuare gli elementi sintomatici della commissione di illeciti, quali la presenza di conti correnti riservati all'estero, l'utilizzazione di intermediari esteri al fine di rendere più difficoltosa la scoperta della provenienza dei pagamenti, la periodicità dei pagamenti in relazione alle scadenze delle gare di appalto indette dalla società".

commento, e, in generale, delle procedure interne previste dal modello organizzativo stesso costituisce elemento essenziale per la sua effettività.

In tale contesto, l'attività della polizia giudiziaria dovrà essere rivolta ad accertare che l'adozione delle regole del modello e di quelle di condotta non si risolva in una mera clausola di stile, ma rifletta un'attenzione costante dell'ente verso la verifica dei comportamenti dei suoi componenti¹¹⁷. Se l'organizzazione scopre una violazione è necessario che sia condotta, nei modi dovuti, una vera e propria indagine interna, possibilmente documentata in tutti i suoi passaggi e che sia in grado, attraverso un'approfondita analisi delle cause, di suggerire ai vertici dell'ente le azioni correttive da assumere allo scopo di evitare il ripetersi di casi della specie.

b. Segue... e la sua efficace attuazione

Il sistema di controlli preventivi, cui si deve pervenire esaurita la realizzazione delle fasi descritte nel precedente paragrafo 4.a., deve prevedere una serie di *protocolli* (cioè, di regole interne) diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in senso, ovviamente, ostativo ai reati da prevenire, in modo da garantire che i rischi di commissione dei reati siano ridotti ad un livello accettabile.

Più in concreto, riprendendo a titolo esemplificativo, per quanto di più stretto interesse in questa sede, le indicazioni operative contenute nel documento elaborato da Confindustria, le componenti (i protocolli) di un sistema di controllo preventivo, che dovranno essere attuate a livello aziendale per garantire l'efficacia del modello possono generalmente essere individuate come segue:

- con riguardo ai reati presupposto dolosi:
 - sistema organizzativo sufficientemente formalizzato e chiaro, con particolare riguardo all'attribuzione di responsabilità, alle linee di dipendenza gerarchica ed alla descrizione dei compiti, con specifica previsione di principi di controllo quali, ad esempio, la contrapposizione di funzioni;
 - procedure manuali ed informatiche (sistemi informativi) tali da regolamentare lo svolgimento delle attività, prevedendo gli opportuni punti di controllo, come, ad esempio, la "separazione di compiti" tra coloro che svolgono fasi (attività) cruciali di un processo a rischio;
 - sistema di controllo di gestione in grado di fornire tempestiva segnalazione dell'esistenza e dell'insorgere di situazioni di criticità generale e/o particolare;
- con riguardo ai reati presupposto colposi, oltre alle indicazioni di cui sopra:
 - struttura organizzativa con compiti e responsabilità in materia di salute e sicurezza sul lavoro definiti formalmente in coerenza con lo schema organizzativo e funzionale dell'azienda¹¹⁸;
 - formazione e addestramento, da assicurare secondo fabbisogni rilevati periodicamente, finalizzati ad assicurare che tutto il personale, ad ogni livello, sia consapevole dell'importanza della conformità delle proprie azioni rispetto al modello organizzativo e delle possibili conseguenze dovute a comportamenti che si discostino dalle regole dettate dal modello;

¹¹⁷ In sede giurisprudenziale è stato chiarito che la progettazione di un adeguato sistema disciplinare non si può fondare su un richiamo a clausole di ordine generale rispetto al rapporto tra violazione e sanzione, essendo necessaria, invece, una specificazione del tipo di omissione o violazione rispetto alla sanzione che troverà applicazione.

¹¹⁸ Particolare attenzione va riservata alle figure specifiche operanti in tale ambito (RSPP - Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione, ASPP - Addetti al Servizio di Prevenzione e Protezione, RLS - Rappresentante dei Lavoratori per la Sicurezza, MC - Medico Competente, addetti primo soccorso, addetto emergenze in caso d'incendio). Devono, inoltre, essere tenute in considerazione anche le figure specifiche previste da altre normative di riferimento quali, ad esempio, il già citato D.Lgs. n. 494/1996 e successive modifiche ed integrazioni, nonché i requisiti e la documentazione relativa a presidio della sicurezza.

- coinvolgimento degli interessati, da realizzare attraverso consultazioni preventive ovvero riunioni periodiche in merito all'individuazione e valutazione dei rischi ed alla definizione delle misure preventive;
- sistema di monitoraggio della sicurezza, attraverso cui verificare il mantenimento delle misure di prevenzione e protezione dei rischi adottate e valutate idonee ed efficaci.

E' nell'interesse dell'ente prevedere che il sistema di controllo documenti (anche attraverso la redazione di verbali) l'effettuazione dei controlli, anche di supervisione.

E perché possa dirsi “*efficacemente attuato*” il modello dovrà essere, altresì, integrato con i protocolli che seguono i quali, pur non costituendo sempre parti obbligatorie del modello, consentono di caratterizzarlo in termini di “idoneità” ed “efficacia”:

- costituzione effettiva (nomina, investitura e assegnazione effettiva di poteri adeguati) di un apposito *organismo di vigilanza* sul fenomeno complessivo in oggetto e redazione del *regolamento* operativo del suo funzionamento, che costituiscono certamente uno dei passi più visibili dell'intero processo attuativo dello “scudo” protettivo di cui l'ente può beneficiare;
- la previsione di un sistema di *aggiornamento* continuo del modello: tra i compiti dell'ODV vi è quello di valutare se il modello sia strutturato in maniera tale da poter mantenere nel tempo i requisiti propri di solidità e funzionalità in nome dei quali è stato costituito.

Conseguentemente, nell'ipotesi in cui dall'analisi condotta emerga la necessità di un adeguamento o correzione del modello, il citato ODV dovrà:

- curarne l'*aggiornamento*, mediante la predisposizione e la presentazione di apposite note di adeguamento agli organi aziendali che si adoperano per la sua concreta attuazione nell'ambito dell'organizzazione aziendale;
- assicurare il cosiddetto *follow-up*, che si concretizza nella verifica costante dell'effettiva attuazione ed efficacia delle soluzioni proposte;
- organizzazione di un piano di:
 - *formazione* del personale aziendale (in particolare quello delle aree a rischio), allo scopo di illustrare le ragioni di opportunità, a fianco a quelle giuridiche, che ispirano le regole e la loro portata concreta;
 - *comunicazione* interna sui contenuti del D.Lgs. n. 231/2001 e del modello, ritenuto necessario ai fini di un buon funzionamento dei *compliance programs*, in modo tale da non consentire ad alcuno di giustificare il reato-presupposto adducendo l'ignoranza delle direttive aziendali o l'errore nelle loro valutazioni. La comunicazione dovrà essere capillare, efficace ed autorevole, ossia promanante da un livello adeguato, nonché chiara, dettagliata, e periodicamente ripetuta.

Una *effettiva e concreta* formazione ed informazione sono assolutamente centrali rispetto all'efficace attuazione del modello organizzativo: infatti, il modello potrà esplicitare concretamente la propria funzione preventiva solo nel caso in cui ogni suo destinatario sappia esattamente quale condotta tenere in presenza di una determinata situazione¹¹⁹. Conseguentemente, assumeranno specifica rilevanza sul punto le previsioni circa il contenuto dei corsi, la loro frequenza, l'obbligatorietà della partecipazione degli interessati ai programmi di formazione, nonché l'attività di controllo sulla frequenza sulla qualità dei contenuti;

- predisposizione di un formale *codice etico di condotta* (corpo normativo interno) per tutti gli appartenenti alla persona giuridica, che pur non costituendo un adempimento con conseguenze prestabilite, nel quadro del D. Lgs. n. 231/2001 può ben riflettere una dimostrazione tangibile e molto evidente (testimonianza positiva) della determinazione

¹¹⁹ Sulla rilevanza della formazione e dell'informazione quali elementi caratterizzanti un “idoneo” ed “efficace” modello organizzativo, ex multis, cfr. G.I.P. presso il Tribunale di Napoli, ordinanza in data 26.06.2007, e G.I.P. presso il Tribunale di Milano, ordinanza in data 20.09.2004.

dell'ente in favore del rispetto dei valori di legalità applicata, cui è ispirata la normativa in oggetto¹²⁰.

Sul punto, in sede investigativa, occorrerà verificare che il codice etico sia supportato da misure organizzative tali da facilitarne l'adozione ed il rispetto (adeguata divulgazione a soggetti interni ed esterni; attribuzione ad un organo *ad hoc* del potere decisionale in caso di violazioni, ecc.).

Da quanto argomentato nei paragrafi precedenti, emerge che i modelli organizzativi devono, di fatto, essere "costruiti" in modo tale da rivestire la funzione di improntare a trasparenza, correttezza, lealtà, integrità e credibilità i rapporti tra la società ed i suoi "portatori di interessi", intesi internamente quali amministratori, soci, dipendenti e collaboratori ed esternamente come Pubblica Amministrazione, clienti, cittadini e, in generale, verso l'intero contesto civile ed economico nel quale l'ente opera.

Sul piano più strettamente operativo, le attività investigative, condotte sfruttando i poteri della polizia giudiziaria, dovranno, pertanto, essere tra l'altro orientate ad appurare l'effettiva rispondenza dei modelli di prevenzione ai parametri sopra indicati, tenendo presente che un modello di prevenzione potrà ritenersi sostanzialmente adeguato se lo stesso non può essere eluso, se non intenzionalmente (con raggiri).

Ciò comporta che:

- non è possibile addurre la mera ignoranza delle direttive e delle procedure aziendali;
- il semplice errore umano non può essere considerato una valida giustificazione;
- la possibilità di frodi deve, comunque, trovare un serio argine nel modello di prevenzione.

Va sottolineato, come avviene in ogni giudizio penale sull'idoneità di un atto, che la valutazione del giudice dovrà fondarsi su un giudizio *ex ante* (la cosiddetta prognosi postuma) che prescinde dal risultato concreto della mancata prevenzione del reato, ma che dovrà tener conto delle risultanze dell'attività investigativa in punto di verifica dei requisiti di idoneità ed efficace attuazione del modello organizzativo, come più sopra delineati.

c. Le specificità dei modelli organizzativi di cui all'art. 30 del D. Lgs. n. 81/2008 in materia di sicurezza sul lavoro

Ferme restando le considerazioni generali riportate nei precedenti paragrafi 4.a. e 4.b., il legislatore del D. Lgs. n. 81/2001, tenuto conto della particolarità del contesto di riferimento, all'art. 30 ha inteso individuare più specificamente gli obiettivi ed i contenuti, anche ulteriori rispetto a quelli indicati negli art. 6 e 7 del D. Lgs. n. 231/2001, che devono caratterizzare i modelli organizzativi perché questi possano essere giudicati idonei ed efficacemente adottati, con conseguente possibilità per l'ente, in tali ipotesi, di beneficiare dell'efficacia esimente ad essi riconosciuta.

In particolare, il modello organizzativo dovrà essere delineato in modo tale da assicurare un sistema aziendale per l'adempimento di tutti gli obblighi giuridici relativi:

- al rispetto degli standard tecnico-strutturali di legge relativi ad attrezzature, impianti, luoghi di lavoro, agenti chimici, fisici e biologici;
- alle attività di valutazione dei rischi e di predisposizione delle misure di prevenzione e protezione conseguenti;
- alle attività di natura organizzativa, quali emergenze, primo soccorso, gestione degli appalti, riunioni periodiche di sicurezza, consultazioni dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza;

¹²⁰ Una definizione di codice etico di condotta è contenuta nelle Linee Guida elaborate da Confindustria (che ne riportano anche i contenuti minimi), ove si legge che trattasi di documento ufficiale dell'ente contenente "*l'insieme dei diritti, dei doveri e delle responsabilità dell'ente nei confronti dei portatori di interesse (dipendenti, fornitori, clienti, Pubblica Amministrazione, azionisti, mercato finanziario, eccetera)*".

- alle attività di sorveglianza sanitaria;
- alle attività di informazione e formazione dei lavoratori;
- alle attività di vigilanza con riferimento al rispetto delle procedure e delle istruzioni di lavoro in sicurezza da parte dei lavoratori;
- all'acquisizione di documentazioni e certificazioni obbligatorie di legge;
- alle periodiche verifiche dell'applicazione e dell'efficacia delle procedure adottate.

Proseguendo, l'art. 30 richiede espressamente che il modello organizzativo preveda:

- idonei sistemi di registrazione dello svolgimento delle attività di prevenzione. Tale previsione, da un lato, facilita l'attività investigativa documentale della polizia giudiziaria finalizzata all'accertamento della responsabilità amministrativa dell'ente, anche se, come già evidenziato, occorrerà superare il dato formale per analizzare l'effettività delle attività di prevenzione richieste all'ente; dall'altro, offre all'ente la possibilità di "opporre" una preliminare difesa a dimostrazione della sua irresponsabilità;
- per quanto richiesto dalla natura e dimensioni dell'organizzazione e dal tipo di attività svolta, un'articolazione di funzioni che assicuri le competenze tecniche e i poteri necessari per la verifica, valutazione, gestione e controllo del rischio, nonché un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello;
- un idoneo sistema di controllo sull'attuazione del medesimo modello e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate¹²¹.

L'adozione e l'efficace attuazione del modello di verifica e controllo assume, inoltre, particolare rilievo in termini di riconoscimento dell'avvenuto adempimento dell'obbligo di vigilanza nei confronti del delegato da parte del datore di lavoro delegante, secondo quanto previsto dall'art. 16, comma 3, del D. Lgs. n. 81/2008¹²².

In punto di idoneità del modello il comma 5 dell'articolo in esame introduce una presunzione di legge secondo cui si considera conforme alle prescrizioni sopra riportate il modello organizzativo adottato dall'ente definito conformemente alle Linee guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL) del 28 settembre 2001 o al British Standard OHSAS 18001:2007 per le parti corrispondenti.

In merito, inoltre, è previsto, ai sensi del combinato disposto dell'art. 6 e dell'art. 30, comma 5-*bis* del D. Lgs. n. 81/2008, che la Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro può indicare modelli di organizzazione e gestione aziendale, nonché elaborare procedure semplificate per l'adozione e l'efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione della sicurezza nelle piccole e medie imprese. Tali procedure sono recepite con decreto del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali.

Rilevante ai fini che qui interessano è anche la disposizione contenuta all'art. 51, comma 3-*bis* secondo cui gli organismi paritetici di cui all'art. 1, comma 2, lettera ee), su richiesta delle imprese, possono rilasciare l'asseverazione dell'adozione e dell'efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione della sicurezza di cui all'articolo 30, *"della quale gli organi di vigilanza possono tener conto ai fini della programmazione delle proprie attività"*.

¹²¹ In sede giurisprudenziale, il Tribunale di Trani, con la già richiamata sentenza in data 29.10.2009, ha statuito la necessità che l'impianto del modello, allorché non siano coinvolti soggetti dipendenti dell'ente, preveda comunque l'adozione di cautele e regole per evitare che dipendenti di enti terzi possano subire lesioni o perdere la vita per infrazioni commesse dai loro datori di lavoro nell'esecuzione delle attività lavorative loro assegnate. In particolare, è stato chiarito che il controllo dei rischi non può esaurirsi nell'ambito della struttura organizzativa ed aziendale della società in questione, ma deve essere esteso anche all'osservanza delle medesime regole da parte dei soggetti che con quest'ultima entrano, direttamente o indirettamente, in rapporti lavorativi.

¹²² Il riesame e l'eventuale modifica del modello organizzativo devono essere adottati quando siano scoperte violazioni significative delle norme relative alla prevenzione degli infortuni e all'igiene sul lavoro ovvero in occasione di mutamenti nell'organizzazione e nell'attività in relazione al progresso scientifico e tecnologico.

Per quanto precede la polizia giudiziaria, laddove l'ente si sia dotato di un modello di organizzazione, gestione e controllo, dovrà preliminarmente, in sede di valutazione della sua idoneità ed efficace attuazione, verificarne la conformità alle Linee guida UNI-INAIL, nonché richiedere all'ente il possesso dell'asseverazione rilasciata dagli organismi paritetici. Si tratta di una preliminare indagine che, lungi dall'assicurare *per tabulas* efficacia esimente al modello adottato, che invece dovrà essere accertata fattualmente, l'organo investigativo deve porre in essere per meglio lumeggiare l'elemento "soggettivo" qualificante la condotta dell'ente.

Inoltre, la polizia giudiziaria nell'ambito della propria attività investigativa, conformemente a quanto statuito in sede giurisprudenziale (cfr. Tribunale di Trani, sentenza in data 26 ottobre 2009), dovrà tener presente che i documenti di valutazione dei rischi redatti ai sensi degli artt. 26 e 28 del D. Lgs. n. 81/2008:

- non sono equiparabili al modello organizzativo e gestionale di cui al D.Lgs. n. 231/2001;
- non assumono valenza nella direzione di assicurare l'efficacia esimente di cui agli artt. 6 e 7.

In merito, occorre rilevare che il sistema introdotto dal D. Lgs. n. 231/2001 impone alle imprese di adottare un modello organizzativo diverso e ulteriore rispetto a quello previsto dalla normativa antinfortunistica, onde evitare in tal modo la responsabilità amministrativa.

Non a caso, mentre i documenti di valutazione dei rischi nel contesto normativo di cui al D. Lgs. n. 81/2008 sono disciplinati dagli artt. 26 e 28, il modello di organizzazione e gestione di cui al D. Lgs. n. 231/2001 è contemplato dall'art. 30 del citato D. Lgs. n. 81/2008, segnando così una distinzione non solo nominale ma anche funzionale.

d. I modelli organizzativi nei gruppi d'impresa

Le indicazioni sopra prospettate possono conservare la loro validità di massima anche con riferimento al modello organizzativo di riferimento da adottare all'interno di un "gruppo di imprese", adattandolo ovviamente alle esigenze delle singole realtà¹²³.

Con specifico riguardo ai modelli organizzativi da adottare all'interno di un gruppo di imprese occorrerà tener conto che:

- in ogni società controllata dovrà, comunque, essere istituito l'organismo di vigilanza ex articolo 6, primo comma, lett. b), con tutte le relative competenze e responsabilità, fatta salva la possibilità di attribuire questa funzione direttamente all'organo dirigente della controllata, se di piccole dimensioni, così come espressamente previsto dall'articolo 6, comma 4;
- l'organismo della controllata potrà avvalersi, nell'espletamento del compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza del modello, delle risorse allocate presso l'analogo organismo della capogruppo, sulla base di un predefinito rapporto contrattuale con la stessa;
- i dipendenti dell'organismo della capogruppo, nell'effettuazione di controlli presso le società del gruppo, assumono, nella sostanza, la veste di professionisti esterni che svolgono la loro attività nell'interesse della controllata stessa, riportando all'organismo di vigilanza di quest'ultima, con i vincoli di riservatezza propri del consulente esterno.

In queste ipotesi sarà sicuramente opportuno prevedere adeguati meccanismi di coordinamento e raccordo tra l'attività di vigilanza della holding e gli organismi di vigilanza delle società controllate, al fine di evitare divergenze e discrasie negli indirizzi e nei criteri adottati per lo svolgimento dell'attività di *audit* tra le società del gruppo¹²⁴.

¹²³ Confindustria, nelle sue linee guida indirizzate agli associati, validate dal Ministero della Giustizia, si è particolarmente soffermata sulle problematiche degli organismi di vigilanza nelle imprese facenti parte di un gruppo. Sul punto, tuttavia, occorre rilevare che la scelta degli enti di non adeguare il proprio modello ad alcune indicazioni contenute nelle linee guida elaborate dalla propria associazione di riferimento non inficia la validità dello stesso.

¹²⁴ Una soluzione organizzativa di questo tipo potrebbe, invece, risultare inadeguata nei gruppi con controllate quotate (per le quali il D. Lgs. n. 58/1998 già prevede la figura del preposto ai controlli interni) o di grandi dimensioni; ciò a causa

Sempre in tema di gruppi di imprese, una annotazione separata meritano le problematiche relative ai gruppi di imprese in cui la capogruppo sia una società di diritto straniero e che, a loro volta, si qualificano ai fini del diritto italiano come soggetti alla normativa del D.Lgs. n. 231/2001.

Tali gruppi di imprese multinazionali presenti ed operanti sul territorio italiano possono essere, in virtù di specifiche disposizioni normative interne degli ordinamenti di appartenenza, tenuti al rispetto di codici di condotta e di procedure interne di controllo dell'attività e della gestione da parte della controllante estera. In questo caso, occorre precisare che, laddove il modello di organizzazione, gestione e controllo già attuato dalla controllante ai sensi di pratiche e norme straniere risponda altresì ai requisiti previsti dal D. Lgs. n. 231/2001, esso potrà ritenersi valido.

e. L'adozione dei modelli organizzativi successiva alla contestazione dell'illecito

Le misure cautelari previste dagli articoli 45 e ss. del D. Lgs. n. 231/2001 possono essere sospese (art. 49) ovvero revocate (art. 50) quando ricorrono congiuntamente le condizioni di cui all'art. 17, tra cui rientra [cfr. lettera b)] anche l'eliminazione, successivamente alla contestazione dell'illecito ma comunque entro la dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, delle carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

Tuttavia, in tale situazione, affinché tale modello *ex post* possa dirsi idoneo a scongiurare la commissione di reati della stessa specie di quello verificatosi, occorre formulare una valutazione, non in termini esclusivamente prognostici ed ipotetici, ma che tenga conto del dato fattuale desumibile dalla prospettazione accusatoria.

In particolare, prendendo spunto da quanto emerso in sede giurisprudenziale (cfr. G.I.P. presso Tribunale di Roma, ordinanza in data 04.04.2003), la polizia giudiziaria, laddove sia attivata nel merito dall'A.G. procedente, dovrà indirizzare la propria attività in modo tale da verificare che *“i protocolli rivolti a proceduralizzare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente ove vengano adottati non in funzione di prevenzione del rischio [e quindi in via preventiva, a norma dell'art. 6] ma successivamente al verificarsi dell'illecito ... (tengano, ndr) conto nel concreto della situazione che ha favorito la commissione dell'illecito così da eliminare le carenze organizzative che hanno determinato il reato. ... Conseguentemente, in siffatta ipotesi, il contenuto programmatico dell'attività dell'ente, specificato nei modelli ... dovrà essere mirato e calibrato espressamente sulle carenze organizzative che hanno favorito la commissione del reato”*.

Da quanto precede, emerge che le indicazioni fornite dal legislatore nell'art. 6 hanno indubbia valenza anche in relazione ai modelli organizzativi previsti dall'art. 17, ma con una fondamentale differenza: la valutazione circa l'idoneità del modello organizzativo adottato *ex post*, andrà fatta non sulla base di semplici prognostiche valutazioni potenziali, ma alla luce di una ben più dettagliata analisi anche “storica”, che tenga conto delle specifiche caratteristiche di fatto che hanno accompagnato la maturazione e il compimento concreto dell'illecito, perché implicante specifici interventi calibrati e mirati sulle carenze organizzative evidenziate.

Il modello confezionato *post factum* ai fini della sospensione della misura non necessariamente dovrà essere strutturalmente diverso da quello eventualmente già predisposto dall'ente *ante factum*, essendo richiesto, invece, che sia idoneo a ridurre l'area di rischio. Sul punto è stato fatto notare che, se senza dubbio la commissione dell'illecito può aver evidenziato l'inadeguatezza del modello precedentemente adottato, non

della complessità che in queste realtà inevitabilmente assume il modello previsto dal D. Lgs. n. 231/2001 e, conseguentemente, l'attività di vigilanza sulla sua effettiva efficacia. L'ingente mole di controlli da svolgere continuamente su tutta l'organizzazione e le frequenti necessità di adeguamento del modello in occasione di ristrutturazioni interne, inducono a ritenere indispensabile l'istituzione, nelle società controllate di questo tipo, di un organismo di vigilanza dotato di risorse adeguate, fatta sempre salva la possibilità di “commissionare” verifiche sul funzionamento del modello, a forte contenuto specialistico, a figure professionali esterne, siano esse appartenenti a società di consulenza o all'omologo organismo della capogruppo.

necessariamente la sua efficacia è stata compromessa, potendo lo stesso illecito essere stato agevolato da una cattiva attuazione del modello medesimo e non già da suoi limiti strutturali (cfr. G.I.P. presso il Tribunale di Milano, ordinanza in data 20.9.2004).

Pertanto, se i modelli organizzativi predisposti *ex ante* possono legittimamente fondarsi sul criterio di minimizzazione del rischio, quelli adottati successivamente *“dovranno risultare maggiormente incisivi in termini di efficacia dissuasiva e dovranno valutare (ed eliminare, ndr) in concreto le carenze dell'apparato organizzativo e operativo dell'ente, che hanno favorito la perpetrazione dell'illecito”* (cfr. G.I.P., Sez. XXXIII, presso il Tribunale di Napoli, ordinanza in data 26.06.2007).

Infine, si segnala che l'adozione di un modello organizzativo *successiva alla contestazione dell'illecito* è rilevante, come già evidenziato *infra*, anche ai fini della riduzione delle sanzioni pecuniarie (cfr. art. 12, comma 2).

5. Il funzionamento dell'organismo di vigilanza

Il corretto ed efficace svolgimento dei compiti affidati all'ODV sono presupposti indispensabili per l'esonero dalla responsabilità, sia che il reato sia stato commesso dai soggetti “apicali” sia che sia stato commesso dai soggetti sottoposti all'altrui direzione (in tal senso andrebbe letto l'art. 7, comma 4, laddove prevede che l'efficace attuazione del modello richiede, oltre all'istituzione di un sistema disciplinare, una sua verifica periodica, evidentemente da parte dell'organismo a ciò deputato).

A tale organo all'uopo istituito, perché operi costantemente in coordinamento con l'ente, pur risultando soggetto autonomo ed indipendente da esso, sono rimessi, come già anticipato nella Parte I, Capitolo 5, paragrafo 3., la verifica, applicazione ed aggiornamento dei modelli di organizzazione e gestione.

a. I requisiti

I principali requisiti che l'organismo in esame deve possedere, come individuati anche in sede giurisprudenziale, sinteticamente, si possono riassumere come segue¹²⁵:

- *autonomia ed indipendenza*: qualità che si ottengono con l'inserimento dell'ODV come unità di *staff* in una posizione gerarchica la più elevata possibile.

L'*autonomia* va intesa in senso non meramente formale, nel senso che è necessario che l'ODV:

- sia dotato di effettivi poteri di ispezione e controllo;
- abbia possibilità di accesso alle *informazioni* aziendali rilevanti;
- sia dotato di risorse (anche finanziarie) adeguate;
- possa avvalersi di strumentazioni, supporti ed esperti nell'espletamento della sua attività di monitoraggio.

Quanto al requisito dell'*indipendenza*, i componenti del citato organo di controllo interno non devono trovarsi in una posizione, neppure potenziale, di conflitto di interessi con l'ente né essere titolari all'interno della stessa di funzioni di tipo esecutivo che, rendendolo partecipe di decisioni ed attività operative, ne minerebbero l'obiettività di giudizio nel momento delle verifiche sui comportamenti e sul modello;

¹²⁵ Pur non contenendo la normativa in commento alcuna indicazione circa i requisiti di onorabilità dei componenti l'ODV, sarebbe opportuno, per ragioni di coerenza di sistema, ed anche per rispondere alle censure che potrebbero essere sollevate in sede giurisprudenziale (cfr. G.I.P. presso il Tribunale di Napoli, ordinanza in data 26.06.2007 e G.I.P. presso Tribunale di Milano, ordinanza in data 09.11.2004), che il modello organizzativo, anche per rinvio ad altri settori della normativa vigente, prevedesse apposite cause di ineleggibilità quale componente del citato organo di controllo e di incompatibilità alla permanenza nella carica quali, a titolo esemplificativo:

- la condanna con sentenza anche non irrevocabile per aver commesso uno dei reati di cui al D. Lgs. n. 231/2001;
- la condanna ad una pena che comporta l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici ovvero l'interdizione temporanea dagli uffici direttivi delle persone giuridiche.

- *professionalità*: connotato riferito al bagaglio di strumenti e tecniche che l'organismo deve possedere per poter svolgere efficacemente l'attività assegnata¹²⁶;
- *continuità di azione*: per soddisfare la previsione di cui all'art. 6, comma 1, lettera d), e quindi per poter dare la garanzia di efficace e costante attuazione di un modello così articolato e complesso quale è quello delineato, soprattutto nelle aziende di grandi e medie dimensioni, si rende necessaria la presenza di una struttura interna *dedicata esclusivamente ed a tempo pieno* all'attività di vigilanza sul modello organizzativo priva, come detto, di mansioni operative che possano portarla ad assumere decisioni con effetti economico-finanziari.

b. I compiti

L'ODV non costituisce una sovrapposizione rispetto agli organi di controllo previsti dai diversi sistemi di gestione, anzi imposta un "comportamento" dell'ente all'interno e all'esterno che si integra con gli scopi di una corretta gestione e di un efficiente apparato di controllo, attraverso la giusta previsione di un sistema di scambio incrociato di informazioni tra l'organo amministrativo, quello di controllo (collegio sindacale) e l'organismo di vigilanza.

Nel dettaglio, le attività che l'organismo è chiamato ad assolvere ("*vigilare sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli e curarne l'aggiornamento*"), anche sulla base delle indicazioni contenute negli artt. 6 e 7 del D. Lgs. n. 231/2001, seguendo uno schema tratto dalle *Linee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex D. Lgs. n. 231/2001* redatte dal Gruppo di lavoro sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche a cura di Confindustria, possono essere riassunte come segue:

- vigilanza sull'*effettività* del modello, che si sostanzia nella verifica della coerenza tra i comportamenti concreti ed il modello istituito;
- disamina in merito all'*adeguatezza* del modello, ossia della sua reale (e non meramente formale) capacità di prevenire, in linea di massima, i comportamenti non voluti;
- analisi circa il *mantenimento* nel tempo dei requisiti di solidità e funzionalità del modello;
- cura del necessario *aggiornamento* in senso dinamico del modello, nell'ipotesi in cui le analisi operate rendano necessario effettuare correzioni per garantire che il modello si mantenga "adeguato" nel tempo. Tale cura, di norma, si realizza in due momenti distinti ed integrati:
 - *presentazione di proposte di adeguamento del modello* verso gli organi/funzioni aziendali in grado di dare loro concreta attuazione nel tessuto aziendale. Casi in cui si rende necessaria la formulazione di proposte possono essere individuati in:
 - .. *significative violazioni del modello organizzativo*;
 - .. *significative modificazioni dell'assetto interno della società e/o delle modalità di svolgimento dell'attività d'impresa*;
 - .. *modifiche normative*;
 - *follow-up*, ossia verifica dell'attuazione e dell'effettiva funzionalità delle soluzioni proposte;
- *segnalazione*, segnatamente documentale, all'organo dirigente, per gli opportuni provvedimenti, di quelle *violazioni accertate del modello organizzativo* che possano comportare l'insorgere di una responsabilità in capo all'ente.

E' necessario che l'ODV provveda a documentare lo svolgimento dei suoi compiti. Infatti, l'attività di documentazione, da svolgersi in modo sintetico, chiaro, approfondito ed obiettivo,

¹²⁶ Sul punto si sottolinea che, in sede giurisprudenziale (cfr. G.I.P. presso il Tribunale di Milano, ordinanza in data 20 settembre 2004), proprio il possesso di specifiche competenze in tema di attività ispettiva e di analisi, e delle connesse tecniche, sono stati individuati come indispensabili requisiti dell'ODV.

non deve essere sottovalutata né considerata come un aggravio burocratico-amministrativo da parte dei suoi componenti posto che:

- dai documenti si può evincere la “sufficiente vigilanza”;
- può essere necessario, come nel caso di successiva attività investigativa della polizia giudiziaria finalizzata all'accertamento della responsabilità amministrativa dell'ente, ricostruire, anche ad anni di distanza, l'attività di vigilanza posta in essere dal citato organismo di controllo interno.

Per quanto attiene alle aziende di piccole dimensioni, al fine di non gravare eccessivamente in termini economici sulle medesime, il legislatore consente di affidare i compiti demandati all'organismo di vigilanza direttamente all'amministratore della società o al socio responsabile della stessa, preoccupandosi in tal modo di non gravare sulla piccola impresa obbligandola a sopportare costi sicuramente eccessivi e non commisurati all'obiettivo della legge.

c. I poteri

Per poter assolvere in modo esaustivo i propri delicati ed onerosi compiti l'ODV deve essere dotato, come specificano la legge in commento [articolo 6, 1° comma, lett. b) D. Lgs. n. 231/2001] ed i primi interventi giurisprudenziali, di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, ovvero di strumenti adeguati per poter verificare l'idoneità delle procedure codificate per la prevenzione degli illeciti e la puntuale e completa attuazione delle stesse in ciascuna delle aree di rischio individuate in seno alla società.

Decisiva, in tal senso, è l'autonomia nei confronti degli organi di direzione ed amministrazione dell'ente che deve caratterizzare le fasi dell' “iniziativa” e del “controllo”.

In estrema sintesi, l'organismo dovrà essere munito della capacità di decidere cosa, quando, e come esplicare la propria fondamentale funzione di controllo, agendo in modo indipendente dalle altre funzioni ed organi di vertice dell'ente, in quanto, come si ribadisce, sono essi stessi destinatari dell'attività ispettiva.

Inoltre, molto significativa, evidentemente, è la facoltà di attivarsi (con criteri di autonomia) nella richiesta di informazioni, dati e documenti verso tutte le componenti interne dell'ente.

Ulteriori, fondamentali, prerogative dell'ODV sono da individuare nella facoltà di eseguire interviste e raccogliere segnalazioni; in caso di aziende di grosse dimensioni e dotate di adeguate risorse finanziarie, l'organismo, inoltre, potrà addirittura esser dotato di risorse proprie ovvero, ove necessario, ricorrere a consulenti esterni.

d. I flussi informativi destinati all'Organismo di Vigilanza

A tal riguardo assume fondamentale rilevanza il generale obbligo di assoluta ed incondizionata collaborazione incombente su tutti i livelli e le funzioni della società o dell'ente, siano essi operativi ovvero di direzione o di amministrazione.

In tal senso, la legge esplicitamente prevede precisi obblighi di informazione di cui l'organismo di controllo deve risultare destinatario, anche se la relazione illustrativa sul punto non fornisce ulteriori chiarimenti.

Ai sensi del disposto dell'art. 6, comma 2, lett. d) i modelli devono “*prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli*”¹²⁷.

¹²⁷ Conseguentemente in assenza della predisposizione di una adeguata “reportistica” all'ODV il modello stesso non potrà dirsi efficace. In merito, si segnala che la mancata previsione dell'obbligo “*per i dipendenti, i direttori, gli amministratori della società di riferire all'organismo di vigilanza notizie rilevanti e relative alla vita dell'ente, a violazioni del modello o alla consumazione di reati ...*” e l'assenza di indicazioni procedurali da seguire per poter attivare i canali d'informazione verso tale organismo sono stati individuati dal G.I.P. presso il Tribunale di Milano, ordinanza in data 09.11.2004, tra i motivi a sostegno della decisione di inidoneità del modello organizzativo adottato dall'ente.

L'organo di controllo interno deve essere tenuto costantemente informato sull'evoluzione delle attività nelle aree a rischio ed ha libero accesso a tutta la documentazione aziendale rilevante, compresi i relativi dati di aggiornamento.

Sarà, inoltre, destinatario di segnalazioni da parte del *management* circa eventuali situazioni dell'attività aziendale che possano esporre l'azienda al rischio di reato nonché di ogni altra informazione, di qualsiasi tipo, proveniente anche da terzi ed attinente all'attuazione del modello nelle aree a rischio.

A titolo meramente esemplificativo all'ODV dovranno essere segnalati:

- eventuali notizie relative alla commissione, o alla ragionevole convinzione di commissione, di reati-presupposto;
- ogni violazione o presunta violazione delle regole previste dal modello, o comunque comportamenti non in linea con le regole di condotta adottate dall'ente.

Per quanto precede, sarà necessario che il modello di organizzazione disciplini efficaci procedure di reportistica interna indirizzate all'ODV, da attivare per iscritto (anche tramite casella postale o a mezzo linea fax dedicata) ovvero tramite e-mail dedicata con accesso esclusivo ai suoi componenti, via gerarchico ovvero direttamente. L'ODV dovrà agire approfondendo la segnalazione al fine di trarre un proprio imparziale e documentato convincimento circa la veridicità dell'informativa e, comunque, in modo tale da garantire i segnalanti contro qualsiasi forma di ritorsione, discriminazione o penalizzazione, assicurando, altresì, la riservatezza dell'identità del segnalante, fatti salvi gli obblighi di legge e la tutela dei diritti delle persone accusate erroneamente e/o con mala fede.

In tale ambito, il compito della polizia giudiziaria sarà quello di stimare la completezza, soprattutto in termini di qualità, e la tempestività delle informazioni destinate all'organismo di controllo, allo scopo di constatare l'effettivo funzionamento dei meccanismi di prevenzione predisposti e la concreta capacità di reazione del citato organismo di vigilanza nello specifico contesto.

CAPITOLO 4

L'ATTIVITÀ FUNZIONALE ALL'APPLICAZIONE DELLE MISURE CAUTELARI

1. L'attività della polizia giudiziaria

L'attività della polizia giudiziaria potrà assumere rilevanza anche in prospettiva di una successiva fase cautelare, in cui il giudice potrà essere chiamato ad adottare le specifiche misure cautelari interdittive ovvero reali previste dalla normativa in commento, di cui si è già diffusamente argomentato nella Parte I, Capitolo 6, del presente Volume, cui si rinvia per ogni dettaglio.

Con riguardo all'applicazione in sede cautelare di eventuali *misure interdittive*, tenuto conto del combinato disposto degli artt. 13, comma 1, e 45 del D. Lgs. n. 231/2001, si segnala la necessità che l'attività investigativa sia orientata fin dalla fase preliminare, altresì, ad acquisire elementi probatori rilevanti in punto di:

- reiterazione degli illeciti da parte dell'ente;
- rilevante entità del profitto conseguito dall'ente;
- gravità delle carenze organizzative che hanno determinato o agevolato la commissione del reato presupposto da parte dei soggetti sottoposti all'altrui direzione,

ciò nella considerazione della richiesta sussistenza di una serie di presupposti, in parte mutuati dalla corrispondente disciplina codicistica, che richiede la presenza del *fumus commissi delicti* e del *periculum in mora*.

In via generale, quanto al *fumus commissi delicti*, riprendendo le considerazioni evidenziate nella relazione illustrativa al provvedimento in rassegna, è richiesta la sussistenza di "gravi indizi" sulla responsabilità dell'ente per l'illecito amministrativo. Per valutare la valenza probatoria dei gravi indizi occorrerà considerare che essa potrà essere inferiore a quella necessaria per giustificare il giudizio dibattimentale o l'affermazione della responsabilità, nel senso che deve trattarsi comunque di indizi che devono essere valutati nell'ottica di un giudizio prognostico per verificare – allo stato degli atti – il *fumus commissi delicti*, cioè una probabilità di colpevolezza alta, qualificata, ragionevole e capace di resistere ad interpretazioni alternative.

In sede investigativa la verifica dei gravi indizi riferiti all'applicabilità delle misure cautelari interdittive dovrà tener conto della particolare natura e struttura dell'illecito amministrativo contestato all'ente, la cui responsabilità è "derivata" da quella dell'autore del reato.

Pertanto, occorrerà acquisire un patrimonio di evidenze indiziarie connotate da gravità che investano il complesso meccanismo di imputazione della responsabilità all'ente di cui all'art. 5. In sostanza, la valutazione in ordine alla sussistenza dei gravi indizi andrà riferita:

- al reato posto in essere;
- alla verifica dell'interesse o del vantaggio derivante all'ente;
- al ruolo dei soggetti indicati nelle lett. a) e b) del citato art. 5.

La verifica del *periculum*, e quindi delle esigenze cautelari che giustificano l'adozione di una misura, deve fondarsi su elementi concreti e specifici, che attestino una probabilità effettiva ed attuale circa il verificarsi della commissione di illeciti della stessa indole di quello per cui si procede.

Deve trattarsi, dunque, di un pericolo concreto, inteso non come realizzazione delittuosa *in itinere*, ma come dato da desumere da fatti e condotte già accaduti o posti in essere: il riferimento, in sostanza, è alla "pericolosità" dell'ente, intesa come "politica imprenditoriale".

In merito alle premesse generali più sopra richiamate, seguendo anche l'insegnamento della Cassazione (cfr. sentenza n. 32626/2006), occorrerà acquisire elementi che consentano al giudice la valutazione di due tipologie di elementi, il primo di carattere oggettivo (relativo alle

modalità e circostanze del fatto) ed il secondo di carattere soggettivo, attinente alla personalità dell'ente.

Quanto al primo elemento, quello oggettivo, si tratterà di valutare la gravità dell'illecito, ad esempio considerando il numero degli illeciti commessi, l'entità del profitto e lo stato di organizzazione dell'ente, cioè la sua capacità di agevolare o evitare la commissione dei reati.

La personalità dell'ente deve, invece, essere considerata secondo la politica d'impresa attuata negli anni e gli eventuali illeciti commessi in precedenza.

In particolare, la prognosi di pericolosità deve essere legata ad una effettiva valutazione della personalità dell'ente, desumibile dai comportamenti dallo stesso tenuti e indirizzati a sanare le proprie lacune organizzative, a privarsi degli eventuali profitti ricavati dalla consumazione del reato e a sanare le conseguenze dannose provocate, non potendo la stessa essere dedotta esclusivamente dalla commissione dell'illecito per cui si procede, posto che altrimenti tale pericolosità sussisterebbe in ogni caso fino a risultare tautologica (cfr. Tribunale di Milano, sentenza in data 14 dicembre 2004)¹²⁸.

Inoltre, si renderà necessario verificare se l'ente, nel caso di reati-presupposto commessi da soggetti in posizione apicale, abbia provveduto alla loro sostituzione o estromissione, posto che tale "reazione", come confermato in sede giurisprudenziale (cfr. Cass. sentenza n. 32626/2006), testimonierebbe favorevolmente l'esclusione della sussistenza del *periculum* richiesto in sede cautelare, purché ciò "*rappresenti il sintomo che l'ente inizi a muoversi verso un diverso tipo di organizzazione*", orientata nel senso della prevenzione dei reati.

In tale ambito, la polizia giudiziaria dovrà verificare, però, che la sostituzione del gruppo dirigente sia reale e non apparente, indirizzando l'attività investigativa in modo tale da accertare se i nuovi vertici designati dall'ente siano o meno strettamente collegati con gli apicali rimossi e se da questi ultimi continuino a ricevere direttive.

Con riguardo alla reiterazione degli illeciti, se è vero che l'adozione di un efficace, idoneo modello organizzativo certamente limita il pericolo di reiterazione dell'illecito, non è necessariamente vero l'inverso. Infatti, in tale ultimo caso, alla luce del dettato dell'art.45 (che tra l'altro omette qualsiasi riferimento ai modelli), non sarà possibile, sulla base di una sorta di presunzione *iuris et de iure*, desumere la pericolosità dell'ente, dovendosi comunque valutare l'idoneità della lacuna organizzativa a rendere effettivo il rischio di commissione futura di nuovi illeciti.

Infine, con riguardo alla rilevanza del profitto, tenendo conto di quanto statuito sul punto dalla giurisprudenza (cfr. Cass., sentenza n. 44992/2005, e G.I.P., Sez. XXXIII, presso Tribunale di Napoli, ordinanza in data 26.06.2007), la polizia giudiziaria non dovrà necessariamente procedere in ogni caso alla sua esatta quantificazione, potendo essere la stessa "*legittimamente dedotta dalla natura e dal volume dell'attività d'impresa, non occorrendo che i singoli introiti che l'ente ha conseguito dall'attività illecita posta in essere siano specificamente individuati né che se ne conoscano gli importi liquidati. Pertanto viene correttamente ritenuto di rilevante entità il profitto dell'ente per il fatto della sua partecipazione a numerose gare con assegnazione di appalti pubblici, avuto riguardo alle caratteristiche e alle dimensioni dell'azienda*".

In punto di profitto di rilevante entità, in sede giurisprudenziale (cfr. Cass., sentenze n. 44992/2005 e n. 32627/2006) è stato chiarito che il giudizio circa la sussistenza di un profitto "*di rilevante entità*" non discende automaticamente dalla considerazione del valore del contratto o del fatturato ottenuto a seguito del reato, seppure tali importi ne costituiscano, ove rilevanti, importante indizio, almeno con riferimento ad alcuni dei reati indicati negli artt. 24 e 25.

Tuttavia, corre l'obbligo segnalare che, ferme restando le indicazioni giurisprudenziali sopra riportate, occorrerà, laddove possibile, che la polizia giudiziaria proceda sempre alla

¹²⁸ Sul punto la Cassazione, nella sentenza appena sopra richiamata, ha statuito che "... è soprattutto lo stato dell'organizzazione dell'ente a dover essere valutato per una prognosi sulla pericolosità in quanto l'ente che non è attrezzato da questo punto di vista, che cioè non ha attuato modelli organizzativi idonei a prevenire i reati, è un soggetto pericoloso nell'ottica cautelare".

quantificazione del profitto conseguito dall'ente sia nell'ottica del sequestro preventivo finalizzato alla successiva confisca, anche per equivalente, ex combinato disposto degli artt. 19 e 53, sia nell'ottica di consentire all'A.G. competente la valutazione circa la non applicazione delle misure interdittive ai sensi dell'art. 17, posto che, tra le altre, una delle condizioni richieste (cfr. lettera c)) è che l'ente, prima dell'apertura del dibattimento di primo grado, quale concreta riparazione delle conseguenze del reato, abbia messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca.

Infine, con riguardo alle *misure cautelari reali*, con specifico riferimento al sequestro preventivo di cui all'art. 53, tenendo conto del dato letterale della norma nonché delle indicazioni rilevabili in sede giurisprudenziale (cfr. Cass., Sez. II, Penale, sentenze n. 316/2007 e n. 9829/2006), non occorre la prova della sussistenza degli indizi di colpevolezza, né la loro gravità, né il *periculum* richiesto per il sequestro preventivo di cui all'art. 321 c.p.p., comma 1, essendo sufficiente accertarne la confiscabilità una volta che sia astrattamente possibile sussumere il fatto in una determinata ipotesi di reato-presupposto.

a. La nozione di profitto nel contesto del D. Lgs. n. 231/2001

La problematica relativa alla individuazione della nozione di profitto rilevante ai fini del D. Lgs. n. 231/2001, dopo essere stata oggetto di diverse pronunce di merito e di legittimità, non sempre chiare ed univoche, è stata affrontata e risolta dalla Cassazione, SS.UU. Penali, con la sentenza n. 26654/2008¹²⁹.

Dopo aver premesso che in nessuna disposizione legislativa è possibile rinvenire una definizione della relativa nozione né tanto meno una specificazione del tipo di "profitto lordo" o "profitto netto", il supremo Organo di legittimità, analizzando il D. Lgs. n. 231/2001, evidenzia che il termine "profitto" è menzionato in diverse disposizioni del decreto, che disciplinano situazioni eterogenee, assumendo significati diversi in relazione ai differenti contesti normativi in cui è inserito.

In particolare, le Sezioni Unite sottolineano che il "profitto" costituisce:

- oggetto del riequilibrio economico-sociale in assenza di responsabilità dell'ente (art. 6, comma 5);
- oggetto della confisca-sanzione (artt. 9, 19 e 23);
- oggetto della confisca di quanto deriva dalla gestione commissariale disposta in sostituzione delle sanzioni o delle misure cautelari interdittive (art. 15, comma 4)¹³⁰;
- se di "rilevante entità", la condizione, alternativa alla recidiva, per l'applicazione nei confronti dell'ente delle sanzioni interdittive (art. 13, comma 1, lett. a) e 16, comma 1), ovvero circostanza aggravante dell'illecito connesso al reato-presupposto (art. 24, comma 2, art. 25, comma 3, art. 25-ter, comma 2, e art. 25-sexies, comma 2)¹³¹;
- se restituito al danneggiato, oggetto di una delle condotte "riparatorie" che l'ente deve porre in essere, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, per evitare l'applicazione delle sanzioni interdittive (art. 17, lett. c).

Ai fini che qui più interessano, con riguardo al profitto menzionato all'art. 19, viene sottolineato (richiamando anche le proprie sentenze n. 29952/2004, a SS.UU., e n. 26747/2003, Sez. VI)

¹²⁹ Avente per oggetto un'ipotesi di truffa aggravata perpetrata per ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico per l'esecuzione di prestazioni di servizi.

¹³⁰ E' solo questa l'ipotesi in cui il profitto s'identifica con l'utile netto, essendo tale confisca collegata ad un'attività lecita, proseguita da un commissario giudiziale, sotto il controllo del giudice, nell'interesse della collettività e non può che avere ad oggetto, proprio per il venire meno di ogni nesso causale con l'illecito, la grandezza contabile residuale.

¹³¹ Nella citata sentenza delle Sezioni Unite si legge che il profitto richiamato negli artt. 13, 16, 24 comma 2, 25 comma 3, 25-ter comma 2 e 25-sexies comma 2, evoca un concetto di profitto "dinamico", rapportato alla natura e al volume dell'attività d'impresa, ricomprendente vantaggi economici anche non immediati, comunque conseguiti attraverso la realizzazione dell'illecito, ma di prospettiva in relazione alla posizione di privilegio che l'ente collettivo può acquisire sul mercato in conseguenza delle condotte illecite poste in essere dai suoi organi apicali o da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di questi.

che esso va inteso come complesso dei vantaggi economici tratti dall'illecito e a questo strettamente pertinenti, dovendosi escludere, per dare concreto significato operativo a tale nozione, l'utilizzazione di parametri valutativi di tipo aziendalistico che conducano ad una sua identificazione con una grandezza di tipo residuale o come reddito di esercizio, determinato attraverso il confronto tra componenti positive e negative del reddito¹³².

Tuttavia, le Sezioni Unite chiariscono che, se le nozioni di profitto sopra delineate ben si adattano alle ipotesi di attività totalmente illecite, vi sono ipotesi, come quella dell'attività lecita d'impresa nel cui ambito occasionalmente e strumentalmente viene consumato il reato, in cui l'applicazione del principio relativo all'individuazione del profitto del reato, così come sopra illustrato, può subire una deroga o un ridimensionamento, nel senso che deve essere rapportata e adeguata alla concreta situazione che viene in considerazione.

In particolare, viene evidenziato che nell'ambito di rapporti di natura sinallagmatica, a prestazioni corrispettive, può essere difficile individuare e distinguere gli investimenti leciti da quelli illeciti, sottolineando come la genesi illecita di un rapporto giuridico, che comporta obblighi sinallagmatici destinati anche a protrarsi nel tempo, non necessariamente connota di illiceità l'intera fase evolutiva del rapporto, dalla quale, invece, possono emergere spazi assolutamente leciti ed estranei all'attività criminosa nella quale sono rimasti coinvolti determinati soggetti e, per essi, l'ente collettivo di riferimento¹³³.

Muovendo da tali considerazioni, la Cassazione, concludendo che il corrispettivo di una prestazione regolarmente eseguita dall'obbligato ed accettata dalla controparte, che ne trae comunque una concreta *utilitas*, non può costituire una componente del profitto da reato perché trova titolo legittimo nella fisiologica dinamica contrattuale e non può ritenersi *sine causa o sine iure*, ha affermato il principio secondo cui *"il profitto del reato nel sequestro preventivo funzionale alla confisca, disposto - ai sensi degli art. 19 e 53 del d. lgs. n. 231/01 - nei confronti dell'ente collettivo, è costituito dal vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato ed è concretamente determinato al netto dell'effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato, nell'ambito del rapporto sinallagmatico con l'ente"*¹³⁴.

Per le Sezioni Unite, dunque, deve essere in definitiva sottratto alla confisca il corrispettivo ricevuto per il compimento delle prestazioni contrattualmente pattuite, ancorché nei limiti dell'utilità conseguita dal danneggiato a causa del loro svolgimento¹³⁵.

¹³² Tale conclusione trova fondamento nella considerazione che il crimine non rappresenta in alcun ordinamento un legittimo titolo di acquisto della proprietà o di altro diritto su un bene e il reo non può, quindi, rifarsi dei costi affrontati per la realizzazione del reato: accedendo al diverso criterio del "profitto netto" si finirebbe per riversare sullo Stato il rischio di esito negativo del reato ed il reo, e per lui l'ente di riferimento, si sottrarrebbero a qualunque rischio di perdita economica.

¹³³ Non coincidendo il comportamento penalmente rilevante con la stipulazione dell'accordo, di per sé andando ad intaccare solo il processo formativo della volontà medesima ovvero la fase esecutiva del programma negoziale diviso dalle parti, la Suprema Corte afferma che *"è possibile enucleare aspetti leciti in quanto assolutamente lecito l'accordo e di per sé valido ed efficace il contratto"*, con la conseguente conclusione che, in tale ipotesi, fintantoché il contraente legittimato ad eccepire il vizio non ne chieda la pronuncia costitutiva di annullamento, il contratto rimane valido ed efficace e tanto *"va ad incidere inevitabilmente sull'entità del profitto illecito tratto dall'autore del reato e quindi dall'ente di riferimento"*.

¹³⁴ Il massimo Organo di legittimità ancora la propria conclusione alla previsione dell'art. 19 del D. Lgs. n. 231/2001, nella parte in cui la disposizione in oggetto sottrae alla confisca quella parte del profitto che può essere restituita al danneggiato. Al riguardo, la pronuncia precisa che nell'ambito di un rapporto sinallagmatico a maggior ragione l'utilità tratta dal danneggiato dallo svolgimento di prestazioni lecite, seppure incardinate nell'ambito di un affare illecito, non può essere imputata all'ente come profitto illecito.

¹³⁵ Tale principio è stato poi ulteriormente confermato dalla Cass., con le sentenze n. 38691/2009 (SS.UU. Penali.), n. 17897/2009 e n. 42300/2008 (Sez. VI, Penale). Nell'ultima sentenza richiamata, analizzando un'ipotesi di aggiudicazione di un appalto dalla pubblica amministrazione a seguito di un'attività di corruzione, il Collegio svincola la nozione di profitto di reato tanto dalla concezione aziendalistica (e cioè utile netto di gestione depurato dei relativi costi di esercizio) tanto da quella strettamente giuridica e quindi "totalizzante" che, cioè, comprende qualunque ricavo conseguito per effetto dello stipulato contratto di appalto. In particolare, afferma che *"in presenza di un contratto stipulato con la pubblica amministrazione ad esecuzione pluriennale, sebbene avente causa illegittima per essere stato il processo di formazione della volontà contrattuale con la p.a. distorto ed inquinato da una vicenda di corruzione propria antecedente, il profitto che l'ente societario o collettivo consegue dall'appalto criminalmente ottenuto dai suoi esponenti apicali non può globalmente omologarsi all'intero valore del rapporto sinallagmatico (a prestazioni corrispettive) in tal modo instaurato"*.

Per quanto sinora evidenziato, la polizia giudiziaria, nella sua attività di individuazione e quantificazione del profitto del reato, ricorrendo agli strumenti ed alle competenze tipiche della polizia economico-finanziaria, dovrà tener conto delle indicazioni emerse in sede giurisprudenziale, avendo cura di distinguere, non genericamente tra ricavo ed utile, ma se si versi o meno in ipotesi di attività totalmente illecita, nella considerazione di dover rispondere all'esigenza di differenziare, sulla base di specifici e puntuali accertamenti, il vantaggio economico derivante direttamente dal reato (profitto confiscabile) e il corrispettivo incamerato per una prestazione lecita eseguita in favore della controparte, pur nell'ambito di un affare che trova la sua genesi nell'illecito (profitto non confiscabile).

Nell'ipotesi di attività totalmente illecita, quale a titolo meramente esemplificativo l'ipotesi di truffa aggravata finalizzata all'indebito ottenimento di finanziamenti pubblici, potrà farsi ricorso, come è stato confermato *ex multis* dalla Cassazione con sentenza n. 14973/2009, ad una nozione di profitto del reato strettamente giuridica e quindi "totalizzante", cioè comprensiva di ogni beneficio derivante dalla commissione del reato-presupposto che a quest'ultimo sia legato da un vincolo di pertinenzialità¹³⁶.

Seguendo l'orientamento del Supremo Collegio, dunque, nell'ambito dell'attività investigativa, non si dovrà procedere ad operare una differenziazione tra profitto lordo e profitto netto, con la conseguente impossibilità per l'ente di scomputare i costi sostenuti per la consumazione del reato¹³⁷, ma occorrerà distinguere tra corrispettivo corrispondente al valore intrinseco delle opere e dei servizi resi a vantaggio del soggetto passivo del reato, ed eventuale guadagno remunerativo del rischio d'impresa lucrato dall'ente, il cui conseguimento è la stessa "causa" del reato presupposto, posto che solo tale ultimo potrà essere oggetto di confisca, e quindi di sequestro preventivo in fase cautelare.

Pertanto, l'organo investigativo dovrà considerare che l'area del profitto confiscabile può mutare a seconda del tipo di reato-presupposto ed anche delle modalità con cui quest'ultimo interferisce con l'esercizio dell'attività lecita, senza mai dimenticare di accertare in concreto il vincolo di pertinenzialità, che costituisce l'unico criterio selettivo, distinguendo tra quanto effettivamente pervenuto all'ente collettivo come immediata conseguenza dell'illecito, nella considerazione che, comunque, la nozione di profitto rimane saldamente ancorata al rapporto di dipendenza tra provento e reato, essendo il profitto definito come "una conseguenza economica immediata ricavata dal fatto di reato"¹³⁸.

b. Il sequestro preventivo per equivalente finalizzato alla confisca: generalità ed indicazioni emerse in sede giurisprudenziale

Come già anticipato nella Parte I, Capitolo 6, paragrafo 6., tra le sanzioni per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato, accanto alla sanzione pecuniaria, alla sanzione interdittiva e alla pubblicazione della sentenza di condanna, è prevista la confisca del prezzo o del

con l'amministrazione. Rapporto che impone di scindere il profitto confiscabile, quale direttamente derivato dall'illecito penale genetico del conseguito appalto pluriennale, dal profitto determinato dal corrispettivo di una effettiva e corretta erogazione di prestazione di comunque svolta in favore della stessa amministrazione, prestazioni che non possono considerarsi per immediato automatismo traslativo colorate da illiceità (per derivativa illiceità della causa remota)".

¹³⁶ Quanto, invece, al perimetro del beneficio aggiuntivo di tipo patrimoniale si ritiene che in esso debba rientrare anche la mancata diminuzione patrimoniale determinata dall'omesso esborso di somme per costi che si sarebbero dovuti sostenere, tipico del "vantaggio" realizzato dall'ente nelle ipotesi dei reati-presupposto in materia di tutela e sicurezza sul lavoro.

¹³⁷ In punto di oneri scomputabili dal profitto del reato, il Tribunale di Milano, con funzione di riesame, ordinanza in data 22.10.2007, ha ammesso quale unica detrazione la tassazione effettivamente versata onde scongiurare ingiustificate, ossia *sine titolo*, duplicazioni alla fonte e in seconda istanza, in sede di confisca. Il caso giudicato dal Tribunale meneghino riguardava il sequestro finalizzato alla confisca del profitto del reato comprensivo dei costi a fronte di attività illecite e penalmente rilevanti ovvero di attività di per sé stesse lecite ma di fatto dispiagate e finalizzate alla realizzazione del reato(-presupposto) di manipolazione del mercato, ma con scomputo, invece, degli oneri fiscali relativi a tale profitto già trattenuti alla fonte ex D. Lgs. n. 461/1997.

¹³⁸ Occorrerà individuare una correlazione diretta del profitto con il reato ed una stretta affinità con l'oggetto di questo, dovendosi escludere qualsiasi estensione indiscriminata o dilatazione indefinita ad ogni e qualsiasi vantaggio patrimoniale che possa scaturire, pur in difetto di un nesso diretto di causalità, dall'illecito.

profitto del reato, ad eccezione della parte che può essere restituita al danneggiato e «*salvi i diritti acquisiti dai terzi in buona fede*» (art.19, comma 1).

Qualora non sia possibile eseguire la confisca del prezzo o del profitto del reato, la stessa può avere ad oggetto somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente al prezzo o al profitto anzidetti (art. 19, comma 2).

In merito, va rilevato che l'art. 53, in funzione della successiva confisca di cui all'art. 19, prevede il sequestro preventivo delle medesime *res* e, quindi, non solo del profitto o del prezzo del reato di per sé, ma anche, per equivalente, espressamente applicandosi, inoltre, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli artt. 321, commi 3, 3-*bis* e 3-*ter*¹³⁹, 322¹⁴⁰, 322-*bis*¹⁴¹ e 323¹⁴² c.p.p..

Da ciò consegue, sul piano operativo, l'importanza determinante degli accertamenti compiuti dai Reparti del Corpo in quanto organi di polizia economica e finanziaria, relativamente alle disponibilità direttamente o indirettamente riconducibili agli enti responsabili ex D.Lgs. n. 231/2001, al fine di attivare già nella fase delle indagini preliminari il sequestro preventivo dei beni di cui è consentita la confisca, ai sensi del combinato disposto degli artt. 19 e 53 della normativa in rassegna.

Sul punto la polizia giudiziaria, nel proporre ovvero nell'eseguire la citata misura cautelare delegata dalla competente A.G., dovrà tener conto di alcune indicazioni emerse in sede giurisprudenziale che di seguito si riportano:

- la stima accurata del valore dei beni da sequestrare non può evidentemente precedere il sequestro degli stessi dal momento che altrimenti si renderebbe possibile la sottrazione dei beni alla successiva esecuzione del provvedimento cautelare. Tuttavia, è necessario, in occasione dell'esecuzione del sequestro per equivalente, procedere ad una comparazione, seppur di massima, tra il valore dei beni confiscabili e di quelli sequestrati (cfr. Cass., Sez., II Penale, sentenza n. 316/2007);
- in ipotesi di associazione temporanea di imprese (A.T.I.) fondata sul rapporto contrattuale del mandato con rappresentanza gratuito e irrevocabile conferito da più imprese alla capogruppo mandataria, la Suprema Corte ha affermato che ognuna conserva la propria autonomia in termini di responsabilità per reati commessi da soggetti apicali o sottoposti che funzionalmente hanno operato nell'interesse dell'ente di appartenenza, ravvisando una "*convergenza di responsabilità da inquadrarsi nell'ottica del concorso*".

¹³⁹ Art. 321 comma 3-*ter* c.p.p. "Oggetto del sequestro preventivo": "3-*ter*. Il sequestro perde efficacia se non sono osservati i termini previsti dal comma 3-*bis* ovvero se il giudice non emette l'ordinanza di convalida entro dieci giorni dalla ricezione della richiesta. Copia dell'ordinanza è immediatamente notificata alla persona alla quale le cose sono state sequestrate".

¹⁴⁰ Art. 322 c.p.p. "Riesame del decreto di sequestro preventivo": "1. Contro il decreto di sequestro emesso dal giudice l'imputato e il suo difensore, la persona alla quale le cose sono state sequestrate e quella che avrebbe diritto alla loro restituzione possono proporre richiesta di riesame, anche nel merito, a norma dell'articolo 324. 2. La richiesta di riesame non sospende l'esecuzione del provvedimento".

¹⁴¹ Art. 322-*bis* c.p.p. "Appello": "1. Fuori dei casi previsti dall'articolo 322, il pubblico ministero, l'imputato e il suo difensore, la persona alla quale le cose sono state sequestrate e quella che avrebbe diritto alla loro restituzione, possono proporre appello contro le ordinanze in materia di sequestro preventivo e contro il decreto di revoca del sequestro emesso dal pubblico ministero. 1-*bis*. Sull'appello decide, in composizione collegiale, il tribunale del capoluogo della provincia nella quale ha sede l'ufficio che ha emesso il provvedimento. 2. L'appello non sospende l'esecuzione del provvedimento. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni dell'articolo 310".

¹⁴² Art. 323 c.p.p. "Perdita di efficacia del sequestro preventivo": "1. Con la sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, ancorché soggetta a impugnazione, il giudice ordina che le cose sequestrate siano restituite a chi ne abbia diritto, quando non deve disporre la confisca a norma dell'articolo 240 del codice penale. Il provvedimento è immediatamente esecutivo. 2. Quando esistono più esemplari identici della cosa sequestrata e questa presenta interesse a fini di prova, il giudice, anche dopo la sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere impugnata dal pubblico ministero, ordina che sia mantenuto il sequestro di un solo esemplare e dispone la restituzione degli altri esemplari. 3. Se è pronunciata sentenza di condanna, gli effetti del sequestro permangono quando è stata disposta la confisca delle cose sequestrate. 4. La restituzione non è ordinata se il giudice dispone, a richiesta del pubblico ministero o della parte civile, che sulle cose appartenenti all'imputato o al responsabile civile sia mantenuto il sequestro a garanzia dei crediti indicati nell'articolo 316".

Da ciò consegue, in presenza di illecito plurisoggettivo, l'imputazione dell'intera azione delittuosa e dell'effetto conseguente in capo a ciascun concorrente: pertanto, la polizia giudiziaria potrà operare il sequestro preventivo, anche nella forma per equivalente, indifferentemente nei confronti di ciascuno dei concorrenti anche per l'intera entità del profitto accertato non essendo lo stesso ricollegato all'arricchimento di un soggetto piuttosto che di un terzo coinvolto, bensì alla corresponsabilità di tutti nella commissione dell'illecito senza che rilevi il riparto del relativo onere tra i concorrenti che costituisce fatto interno tra questi ultimi (cfr. Cass., SS.UU., sentenza n. 26654/2008; Cass., Sez. II, sentenze nn. 38599/2007, 9786/2007, 31989/2006, 30729/2006 e 10838/2006);

- confermando la non configurabilità del concorso tra il delitto di frode fiscale (art. 2 D. Lgs. n. 74/2000) e quello di truffa aggravata ai danni dello Stato (art. 640, n. 1, c.p.), dovendosi ritenere il secondo consumato nel (ovvero in rapporto di specialità con il) primo, ed estendendo tali conclusioni alla sede della responsabilità amministrativa degli enti, la Cassazione, Sez. II penale, con sentenza n. 41488/2009, ha statuito l'impossibilità di applicare la confisca per equivalente ex art. 19, e conseguentemente di operare in via cautelare il relativo sequestro preventivo di cui all'art. 53, non essendo tali strumenti previsti dal D.Lgs. n. 231/2001 anche per i reati tributari, che non rientrano tra i reati presupposto della responsabilità amministrativa degli enti.

Conseguentemente, in sede investigativa occorrerà evitare, in applicazione del principio di legalità, di scomporre un reato "complesso" concentrandosi solo su una parte della condotta per far derivare da questa determinate conseguenze, quali appunto la possibilità di attivare la misura cautelare del sequestro preventivo per equivalente.

Infatti, è stato ritenuto possibile *"ai fini elusivi della legge"* valorizzare *"esclusivamente gli elementi della truffa aggravata contenuti nel delitto tributario, del quale, è bene precisarlo, il legislatore ha escluso finora la natura di reato presupposto della responsabilità degli enti"* né tantomeno "scomporre" il delitto di frode fiscale *"al fine di apprezzarne penalmente una sua parte, solo con riguardo alla responsabilità della persona giuridica"*,

- con riferimento al momento di realizzazione del profitto, la Suprema Corte con sentenza del 12 aprile 2011 ha statuito che tale momento temporale è del tutto irrilevante ai fini dell'esecuzione del sequestro *"in quanto esso costituisce solo l'oggetto della sanzione-confisca, che ha il suo presupposto nell'esistenza del reato accertato con sentenza, condizione che il reato risulti commesso nella vigenza del decreto legislativo n. 231 del 2001"*. Pertanto, ciò che rileva ai fini dell'applicazione delle sanzioni previste dall'articolo 9 del D.Lgs. n. 231/2001 è il momento consumativo del reato e non quello della realizzazione del profitto, per cui l'intera disciplina sanzionatoria non trova applicazione in relazione a "fatti" commessi prima della sua entrata in vigore;
- con riguardo all'oggetto del sequestro preventivo per equivalente, oltre a richiamare quanto più sopra evidenziato relativamente alla nozione di "profitto", corre l'obbligo sottolineare che la Cassazione ha avuto modo di chiarire con le sentenze:
 - n. 42894/2009, che la misura cautelare può riguardare anche gli importi ottenuti dall'ente responsabile in via amministrativa a titolo di finanziamento da un istituto di credito, non assumendo rilevanza il credito da quest'ultimo vantato nei confronti del primo;
 - n. 7718/2009, Sez. V, penale, che il sequestro preventivo può essere operato anche in presenza di un reato presupposto che è rimasto al solo stadio di "tentativo", tenendo sempre presente però che lo stesso può riguardare il vantaggio economico direttamente ed effettivamente conseguito con l'illecito. Pertanto, la Suprema Corte conclude che *"l'imputazione a profitto di semplici crediti, anche se liquidi ed esigibili, non può essere condivisa poiché, in effetti, trattasi di utilità non ancora percepite ma solo attese ..."*¹⁴³.

¹⁴³ In merito, occorre segnalare che con la sentenza n. 27750/2010, la Suprema Corte, Sez. VI, penale, confermando che il profitto è individuabile soltanto in un effettivo arricchimento patrimoniale acquisito, ha escluso che lo stesso possa essere individuato nella liquidità ottenuta dalla cessione *pro-solvendo* ad un istituto di credito, di crediti vantati nei confronti della P.A., posto che tale credito, non ancora liquido ed esigibile, pur concretandosi in una temporanea

- n. 316/2007, Sez. II, penale, che le quote sociali non sono un bene della società ma dei soci, sicché possono essere sequestrate, ove ne ricorrano i presupposti, nei confronti di costoro ma non nei confronti della società ai sensi dell'art. 53 del D.Lgs. n. 231/2001;
- n. 31989/2006, giudicando un'ipotesi di truffa aggravata ai danni dello Stato, che il sequestro preventivo operato nei confronti dell'ente amministrativamente responsabile, preordinato alla confisca di beni per un valore equivalente al profitto del reato, può essere disposto anche nei confronti della persona fisica che ha concorso nel reato pur se il profitto sia stato interamente acquisito dalla società concorrente nel reato dato che vige, posta la natura sanzionatoria della confisca per equivalente, il principio solidaristico secondo cui l'intera azione delittuosa e l'effetto conseguente sono imputati a ciascun concorrente;
- n. 35748/2010, Sez. VI, penale, che il sequestro preventivo non può avere ad oggetto la somma presentata dall'ente incriminato a garanzia della prestazione poi oggetto di indagine giudiziaria, né, in analogia a quanto stabilito espressamente per la confisca che rappresenta però una misura patrimoniale definitiva, quella parte del profitto (somme o vantaggi) che può essere restituita al danneggiato. Con la citata sentenza, la Cassazione ha affermato la possibilità di sottoporre a sequestro preventivo diretto anche i crediti, quale profitto del reato, a condizione che gli stessi presentino i caratteri della certezza, liquidità ed immediata esigibilità, di modo che gli stessi siano equiparabili, a tutti gli effetti, ad un bene/incremento patrimoniale attuale, e non futuro ed incerto, sostanzialmente già nella disponibilità dell'avente diritto e tale da giustificare la sua apprensione ex artt. 19 e 53 del D.Lgs. n. 231/2001, escludendo invece che possano formare oggetto di sequestro preventivo (e quindi di confisca) per equivalente posto che in tale ipotesi *"il destinatario si vedrebbe privato di un bene già a sua disposizione in ragione di una utilità non ancora concretamente utilizzata"*;
- n. 14564/2011, che lo stesso, anche se conseguito prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 231/2001 può formare oggetto di sequestro preventivo per equivalente, posto che ciò che rileva ai fini della responsabilità in commento è la data di consumazione del reato-presupposto e non quella di realizzazione del profitto che costituisce solo l'oggetto della sanzione-confisca.

anticipazione di liquidità, comporta contestualmente l'assunzione di un debito di corrispondente importo, che verrà meno solo con la "liberazione del creditore cedente" che si verifica quando il cessionario ottiene il pagamento dal debitore ceduto.