

L.go Toscanini, 1
20122 Milano
Tel. 02 771971
Fax 02 77197260 - 02 794675 - 02 76015360
E-mail: santamaria@santalex.com
http://www.santalex.com

Via Carducci, 4
00187 Roma
Tel. 06 48904329
Fax 06 4827355

ITALIAN DESK AT KRAMER LEVIN
919 Third Avenue
New York, NY 10022 - 3852
Tel. (212) 715 - 9100
Fax (212) 715 - 8000
lsantamaria@kramerlevin.com

V - NEWSLETTER - N. 16

2 maggio 2002

Director: Prof. Avv. Alberto Santa Maria

La nuova disciplina della responsabilità delle società dopo il D.Lgs. n. 231/2001 e la Legge n. 366/2001

1. Il quadro di riferimento normativo comunitario e internazionale.

Il Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231, recante la "Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'art. 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300" ha introdotto un sistema di responsabilità - definita "amministrativa" - a carico delle persone giuridiche.

Le matrici "comunitarie" di tale innovazione del diritto nazionale vanno ricercate nella *Convenzione elaborata in base all'art. 31 (ex K.3) del Trattato sull'Unione europea*¹, relativa alla *tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee* (d'ora in avanti la "Convenzione"), siglata a Bruxelles il 26 luglio 1995².

Si tratta del primo accordo concluso ai sensi del titolo VI del Trattato sull'Unione europea, che prende in considerazione la rilevanza delle frodi ai danni del bilancio delle Comunità europee. Con detta Convenzione si riconosce che la tutela

degli interessi finanziari delle Comunità europee esige che ogni condotta fraudolenta che leda tali interessi dia luogo ad un'azione penale volta a reprimerla³. Alla luce di quest'impostazione, si riconosce che poiché le imprese svolgono un ruolo importante nei settori finanziati dai bilanci comunitari, le persone che esercitano un potere decisionale all'interno delle imprese non dovrebbero sfuggire alla responsabilità penale in determinate circostanze (art. 3).

Nell'Atto del Consiglio del 26 luglio 1995 che stabilisce la *Convenzione*⁴, è stata sottolineata l'opportunità di affiancare celermente alla Convenzione stessa strumenti giuridici supplementari, volti ad accrescere la tutela, mediante lo strumento penale, degli interessi finanziari delle Comunità europee.

¹ Cfr. l'art. 31 del Trattato firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992.

² GUCE n. C 316 del 27 novembre 1995, pp. 49-57.

³ La Convenzione, peraltro, non prevede, quale opzione necessitata, la responsabilità penale delle imprese, in quanto non si è voluto imporre un simile principio a paesi, come l'Italia o la Germania, il cui sistema costituzionale è fondato sul carattere personale della responsabilità penale.

⁴ GUCE n. C 316 del 27 novembre 1995, p. 48.

In quest'ottica, la Commissione ha presentato, all'inizio del 1996, un progetto di Secondo Protocollo⁵ della Convenzione che sancisce l'obbligo degli Stati membri di prevedere la responsabilità delle persone giuridiche⁶. Tale protocollo fa riferimento all'intenzione espressa dal Consiglio all'atto dello stabilimento della Convenzione, nonché alla Risoluzione del Consiglio del 6 dicembre 1994 sulla tutela giuridica degli interessi finanziari delle Comunità⁷. In quest'ultima, il Consiglio chiedeva espressamente che fosse prevista la possibilità di irrogare sanzioni alle persone giuridiche. In data 19 giugno 1997, è stato adottato dal Consiglio l'Atto che istituisce il Secondo Protocollo e questo è stato firmato dai rappresentanti dei governi degli Stati membri⁸.

In particolare, l'art. 3 del Secondo Protocollo, concernente la responsabilità delle persone giuridiche, prevede l'adozione, ad opera degli Stati membri, di misure dirette a riconoscere e rendere punibile la responsabilità delle persone giuridiche per la frode, la corruzione attiva ed il riciclaggio di denaro commessi a loro vantaggio da persone

⁵ Un Primo Protocollo della Convenzione è stato firmato a Dublino il 27 settembre 1996 (GUCE C 313 del 23 ottobre 1996). Vi si contemplano principalmente gli atti di corruzione in cui sono implicati funzionari nazionali e delle Comunità e che ledono, o potrebbero ledere, gli interessi finanziari delle Comunità europee. Il Protocollo concernente l'interpretazione, in via pregiudiziale, da parte della Corte di giustizia delle Comunità europee, della Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee è stato firmato il 29 novembre 1996 (GUCE n. C 151 del 20 maggio 1997). Tale ultimo strumento consente agli Stati membri, tramite una dichiarazione presentata all'atto della firma del protocollo o in qualsiasi altro momento successivo, di accettare la competenza della Corte a pronunciarsi, in via pregiudiziale, sull'interpretazione della Convenzione e del Primo Protocollo.

muniti di poteri di rappresentanza o controllo in seno alle stesse, quand'anche tali reati conseguano a semplici carenze di sorveglianza o di controllo da parte dei soggetti muniti dei relativi poteri. E ciò, senza escludere la possibilità di esercitare l'azione penale anche contro le persone fisiche che siano autori, istigatori o complici dei reati medesimi.

L'articolo 4, a sua volta, contempla l'introduzione, ad opera degli Stati membri, di "*sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive, che includono sanzioni pecuniarie o di natura penale o amministrativa*" di vario contenuto, irrogabili alle persone giuridiche di cui sopra.

Principi ispirati alla stessa logica sono presenti, in ambito comunitario, nella *Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale siano coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea*, siglata a Bruxelles il 26 maggio 1997, e, in ambito internazionale, negli articoli 2 e 3 della *Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali*, con annesso, firmata a Parigi il 17 dicembre 1997⁹.

Il progressivo consolidamento, nel diritto comunitario, del principio della tutela degli interessi finanziari delle

⁶ GUCE n. C 83 del 20 marzo 1996, p. 10.

⁷ GUCE n. C 355 del 14 dicembre 1994, p. 2.

⁸ GUCE C 221 del 19 luglio 1997, p. 12. L'importanza della finalizzazione e dell'attuazione di tale documento era già stata messa in evidenza nel piano d'azione del 1997 contro la criminalità organizzata, adottato dal Consiglio il 28 aprile 1997 (GUCE C 251 del 15 agosto 1997, p. 1) che raccomanda agli Stati membri "*di introdurre la responsabilità penale delle persone giuridiche*".

Comunità europee e della categoria giuridica della responsabilità penale delle persone giuridiche è ora confermato dal *draft* della *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla tutela penale degli interessi finanziari della Comunità*¹⁰. La necessità di raccogliere la disciplina dell'intera materia in una direttiva deriva dall'opportunità di evitare che il lungo e laborioso processo di ratifica della Convenzione e dei suoi protocolli, specialmente del secondo, determini ritardi nell'entrata in vigore di tali strumenti.

Per prevenire situazioni di stallo, che ostacolano la repressione delle frodi transnazionali e la cooperazione a livello europeo, la direttiva fonda la sua forza innovatrice sull'articolo 280 del Trattato CE¹¹; tale articolo costituisce la base giuridica specifica la quale, in virtù degli artt. 29 e 47 del Trattato UE - che stabiliscono la preminenza del diritto comunitario su quello dell'Unione - deve ormai essere utilizzata per l'adozione di misure nel settore della tutela degli interessi finanziari comunitari¹².

In particolare, l'articolo 9 della proposta di direttiva prevede che gli Stati membri siano tenuti ad adottare le misure

⁹ In particolare, l'articolo 2 stabilisce: *"Each Party shall take such measures as may be necessary, in accordance with its legal principles, to establish the liability of legal persons for the bribery of a foreign public official"*.

¹⁰ Legislazione in preparazione, documento n. 501PC0272.

¹¹ L'articolo 280 sostituisce il vecchio articolo 209a del Trattato CE ed è stato introdotto dal Trattato di Amsterdam, entrato in vigore il 1 maggio 1999; la nuova disposizione obbliga la Comunità, allo stesso titolo degli Stati membri, ad adottare misure che permettano di tutelare gli interessi finanziari comunitari in modo efficace ed equivalente in tutti gli Stati.

necessarie affinché le persone giuridiche possano essere dichiarate responsabili della frode, della corruzione attiva e del riciclaggio del denaro, commessi a loro beneficio da qualsiasi persona che agisca individualmente o in quanto membro di un organo della persona giuridica, che eserciti un potere direttivo in seno alla persona giuridica, fondato: a) sul potere di rappresentanza di detta persona giuridica; b) sull'autorità di prendere decisioni per conto della persona giuridica; c) sull'esercizio del controllo in seno a tale persona giuridica; le persone giuridiche possono inoltre essere dichiarate responsabili della complicità, dell'istigazione a commettere tale frode, corruzione attiva o riciclaggio di denaro o del tentativo di commettere tale frode¹³.

In ultimo, si ricorda che la responsabilità penale delle persone giuridiche è stata

¹² Così la citata Proposta di direttiva, nella Relazione introduttiva.

¹³ Ai sensi dell'art. 11, gli Stati membri sono tenuti a prendere *"i provvedimenti necessari affinché la persona giuridica dichiarata responsabile ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 1, sia passibile di sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive, che includono sanzioni pecuniarie o di natura penale o amministrativa e possono includere altre sanzioni tra cui: a) misure di esclusione dal godimento di un vantaggio o aiuto pubblico; b) misure di divieto temporaneo o permanente di esercitare un'attività commerciale, oppure, c) assoggettamento a sorveglianza giudiziaria, oppure, d) provvedimenti giudiziari di scioglimento"*.

¹⁴ Nel testo originale francese il titolo dell'articolo è *Responsabilité pénale des groupements*; il comma 1 dello stesso dispone: *"Sont également responsables des infractions définies ci-dessus (articles 1 à 8) les groupements ayant la personnalité morale, ainsi que ceux ayant la qualité de sujet de droit et étant titulaires d'un patrimoine autonome lorsque l'infraction a été réalisée pour le compte du groupement par un organe, un représentant ou toute autre personne agissant en son nom ou ayant un pouvoir de décision, de droit ou de fait"*. Il comma 2, precisa che *"La responsabilité pénale des groupements n'exclut pas celle des personnes physiques, auteurs, instigateurs ou complices des mêmes faits"*.

riconosciuta dall'articolo 13¹⁴ dell'Allegato II¹⁵ dei lavori del *Corpus juris*¹⁶.

2. Natura della responsabilità dell'ente: penale o amministrativa?

L'introduzione di sanzioni amministrative a carico di enti in conseguenza di reati commessi dalle persone fisiche ad essi appartenenti rappresenta una rilevante novità nel panorama generale dell'ordinamento italiano. Peraltro, da tempo anche in Italia, sulla falsariga delle soluzioni adottate a livello internazionale ed in sede comunitaria, parte della dottrina ritiene che il principio *societas delinquere non potest* debba essere superato, in quanto il principio del carattere personale della responsabilità penale (tradizionalmente desunto dall'art. 27, comma 1, della Costituzione) costituirebbe

¹⁵ Intitolato *Principes directeurs du Corpus Juris 2000*.

¹⁶ I lavori del *Corpus juris* riguardano la tutela penale degli interessi finanziari delle Comunità. Sono stati realizzati dall'Università di Utrecht e il testo integrale è disponibile su internet: <http://www.law.uu.nl/wiarda/corpus/index1.htm>. Il *Corpus juris*, che non è un Libro Verde e non costituisce un vero e proprio documento della Commissione delle Comunità europee, contiene un insieme di direttrici attraverso le quali la Commissione e il Parlamento intendono promuovere la riflessione e l'adozione di nuove soluzioni istituzionali.

¹⁷ Si veda la *Relazione al decreto legislativo n. 231/2001*, al punto 1.1: “[...] può dirsi oltretutto superata l'antica obiezione legata al presunto sbarramento dell'art. 27 Cost., e cioè all'impossibilità di adattare il principio di colpevolezza alla responsabilità degli enti”; e, ancora: “[...] appare ormai recessiva una concezione “psicologica” della colpevolezza, che ne esaurisce cioè il contenuto nel legame psicologico tra autore e fatto; di contro, la rinnovata idea di una colpevolezza intesa (in senso normativo) come rimproverabilità sembra perfettamente attagliarsi al fenomeno [...]”.

¹⁸ In Francia (benché in un diverso quadro normativo, che ammette l'assunzione, da parte di persone giuridiche, di funzioni amministrative in seno alle

frequentemente uno dei fattori genetici della criminalità societaria¹⁷. Sulla base di considerazioni simili, in altri ordinamenti, in ambito europeo e non¹⁸, sono già stati introdotti dei sistemi che contemplano l'irrogazione di sanzioni penali specificamente poste a carico delle società commerciali, tali da dare vita ad un nuovo *genus* di “responsabilità collegiale”.

Il fatto stesso che il decreto in esame si collochi all'intersezione tra diritto penale, diritto commerciale e diritto amministrativo conferisce alla nuova normativa una notevole valenza sistemica. Non è casuale il fatto che la responsabilità dell'“ente” sia stata definita formalmente come “amministrativa”, e che, al tempo stesso, siano stati disciplinati secondo schemi tipicamente “penalistici” alcuni essenziali caratteri di tale responsabilità ed i modi del suo accertamento. La stessa Relazione governativa al decreto, al punto 1.1, parla di un *tertium genus* “che coniuga i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo nel tentativo di contemperare le ragioni dell'efficacia preventiva con quelle, ancora più ineludibili, della massima garanzia”.

Si è affermato che la responsabilità in esame sia di natura penale a tutti gli effetti,

società), il codice penale del 1994 ha accolto il principio della responsabilità penale delle *personnes morales*. La responsabilità penale dei soggetti collettivi, inoltre, è contemplata nel codice penale olandese (dal 1976), da quello finlandese (dal 1995) e da quello danese (dal 1996), nonché da diverse disposizioni del diritto penale accessorio portoghese. Affermazioni della responsabilità penale delle persone giuridiche non sono mancate neppure nell'ordinamento statunitense; cfr. L. BERTONAZZI, *commento al decreto legislativo 231/2001*, in *Giornale di dir. amm.*, n. 10/2001, p. 978.

¹⁹ In questo senso, C.E. PALIERO, *Il d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. giur.* 7/2001, p. 845.

al di là delle etichette “di facciata”¹⁹, e ciò sulla base di tre parametri principali:

- (a) la connessione diretta con la *commissione di reati* (e non di illeciti amministrativi);
- (b) la cognizione relativa a siffatta responsabilità, demandata al *giudice penale*;
- (c) l'*autonomia* della responsabilità *ex crimine* della persona giuridica (affermata espressamente dall'art. 8), che persiste anche quando “l'autore materiale del reato non sia individuato o non sia imputabile”, o quando “il reato si estingue per causa diversa dall'amnistia”.

Il nuovo testo legislativo affievolisce alcuni tradizionali elementi di distinzione tra la sanzione penale e quella amministrativa, sia quanto ai rispettivi presupposti sia quanto ai relativi principi generali di regolamentazione.

A titolo esemplificativo, l'art. 3, in tema di successione di leggi nel tempo, ricalcando parzialmente l'art. 2 del codice penale), esclude la responsabilità dell'ente “*per un fatto che secondo una legge posteriore non costituisce più reato*” ovvero “*in relazione al quale non è più prevista la responsabilità amministrativa dell'ente*”: la disposizione, innovando rispetto alla consolidata giurisprudenza, estende alle sanzioni amministrative nella materia in oggetto l'applicazione del principio che, in materia penale, consente al reo di beneficiare degli effetti della legge più favorevole entrata in vigore dopo la commissione dell'illecito²⁰.

3. I tratti salienti e caratterizzanti della riforma

3.1 I soggetti destinatari e i reati rilevanti

L'art. 1 del D.Lgs. 231/2001 circoscrive l'ambito di applicazione delle nuove norme, disponendo che esse si applicano agli enti forniti di personalità giuridica ed alle società ed associazioni, anche se prive di personalità giuridica, con esclusione dello Stato, degli enti pubblici non economici nonché degli altri enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale. Quindi, anche gli enti pubblici economici sono assoggettati alla nuova disciplina.

Il punto di partenza per l'attribuzione di responsabilità amministrativa alla società, ai sensi del decreto in esame, è la commissione o il tentativo di uno dei reati dolosi ipotizzati dagli artt. 24 e ss. ad opera di una persona fisica che si trovi in una determinata relazione con la società medesima²¹.

I reati in questione sono: la malversazione a danno dello Stato, l'indebita percezione di erogazioni pubbliche, la truffa ai danni dello Stato

²⁰ Secondo la Relazione al decreto, punto 3.1, l'opportunità del citato art. 3 del decreto deriva “*dall'incisività delle nuove sanzioni, tale da meritare all'ente la stessa disciplina di favore prevista nei confronti dell'imputato persona fisica*”; cfr. sul punto anche S. GENNAI, A. TRAVERSI, *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato, Commento al D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2001, p. 26.

²¹ R. RORDORF, *I criteri di attribuzione della responsabilità. I modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i reati*, in *Le società*, 11/2001, p.

o di altro ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche, la frode informatica in danno dello Stato o di altro ente pubblico (art. 24); la concussione, la corruzione e l'istigazione alla concussione (art. 25)²²; la falsità in monete, in carte di pubblico credito e in valori di bollo (art. 25-bis).

La recente legge delega 3 ottobre 2001, n. 366 per la riforma del diritto societario, poi, ha esteso l'applicazione della disciplina in esame anche ai nuovi reati societari (si veda, in particolare, l'art. 11, lett. h, di tale legge); tra questi, in particolare, si segnala la nuova disciplina del falso in bilancio, del falso in prospetto o nelle comunicazioni sociali ad opera degli amministratori, dei direttori generali, dei sindaci e dei liquidatori (art. 11, lett. a), numero 1).

La legge n. 366/2001, dunque, a breve distanza di tempo dall'entrata in vigore del D.Lgs. 231/2001, ha realizzato un significativo e penetrante ampliamento dell'ambito di operatività della "nuova responsabilità amministrativa" delle società, ben al di là delle originarie intenzioni del legislatore, ed ha così conferito al decreto stesso una portata affatto diversa da quella iniziale²³. La scelta trova ora conferma nell'art. 3 dello schema di decreto legislativo di riforma dei reati societari, approvato dal Consiglio dei

¹²⁹⁷, parla di una responsabilità non indiretta, ma "in qualche modo consequenziale".

²² La previsione riguarda, ovviamente, le ipotesi di concorso di persona, priva della necessaria qualifica di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio (il dirigente della società), nella concussione commessa da persona dotata di tale qualifica.

²³ Cfr. l'art. 11 della l. n. 366/2001, ove è l'indicazione dei reati di nuova formulazione.

Ministri l'11 gennaio 2002, con il quale viene introdotto, nel D.Lgs. 231/2001, l'art. 25-ter che prevede sanzioni pecuniarie di diversa gravità per i soggetti dianzi indicati che si siano resi responsabili di taluno dei nuovi reati societari, sanzione che è aumentata qualora l'ente abbia conseguito un profitto di rilevante entità²⁴. L'ampliamento della sfera d'applicazione del decreto 231 comporta, tra l'altro, che l'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione e controllo di cui *infra* dovrà ora essere vagliata anche alla luce delle nuove, numerose fattispecie dalle quali può scaturire la responsabilità amministrativa degli enti. Vale la pena di aggiungere che lo schema del decreto legislativo appena citato prevede minori vincoli per il giudice penale nell'irrogazione di sanzioni interdittive: infatti, a differenza di quanto è previsto nel D.Lgs. 231/2001, non dovranno più sussistere le condizioni di rilevanza del profitto tratto dall'illecito o la reiterazione del reato per l'applicazione di dette sanzioni.

3.2 I criteri di imputazione

Nell'esaminare quali relazioni debbano sussistere tra la persona fisica imputabile del reato e l'ente chiamato a risponderne in via amministrativa, la legge distingue due tipi di relazione:

²⁴ Sul punto, cfr. L.D. CERQUA, *Il nuovo assetto delle responsabilità delle società dopo le recenti novità normative, D.Lgs. 231/2001 in tema di responsabilità amministrativa delle società, Legge 366/2001 in tema di riforma del diritto societario*, dagli Atti del Convegno *La nuova disciplina delle responsabilità degli amministratori e delle società dopo il D.Lgs. 231/2001 e la legge 366/2001*, a cura di ITA, Gruppo SOI, Milano, 21 e 22 febbraio 2002, p. 7.

a) quella facente capo a “*soggetti in posizione apicale*”, cioè a “*persone che esercitino funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell’ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale*” (i vertici amministrativi e dirigenziali), ovvero la sussistenza di un *rapporto di rappresentanza* (art. 6), e

b) quella riguardante “*soggetti sottoposti all’altrui direzione*” (art. 7), ovvero la sussistenza di un *rapporto di subordinazione*.

La distinzione è rilevante perché i modelli organizzativi e gestionali operano in modi diversi nei due casi.

La prima figura corrisponde, nella struttura societaria, a quella degli amministratori, dei direttori generali, dei preposti a sedi secondarie e, in caso di organizzazione divisionale, dei direttori di divisione. Più in generale, il riferimento è a tutti gli organi di gestione e di controllo, che svolgano funzioni gestorie o preposti alla verifica ed all’efficacia dell’azione amministrativa tra i quali anche i consiglieri delegati e i componenti dei comitati esecutivi, nonché i componenti dei consigli di gestione, previsti dalla legge 3 ottobre 2001, n. 266; all’interno di tale novero debbono ritenersi inclusi anche i procuratori che abbiano agito sotto la vigilanza degli amministratori che li hanno nominati²⁵.

²⁵ V. SALAFIA, *Amministrazione e controllo delle società di capitali nell’ordinamento societario previsto dalla delega contenuta nella legge n. 366 del 2001 e responsabilità amministrativa delle società fornite di personalità giuridica*, dagli Atti del Convegno *La nuova disciplina delle responsabilità*, cit., 21-22 febbraio 2002, cit., p. 5.

Si sottolinea che la disposizione dell’art. 5, comma 1, lett. a), fa espresso riferimento anche a coloro che anche soltanto “*di fatto*” esercitano “*la gestione ed il controllo*” dell’ente; al riguardo, non detengono il necessario potere gestorio, anche se i relativi atti possono essere diretti a procurare vantaggio alla società o all’ente, i sindaci in quanto tali, salvo che abbiano agito su istigazione di uno o più degli amministratori o di un loro procuratore²⁶. A seguito dell’emanazione della legge 266/2001, peraltro, la responsabilità amministrativa dell’ente potrà derivare oltre che dai reati degli amministratori, anche da quelli dei liquidatori, dei direttori generali e, quel che più conta, dei sindaci, *sempreché* siano stati commessi *nell’interesse della società*²⁷.

Sussistendo il primo tipo di rapporto, quello di *rappresentanza*, si avrà una responsabilità *tendenzialmente assoluta* dell’ente; sussistendo il secondo tipo di rapporto, quello di *subordinazione*, si avrà una responsabilità dell’ente soltanto *per colpa nella vigilanza*²⁸.

Tuttavia, la sola esistenza di uno di tali rapporti in capo all’autore del reato non basta a far sorgere la responsabilità amministrativa dell’ente: occorre, ancora, che il reato sia stato commesso *nell’interesse o a vantaggio*, anche non esclusivo, dell’ente medesimo (art. 5, commi 1 e 2)²⁹. La

²⁶ *Id.*, p. 6.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Così C.E. PALIERO, *op. cit.*, p. 845.

²⁹ In altri termini, occorre che il fatto non sia stato commesso nell’interesse esclusivo dell’autore del reato o di terzi, poiché in tal caso l’accertamento riguarderà soltanto la persona fisica dell’imputato.

società, comunque, risponde sia nell'ipotesi in cui l'autore del reato lo abbia commesso con l'intenzione di perseguire un *interesse* (esclusivo o concorrente) dell'ente, sia nell'ipotesi in cui, al di là di ogni intenzione dell'autore, il reato si riveli *de facto vantaggioso* per l'ente medesimo. L'applicazione del primo criterio richiede una valutazione dello stato psicologico dell'autore considerato *ex ante*, mentre il secondo criterio consente una valutazione *a posteriori* degli effetti concreti della condotta; in entrambi i casi, la responsabilità amministrativa della società o dell'ente dipenderà dall'accertamento positivo di una responsabilità penale dell'imputato, il quale abbia nella società o nell'ente uno dei ruoli indicati nel citato art. 5.

L'adozione di tali criteri d'imputazione della responsabilità non è nuova nel nostro sistema giuridico. Ricalca, infatti, l'analogo sistema (inizialmente di natura penale, poi depenalizzato e, infine, abrogato in sede di liberalizzazione valutaria) contenuto nell'art. 4, comma 2 della legge 5 dicembre 1938, n. 1928, contenente le norme per la repressione delle violazioni delle leggi valutarie, in relazione alla responsabilità solidale, sia degli amministratori sia della società, rispetto all'autore materiale della violazione a carattere valutario.

3.3 Le sanzioni

Negli artt. da 9 a 23 del decreto sono disciplinate le sanzioni amministrative applicabili all'ente: la sanzione pecuniaria; la sanzione interdittiva; la confisca del prezzo o del profitto del reato; la pubblicazione della sentenza.

La sanzione pecuniaria presenta una particolare ed interessante caratteristica: essa viene determinata in due fasi. Nella prima fase, si procede preliminarmente alla definizione dell'importo di ciascuna quota (per un importo compreso tra cinquecentomila lire e i tre milioni di lire), tenendo conto delle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente e, in relazione a ciò, della prevedibile efficacia della sanzione; nella seconda fase, si procede alla definizione del "numero di quote" - comprese in un *range* da cento a mille - applicabili all'ente condannato.

Le sanzioni interdittive sono le seguenti:

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

Il criterio di scelta tra le sanzioni interdittive (art. 14) è correlato alla specifica attività alla quale si riferisce l'illecito dell'ente; in ossequio ad un'evidente esigenza di garanzia, l'interdizione integrale dall'esercizio

dell'attività si applica soltanto quando altre sanzioni interdittive risultino inadeguate.

L'art. 15, comma 1, stabilisce che, *in luogo dell'applicazione* di una qualsiasi sanzione interdittiva temporanea che determini l'interruzione dell'attività dell'ente, il giudice dispone la prosecuzione dell'attività dell'ente da parte di un *commissario*, per un periodo di tempo pari alla durata della pena interdittiva che sarebbe stata applicata, ove ricorra *alternativamente* una delle seguenti situazioni pregiudizievoli per la collettività: a) se l'ente svolge un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità, ovvero, b) se l'interruzione dell'attività dell'ente, tenuto conto delle dimensioni dell'ente e delle condizioni economiche del territorio in cui è situato, provoca rilevanti ripercussioni sulla occupazione.

La figura del commissario può essere assimilata a quella del commissario giudiziale di cui all'art. 165 della legge fallimentare (regio decreto 16 marzo 1942, n. 267) per la procedura di concordato preventivo e all'art. 191 della medesima legge per la procedura di amministrazione controllata, nonché a quella dell'amministratore giudiziario di cui all'art. 2409 c.c.. La mancanza, per altro, anche nel testo della Relazione, di un qualsiasi coordinamento sistematico della nuova figura con quelle affini già citate o con figure analoghe previste da discipline di settore, quale, ad esempio, quella bancaria, potrebbe essere fonte di incertezze interpretative o anche di difficoltà di coordinamento in situazioni

complesse, in presenza di interventi concorrenti.

Il commissario *ex art. 15 D.Lgs. 231/2001* può compiere gli atti di ordinaria amministrazione e soltanto con l'autorizzazione del giudice gli eventuali atti di straordinaria amministrazione. In particolare, è demandata al commissario l'adozione dei modelli organizzativi e di controllo idonei a prevenire, in futuro, la commissione di analoghi reati.

Il profitto derivante dalla prosecuzione dell'attività concessa ai sensi dell'art. 14, comma 1, è soggetto a *confisca* (art. 15, comma 4): appare logico, infatti, che l'ente non possa ricavare un profitto dalla prosecuzione di un'attività che integrerebbe i presupposti applicativi di una sanzione interdittiva la quale non viene irrogata -e viene al contrario *sostituita*- soltanto in virtù delle particolari ragioni di tutela su richiamate.

La minaccia di sanzioni interdittive, in considerazione dell'elevato grado di afflittività delle stesse, costituisce un efficace strumento di pressione diretto a favorire l'adeguamento, da parte degli enti potenzialmente interessati, alle prescrizioni del decreto in esame. Si tratta, infatti, di sanzioni che possono incidere sulla stessa sopravvivenza dell'ente, essendo prevista la possibile interdizione in via definitiva dall'esercizio dell'attività o il possibile divieto definitivo di contrattare con la pubblica amministrazione o di pubblicizzare beni o servizi nei casi, specificati dall'art. 16 del decreto, in cui emerga una spiccata propensione delittuosa dell'ente. Non resta che auspicare un'applicazione accorta delle

sanzioni stesse da parte dei Tribunali penali.

4. I modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i reati

La previsione di “modelli organizzativi e gestionali” idonei a prevenire i reati in questione costituisce uno degli aspetti più innovativi dell’intero sistema delineato dalla legge (quella delegata, ben inteso, perché di tale aspetto nella legge di delega non vi era traccia).

Si tratta di una derivazione dei *compliance programs* presenti nel sistema statunitense, a seguito della cui introduzione si può prevedere che almeno le più importanti società, allo scopo di ridurre il rischio derivante da comportamenti individuali illegittimi, provvederanno a dotarsi di un insieme di regole procedurali interne. Come risulta dalla Relazione al decreto 231, “*piuttosto che sancire un generico dovere di vigilanza dell’ente [...] si è preferito riempire tale dovere di specifici contenuti*”, richiedendo all’ente stesso “*l’adozione di modelli comportamentali specificamente calibrati sul rischio-reato*” ai fini dell’esenzione da responsabilità.

I punti salienti di queste regole “interne” sono sommariamente enunciati dall’art. 6, comma 2, del decreto, per le *persone “in posizione apicale”* e dall’art. 7 per quel che concerne i *dipendenti*, “*soggetti all’altrui vigilanza e controllo*”.

Ai sensi dell’art. 6, comma 1, l’ente, se vuole beneficiare dell’esimente, deve provare che:

- a) l’organo dirigente ha *preventivamente ed efficacemente adottato un modello di organizzazione e gestione* idoneo a prevenire il reato verificatosi;
- b) il compito di *vigilanza* sul funzionamento del modello e di curare il loro aggiornamento è stato affidato “*a un organismo dell’ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo*”;
- c) gli autori materiali del reato lo hanno commesso *eludendo fraudolentemente* i modelli (ipotesi del c.d. “*amministratore infedele*”, ai sensi della Relazione);
- d) *non* vi sia stata “*omessa o insufficiente vigilanza da parte dell’organismo di cui alla lettera b)*”.

In particolare, ai sensi del comma 2 del medesimo art. 6, il modello deve:

- a) *individuare le attività a rischio* di commissione dei reati di concussione, corruzione, frode pubblica previsti dagli articoli 24 e ss. del decreto nonché dei nuovi reati societari previsti dalla l. 366/2001;
- b) *predisporre i protocolli* che programmino la formazione e l’attuazione delle decisioni apicali “*in relazione ai reati da prevenire*”;
- c) prevedere “*modalità di individuazione e di gestione delle risorse finanziarie destinate all’attività nel cui ambito possono essere commessi reati*”;
- d) assegnare, ai livelli più acconci, *obblighi d’informazione* nei confronti dell’organismo di controllo;

e) varare “*un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello*”.

L'adozione *preventiva* dei predetti modelli serve ad *escludere, in radice, la responsabilità dell'ente* per i reati commessi dai propri dirigenti, rappresentanti o dipendenti (artt. 6 e 7).

È opportuno precisare che la legge prevede l'adozione del modello in termini di facoltatività e non di obbligatorietà. La mancata adozione non comporta alcuna sanzione, ma fa venire meno la condizione giuridica per potere beneficiare della citata esimente. Si può, in tale senso, parlare di un “onere” gravante sull'ente per beneficiare della peculiare causa di esclusione della punibilità³⁰ in esame.

È importante osservare che l'adozione e l'attuazione concreta di idonei modelli preventivi può rilevare anche *post factum*, cioè dopo la commissione del reato ma prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado nel processo penale, nel senso che può comportare una riduzione della pena da un terzo alla metà ed evitare *a posteriori* l'applicazione delle più gravi sanzioni interdittive, sempre che concorrano le due condizioni ulteriori della condotta “*riparatoria*” (di danni o conseguenze pregiudizievoli) e della *messa a disposizione del profitto* da confiscare. Questo potrebbe comportare due

³⁰ V. SALAFIA, *op. cit.*, *La valutazione giudiziaria del modello di prevenzione degli illeciti dei quali devono rispondere le persone giuridiche, le società e le associazioni, anche prive di personalità giuridica*, dagli Atti del citato Convegno in data 21-22 febbraio 2002, p. 2.

conseguenze entrambe negative: un minor incentivo ad adottare efficaci modelli come strumento preventivo, da un lato, e un prevedibile scarso ricorso a misure interdittive, dall'altro, se non a titolo cautelare³¹.

Gli effetti dell'adozione preventiva dei modelli sull'attribuzione di responsabilità dell'ente, peraltro, variano a seconda che il reato sia stato commesso da un soggetto “apicale” o da persona “soggetta all'altrui vigilanza”.

Una prima differenza da questo punto di vista risiede nel regime dell'*onere della prova*, giacché soltanto con riferimento ai soggetti “apicali” la legge pone a carico dell'ente l'onere di provare l'*adozione* e l'*efficace attuazione* preventiva di uno di tali modelli; nella prassi processuale, tuttavia, la diversa distribuzione dell'onere probatorio potrebbe rivelarsi, in ultimo, priva di rilevanza concreta.

La vera differenza tra le due ipotesi è però di un altro ordine. Nel caso di reato “*apicale*”, l'ente potrà sottrarsi alla responsabilità solo a condizione di aver formalmente adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione; nel caso di reati commessi da *dipendenti soggetti ad altrui direzione o vigilanza*, invece, la responsabilità dell'ente potrà essere esclusa, anche senza la preesistente formale adozione del modello, ogni qual volta risulti che non vi è stata alcuna violazione dei generici obblighi di direzione e vigilanza ai quali, comunque, i sottoposti debbono essere assoggettati e che, pertanto, non è da tale omissione che la violazione è stata resa

³¹ Si veda, R. RORDORF, *cit.*, p. 1304.

possibile: secondo l'art. 7, comma 1, infatti, l'ente è responsabile se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza di tali obblighi.

Secondo alcuni Autori, quella posta a carico dell'ente nel caso di reati "apicali" sarebbe una sorta di *probatio diabolica*³². L'ente, infatti, sarebbe chiamato a dimostrare non solo l'efficacia del modello preventivamente adottato (efficacia già di per sé posta in dubbio dalla commissione del reato che si doveva prevenire) e la costituzione dell'apposito organismo di vigilanza, ma dovrà anche dimostrare che tale organismo ha efficacemente vigilato e, addirittura, che colui che ha commesso il reato ha eluso "*fraudolentemente*" i modelli di organizzazione e gestione. Sembra, pertanto, che soltanto con il soddisfacimento cumulativo delle quattro condizioni sopra esposte, la società possa andare esente da colpa.

Il decreto prevede, dunque, una vera e propria inversione dell'onere della prova che risulterebbe ancora più gravosa, come è ammesso dalla stessa Relazione al decreto, se dovesse radicarsi, nella pratica giudiziaria, il convincimento che la stessa realizzazione del reato dimostri l'inidoneità del modello adottato³³. Appaiono legittime, pertanto, le perplessità suscitate da quest'aspetto della nuova disciplina.

³² S. GENNAI, A. TRAVERSI, *cit.*, p. 48. Si veda anche A. FIORELLA, *I modelli organizzativi di controllo*, dagli Atti del Convegno *La nuova disciplina delle responsabilità*, 21-22 febbraio 2002, *cit.*, p. 14.

³³ La Relazione, al punto 3.4, ammette che, nel caso di reati commessi da un vertice, "*questa prova non sarà mai agevole; si rivelerà poi praticamente impossibile nel caso di ente a base manageriale ristretta*".

I modelli organizzativo-gestionali destinati a prevenire i reati dei *soggetti sottoposti all'altrui direzione* sono definiti come modelli di organizzazione e di gestione, ma anche di controllo (art. 7, comma 2); essi avranno probabilmente una rilevanza inferiore anche perché, quanto meno nelle imprese di maggiori dimensioni, un corretto sistema di controllo interno dovrebbe già oggi assolvere alle funzioni proprie di tali modelli. Il modello dovrà risultare idoneo alla prevenzione di reati *della stessa specie di quello verificatosi* (art. 7, comma 2): il giudice, dunque, non dovrà interrogarsi sull'idoneità del modello in astratto, ma soltanto sulla sua capacità di prevenzione in relazione al concreto illecito, oggetto del giudizio in corso; in funzione delle dimensioni dell'organizzazione e del tipo di attività svolta, inoltre, il modello appronterà "*misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio*" (art. 7, comma 3).

Per i modelli destinati alla prevenzione dei reati dei soggetti subordinati, poi, non è previsto che debba essere istituito un organismo di vigilanza sulla concreta attuazione degli stessi, sull'implicito presupposto che un tale compito naturalmente spetti a chi esercita la direzione dell'impresa. Sono infine previste per i modelli in esame sia l'adozione di un *sistema disciplinare* che sanzioni le violazioni delle prescrizioni del modello, sia una *verifica periodica* e l'eventuale *aggiornamento* del modello quando siano scoperte significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengano mutamenti nell'organizzazione e nell'attività (art. 7, comma 4).

Al di là della distinzione tracciata tra i due ordini di modelli *ex artt.* 6 e 7, si può agevolmente prevedere che le società tenderanno a premunirsi di modelli volti alla prevenzione sia dei reati “apicali” che dei reati dei “soggetti sottoposti all’altrui direzione”, conferendo all’organismo deputato a vigilare sull’osservanza e sul funzionamento dei modelli del primo tipo anche il compito di vigilare sui modelli del secondo tipo.

Per quanto concerne, più in generale, le *modalità di adozione del modello*, posto che certamente questa deve avvenire in modo formale, si pone il quesito se la relativa deliberazione sia di competenza dell’organo amministrativo o se postuli, invece, un qualche coinvolgimento dell’assemblea: in altri termini, se l’istituzione del modello debba o meno trovare formale recepimento nello statuto societario.

La legge fornisce soltanto un’indicazione indiretta al riguardo, conferendo all’“organo dirigente” dell’ente il compito di adottare ed attuare efficacemente il modello; ciò potrebbe indurre a concludere per la massima libertà di scelta da parte di ciascuna società, non potendosi escludere in via di principio che anche l’organo amministrativo, in quanto posto al vertice dell’impresa, abbia titolo per emanare disposizioni procedurali interne, quali quelle in esame³⁴. In questo caso, il modello di organizzazione impeditivo della criminalità “apicale”, dovrà coinvolgere anche l’attività degli stessi amministratori autori del modello predetto ed il suo funzionamento andrà

così ad incidere sull’attività stessa di chi lo predispone; si è perciò ritenuto preferibile che l’istituzione dell’intera struttura sia oggetto di previsione statutaria. Ciò, infatti, impedirebbe che coloro che subentrano nella funzione amministrativa sopprimano o modifichino il modello senza una sufficiente ponderazione e senza una opportuna delibazione da parte dei soci, sul cui patrimonio, in definitiva, finiscono per incidere le sanzioni irrogabili in caso d’inidoneità della struttura³⁶. La sanzione statutaria, inoltre, vincolerebbe tutti gli amministratori a curare la fedele attuazione del sistema preventivo in ogni tempo.

4.1 Il controllo interno

Un cenno merita, per la delicatezza del tema e la carenza di indicazioni univoche nel testo normativo, la disposizione secondo la quale i *compiti di vigilanza ed aggiornamento del modello* debbono essere affidati ad un “*organismo dell’ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo*” (art. 6, comma 1, lett. b)).

Questa disposizione, cui si sottraggono gli enti di piccole dimensioni nei quali la funzione di vigilanza può essere esercitata anche dal solo organo dirigente (art. 6, comma 4), solleva non pochi problemi di coordinamento con i sistemi di controllo e vigilanza già presenti nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitata di maggiori dimensioni. La difficoltà nasce dal mancato coordinamento tra la

³⁴ In questo senso, R. RORDORF, *cit.*, p. 1301.

³⁵ Cfr. V. SALAFIA, *op. cit.*, p. 98 e p. 3.

³⁶ *Ibidem*.

nozione di *controllo interno*, mutuata dal diritto anglosassone, e l'istituto del collegio sindacale, sconosciuto nei paesi di *common law*.

Nel nostro ordinamento, forme di controllo interno sono previste dal Testo unico della finanza³⁷, in relazione alle società quotate, mentre, con riferimento alle società di diritto speciale, si trovano disposizioni in proposito in alcuni Regolamenti della Consob e della Banca d'Italia. Più precisamente, con riguardo alle società abilitate alla prestazione di servizi d'investimento, l'art. 57 del *Regolamento Consob* n. 11522 del 1 luglio 1998³⁸ prevede che la funzione di *controllo interno* sia affidata ad un responsabile, *svincolato da rapporti gerarchici*, tenuto a riferire *direttamente* al consiglio di amministrazione ed al collegio sindacale circa i risultati della propria attività di vigilanza sull'attuazione delle procedure interne alla società e sulla loro idoneità ad assicurare il rispetto della normativa vigente.

Disposizioni in tema di *controllo interno* per le società di gestione del risparmio e per le Sicav, poi, sono contenute nel *Regolamento* 1 luglio 1998 della Banca d'Italia e, per le Sim, nel *Regolamento* 4 agosto 2000 della stessa Banca d'Italia; in proposito, si ricorda che tali disposizioni, a differenza di quanto sembra prevedere il D.Lgs. 231/2002, ammettono anche

³⁷ L'obbligo per le società quotate di istituire una specifica procedura di *controllo interno* è desumibile dagli artt. 149, comma 1, lett. c), e 150, comma 3, del D. Lgs. 58/98; gli artt. 148-154 del Tuf, in particolare, ampliano i poteri di controllo interno e di vigilanza sulla gestione del collegio sindacale.

³⁸ Successivamente modificato con delibere n. 11745 del 9 dicembre 1998, n. 12409 del 1 marzo 2000, n. 12498 del 20 aprile 2000 e n. 13082 del 18 aprile 2001.

l'eventualità che la funzione di controllo interno sia affidata ad un *soggetto terzo, esterno* alla struttura della società. La Consob, peraltro, con *Comunicazione* del 27 dicembre 2000, ha escluso che dette funzioni possano essere affidate ad una società di revisione iscritta nell'albo speciale tenuto dalla medesima Consob.

In dottrina è dibattuta la questione se il *collegio sindacale* possa svolgere le funzioni di *vigilanza ed aggiornamento* del modello di controllo *ex D. Lgs. 231/2001* o se sia necessaria, *al fine di beneficiare dell'esimente penale*, l'effettiva nomina di un organo *ad hoc*.

Alcuni autori³⁹ non escludono la prima ipotesi sulla base del rilievo che il collegio sindacale, che gode di piena autonomia, può ricevere statutariamente i poteri di iniziativa per quanto riguarda l'aggiornamento del modello. Secondo tale orientamento, non sarebbe agevole immaginare l'istituzione di organi atipici all'interno di una struttura fortemente tipizzata come quella delle società per azioni; ne consegue che l'eventuale introduzione di un nuovo e diverso elemento strutturale dovrebbe essere indicata espressamente nello statuto tra le "*norme relative al funzionamento della società*", ai sensi dell'art. 2328, ultimo comma, cod. civ.⁴⁰.

Quanto all'effettività del controllo, il decreto non identifica con chiarezza i poteri di indagine di cui disporrebbe il nuovo organismo di vigilanza⁴¹. Non è chiaro, ad esempio, se il governo del sistema disciplinare previsto dall'art. 6,

³⁹ Tra gli altri, R. RORDORF, *cit.*, p. 1302.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ In questo senso, R. RORDORF, *cit.*, p. 1303.

comma 2, lett. e), del decreto, per il caso di violazioni delle disposizioni sui procedimenti operativi indicati nei modelli, spetti allo stesso organismo di vigilanza o se l'irrogazione delle sanzioni possa essere fatta rientrare nel normale impianto gerarchico della società.

Secondo un'altra dottrina⁴², l'organismo in questione deve essere *autonomo e diverso dagli altri tipici*, quali il collegio sindacale, ma del tutto simile, quanto alle funzioni (salvo per la caratteristica di essere interno alla società), alle diverse *authorities* che regolano e controllano le attività di maggior rilievo economico nel nostro paese (quali la Consob). Come queste, l'organo interno deve avere:

- a) *un potere di vigilanza* sostenuto da precisi obblighi di informazione dei vertici nei suoi confronti, in merito all'attuazione dei protocolli, se non addirittura di ampi *poteri di ispezione*, anche nei confronti degli amministratori⁴³;
- b) *un potere disciplinare* correlato all'obbligo di sanzionare condotte dei vertici poste in essere in violazione dei protocolli stessi;
- c) *potere-dovere di controllo effettivo*, in quanto potranno *non* essere imputati all'ente soltanto quei reati che sono stati commessi con *fraudolenta elusione della vigilanza* dell'organo di controllo, elusione di una vigilanza effettiva e non

⁴² Si veda C.E. PALIERO, *cit.*, p. 848, nonché R. PALMIERI, "Societas delinquere non potest": un concetto da superare?, in *Dir. prat. soc.*, 4/2001, p. 71.

⁴³ V. SALAFIA, *op. cit.*, p. 9.

meramente ipotetica, dunque; per contro, l'ente dovrà rispondere per i reati realizzati in seguito ad un mero *deficit* di vigilanza da parte dell'organo stesso.

Come osservato in precedenza, il riconoscimento di poteri tanto penetranti ad un organo "*dell'ente*" desta qualche perplessità; autonomia ed appartenenza all'ente sono, infatti, due elementi di non facile contemperamento, soprattutto considerando che, almeno in linea di massima, i poteri di nomina/istituzione dell'organo di vigilanza faranno normalmente capo ad uno o a più organi di vertice dell'ente medesimo e che da questi esso deriverà le proprie prerogative e la propria legittimazione: un parziale superamento di tali controindicazioni potrebbe essere conseguito scegliendo i componenti dell'organo di controllo tra soggetti estranei all'impresa⁴⁴.

Non hanno ancora trovato adeguata trattazione in dottrina la delicata e connessa questione concernente le modalità di esercizio degli obblighi di controllo e di aggiornamento da parte dell'"*organismo dell'ente*" addetto, in base al citato art. 6, alla vigilanza sul funzionamento e all'aggiornamento del modello preventivo e, soprattutto, la questione inerente l'identificazione dei soggetti e/o degli organi interni ai quali il primo deve riferire e rendere conto degli esiti dell'attività di vigilanza e di aggiornamento svolta. Affinché tale attività possa essere efficace, appare opportuno che destinatario diretto (o uno dei destinatari diretti) dei relativi flussi di

⁴⁴ *Ibidem*.

informazione sia il Consiglio di Amministrazione nel suo insieme, 'sì che questo possa approntare le misure necessarie ed idonee a porre rimedio alle carenze eventualmente riscontrate (i) nell'attuazione del sistema di controllo ai suoi vari livelli o, in ipotesi, (ii) nello stesso operato dell'organo di controllo interno.

Peraltro, il referente istituzionale privilegiato dell'organismo interno di controllo *ex art. 6 D.Lgs. 231*, al quale riferire e rendere conto dell'attività di vigilanza svolta da quest'ultimo, potrebbe anche essere individuato, *de iure condendo*, nel "comitato [istituito all'interno del consiglio di amministrazione] *preposto al controllo interno sulla gestione, composto in maggioranza da amministratori non esecutivi in possesso di requisiti di indipendenza, al quale devono essere assicurati adeguati poteri di informazione e di ispezione*", previsto dall'art. 8, lett. d), punto 3), della legge delega n. 366/2001, concernente la riforma del diritto societario⁴⁵.

Si ritiene, infatti, che la particolare composizione del comitato di controllo *ex l. n. 366/2001*, nel cui seno è prevista la presenza, in maggioranza, di membri non esecutivi del consiglio di amministrazione⁴⁶ e che sembra ricalcare quello previsto dall'art. 10 del Codice Preda su cui *infra*, rappresenti un fattore rilevante, idoneo ad assicurare la circolazione delle informazioni tra

⁴⁵ Cfr. il Documento del Gruppo di lavoro sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche di CONFINDUSTRIA, *Linee Guida per la costruzione dei Modelli di organizzazione, gestione e controllo ex D.Lgs. n. 231/2001*, Roma, 10 gennaio 2002, p. 19, nota 9.

⁴⁶ La delega indica soltanto la componente formata dai

amministratori e controllori; ne consegue che nel caso in cui non fossero impediti atti di gestione, rivelatisi dannosi per la società, si potrebbe presumere, salvo prova contraria, un comportamento colposo di tale comitato⁴⁷. Secondo questa prospettazione, tuttavia, organismo di vigilanza *ex D.Lgs. 231/2001* e comitato di controllo *ex l. 366/2001* rimarrebbero separati e distinti, con il conseguente rischio di parziali sovrapposizioni delle funzioni di controllo interno.

In ogni caso, allo stato, mancano precise indicazioni in relazione al contenuto dei requisiti dell'*autonomia* e della *professionalità* che dovrebbero caratterizzare l'organismo di vigilanza previsto dal D.Lgs. 231/2001.

In proposito, potrebbe essere d'ausilio l'analogia con il "comitato di controllo interno" previsto dal citato art. 10 del *Codice di autodisciplina* recentemente emanato da un comitato patrocinato dalla società di gestione della borsa (noto come "Codice Preda")⁴⁸. Tale organo è costituito dal consiglio di amministrazione ed è composto da amministratori non esecutivi. Ai soggetti preposti viene

membri non operativi del consiglio di amministrazione. In considerazione della natura della loro funzione di controllo, peraltro, si può prevedere che gli altri componenti del comitato di controllo, appartenenti o non al consiglio di amministrazione, dovranno possedere i requisiti necessari per comprendere e valutare la gestione dell'impresa; cfr. V. SALAFIA, *Amministrazione e controllo delle società di capitali nell'ordinamento societario previsto dalla delega contenuta nella legge n. 366 del 2001 e responsabilità amministrativa delle società sfornite di personalità giuridica*, Atti del Convegno 21 e 22 febbraio 2002, *cit.*, p. 3.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Il testo del *Codice Preda* è pubblicato in *Riv. soc.*, 1999, p. 1386 ss.

formalmente richiesta l'indipendenza, la professionalità e la dotazione di risorse, ma, in fondo, essi rispondono a coloro che hanno la responsabilità operativa della società (consiglio di amministrazione o amministratori delegati)⁴⁹. Per questa ragione, è stato anche avanzato il dubbio che il responsabile del controllo interno, come finora inteso dalla prassi societaria, non possa offrire quella garanzia di autonomia dal vertice che il decreto invece espressamente richiede per assolvere ai compiti di vigilanza ed aggiornamento dei modelli previsti dal D. Lgs. 231/2001⁵⁰.

Sempre ragionando per analogia, nell'individuazione dei caratteri dell'autonomia soccorre anche la disciplina vigente per le società abilitate alla prestazione di servizi di investimento⁵¹, che prevede che la funzione di controllo interno sia affidata ad un *responsabile, svincolato da rapporti gerarchici*. Come accennato, non vi sono elementi atti ad escludere che l'organo di controllo possa avere

⁴⁹ Viene fatta rilevare in dottrina la difficoltà di dirimere le competenze in tema di vigilanza tra amministratori non delegati, sindaci e responsabili del controllo interno; si vedano, in particolare, R. RORDORF, *cit.*, p. 1302; A. AGOSTONI, *Note sul controllo interno degli emittenti quotati nel diritto e nella pratica*, in *Le società*, 1999, p. 1420; ID., *Ancora sul controllo interno e sul codice di autodisciplina*, in *Le società*, 2000, p. 221. In particolare, è stato sostenuto che l'istituzione generalizzata di un sistema di controllo interno (anche se il comitato valuta e non vigila, come invece imposto al collegio sindacale ex art. 149, comma 1, lett. c), D. Lgs. 58/98) ridimensioni il ruolo del collegio sindacale allo svolgimento di compiti di mera supervisione sulla vigilanza; così, C. DE MARI, *Il Codice di autodisciplina delle società quotate in materia di corporate governance*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 141 ss..

⁵⁰ R. RORDORF, *cit.*, p. 1302.

⁵¹ Si veda il citato art. 57 del Regolamento Consob n. 11522 del 1 luglio 1998.

carattere unipersonale. Non sembra, tuttavia, che si possa ammettere l'attribuzione dei compiti in questione ad un organo ulteriore e diverso, esterno rispetto alla società, sia perché la norma indica che l'organo deve essere "dell'ente", sia per le difficoltà che, in tale caso, sorgerebbero nell'assicurare a detto organo tutte le informazioni richieste dall'art. 6, comma 2, lett. d), del decreto⁵².

In proposito, è stata posta in rilievo una certa asimmetria nella costruzione normativa dell'istituto dell'organo di vigilanza in questione⁵³. Non è, infatti, agevole conciliare l'autonomia e l'indipendenza dell'organo con il requisito che lo stesso sia pur sempre "interno" all'ente. La provenienza della sua nomina dall'interno dell'ente, in particolare, sembra confliggere con il compito di garantire l'interesse pubblicistico della collettività alla non commissione di reati che il decreto delegato stesso definisce come "commessi nell'interesse o a vantaggio dell'ente".

Del pari, deve escludersi l'attribuzione all'organo di controllo di compiti operativi, che coinvolgendolo nelle determinazioni operative dell'ente, ne pregiudicherebbero l'obiettività di giudizio in sede di verifica sui comportamenti e sul modello⁵⁴.

Non manca chi ha sottolineato il rischio che l'organismo di vigilanza, vista la sua necessaria autonomia (negli

⁵² In questo senso, R. RORDORF, *cit.*, p. 1303.

⁵³ Si veda R. PALMIERI, *cit.*, p. 80.

⁵⁴ Cfr. CONFINDUSTRIA, *Linee Guida per la costruzione dei Modelli*, *cit.*, p. 19.

enti di non ridotte dimensioni), porti ad una vera e propria sovrapposizione di funzioni attribuite a più soggetti, con il rischio di ostacolare la stessa attività decisionale e organizzativa dell'ente⁵⁵. L'autonomia, l'elevata professionalità e l'efficacia di funzionamento dell'organo di controllo in tutti i momenti organizzativi e di gestione, peraltro, dovranno evitare il sorgere di interferenze inutili, non richieste dal D.Lgs. 231, che provocherebbero pregiudizi all'ente medesimo.

Per quanto concerne, poi, il requisito della *professionalità*, che si identifica con le specifiche competenze d'ordine tecnico e specialistico dell'organismo o della persona volte a garantire l'esercizio di un'attività ispettiva e consulenziale efficace, poco o nulla è detto dagli autori che si sono occupati del tema.

Guardando alla tipologia delle funzioni che, in concreto, il preposto, organismo pluripersonale o persona singola che sia, è chiamato a svolgere, è lecito supporre che siano necessarie competenze d'ordine sia aziendalistico, che contabile-amministrativo che legale. In proposito, nelle *Linee Guida* predisposte da Confindustria sul tema⁵⁶, si fa opportunamente riferimento alla necessaria conoscenza di tecniche e strumenti idonei all'espletamento delle seguenti attività: l'analisi e la valutazione dei rischi; l'adozione di misure per il contenimento dei rischi stessi (quali procedure organizzative interne, meccanismi di contrapposizione di compiti ai vari livelli impiegati e

funzionariali); l'indagine e la revisione delle procedure e dei processi esistenti per individuarne i punti critici; indagini presso i dipendenti svolte col supporto di cognizioni di psicologia, di interviste e questionari; l'impiego di metodologie per l'individuazione di frodi; lo svolgimento di analisi dirette ad accertare la dinamica sottesa al compimento di specifici reati nell'ambito del tessuto aziendale e l'individuazione dei ruoli e delle posizioni aziendali 'a rischio'. L'elencazione non consente di identificare una figura ideale di "controllore" e si può pertanto presumere che le società di consulenza aziendale destineranno risorse cospicue alla predisposizione di piani integrati di intervento, calibrati in funzione delle diversificate tipologie aziendali.

In sintesi, fermi restando i dubbi su esposti, i requisiti di professionalità ed autonomia dovrebbero essere intesi ad assicurare la "*efficace attuazione*" del modello organizzativo, il che costituisce l'obiettivo primario della stessa vigilanza⁵⁷. Occorre, in ogni caso, tenere presente che resterà pur sempre decisivo il *libero apprezzamento del giudice*, condotto *a posteriori*, circa l'idoneità e, soprattutto, l'effettiva applicazione dei modelli di organizzazione nella quotidiana gestione della società, il che presumibilmente implica un non facile controllo su prassi operative complesse, organigrammi o deleghe di funzioni⁵⁸. Funzioni di controllo di varia natura ed estensione che, in definitiva, con dubbio senso dell'opportunità, sono state fatte gravare sul giudice penale.

⁵⁵ A. FIORELLA, *I modelli organizzativi e di controllo*, dagli Atti del Convegno 21-22 febbraio 2002, *cit.*, p. 12.

⁵⁶ Cfr. CONFINDUSTRIA, *cit.*, p. 19.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 80.

⁵⁸ C.E. PALIERO, *cit.*, p. 848; si vedano anche S. GENNAI, A. TRAVERSI, *cit.*, p. 51.

L'art. 6, comma 3, dà facoltà alle associazioni rappresentative degli enti di predisporre codici di comportamento sulla falsariga dei quali ciascuna società potrà adottare un proprio specifico modello. L'idoneità di tali codici dovrà essere vagliata dal Ministro di Giustizia, di concerto con i ministeri competenti. Per non incorrere nei rigori del D.Lgs. 231/2001, tuttavia, non si potranno ritenere assolti gli obblighi posti da quest'ultimo mediante la semplice adozione di codici etici o dei codici di condotta *ex art. 6, comma 3*, i quali sono privi del necessario grado di concretezza, cogenza e puntualità precettiva che deve invece caratterizzare i modelli di controllo e gestione nella loro effettiva implementazione.

A tale riguardo, peraltro, benché il giudice conservi il potere di operare un'autonoma valutazione di congruità anche nel caso di modelli organizzativi assunti in conformità ai codici di comportamento di cui sopra con il *placet* dei competenti ministeri, è lecito chiedersi se i giudici eserciteranno effettivamente il potere di contraddire il vaglio positivo del Ministero della Giustizia e, in tal caso, con quale severità e con quale approfondimento⁵⁹.

5. Osservazioni conclusive

Su di un piano generale, il D.Lgs. n. 231/2001 ha evidenziato una curiosa incoerenza all'interno del nostro ordinamento⁶⁰.

⁵⁹ Così, S. GENNAI, A. TRAVERSI, *cit.*, p. 51; M. BARBUTO, *Responsabilità amministrativa della società per reati commessi a suo vantaggio*, in *Impresa c.i.*, 2001, n. 6, p. 935 ss.

⁶⁰ Incoerenza puntualmente evidenziata da R. RORDORF, *op. cit.*, p. 1298.

Da un canto, infatti, è dato osservare l'affermarsi di una tendenza di fondo, cui si ispirano la normativa in esame e le convenzioni internazionali che ne sono alla base, volta a fare emergere in piena luce la responsabilità degli organi collettivi quando certi comportamenti illegittimi dei singoli individui siano generati al loro interno e siano ad essi in qualche modo funzionali. Una scelta fondata sulla convinzione che una simile responsabilità valga a disincentivare quegli illegittimi comportamenti più e meglio di quanto lo possa fare solo la sanzione che colpisce individualmente e personalmente il singolo trasgressore.

D'altro canto, però, lo stesso legislatore, a partire dal D.Lgs. n. 415/1996 per finire con il D.Lgs. n. 58/1998 (c.d. Testo unico della finanza), in materia di intermediazione finanziaria sembra avere rinunciato ad irrogare sanzioni amministrative pecuniarie direttamente agli enti responsabili di violazioni della normativa di settore e, al contrario, ha responsabilizzato personalmente gli amministratori, i dipendenti ed i soggetti deputati a funzioni di controllo; in tale settore, è stata sì contemplata anche la solidarietà passiva dell'ente medesimo, ma imponendogli di esercitare il diritto di regresso verso i responsabili dell'infrazione (cfr. art. 195, u.c., del D.Lgs. n. 58/1998). Ebbene, è innegabile che la logica ispiratrice di questo sistema sanzionatorio risulta, per certi versi, opposta a quella che sottostà alla responsabilità amministrativa (anche pecuniaria) delle persone giuridiche per reati commessi dai propri amministratori e dai propri dipendenti; in quest'ottica, sarebbe benvenuta, se

non altro per il futuro, la ricerca di una linea di maggiore coerenza legislativa.

Sembra invece opportuna la scelta di concentrare nelle mani del giudice penale e nell'ambito dello stesso procedimento penale sia l'accertamento della responsabilità *penale individuale*, che costituisce il presupposto dell'applicazione delle sanzioni amministrative, sia di quella amministrativa dell'ente. Il prezzo di questa scelta, tuttavia, è costituito dal conseguente appesantimento del processo penale sia in termini di adempimenti formali sia in termini di ampliamento dei temi di indagine insiti nell'accertamento della responsabilità dell'ente (l'adozione dei modelli, l'adeguatezza di essi, la relativa vigilanza ecc.). Ciò potrebbe compromettere la possibilità di pervenire ad accertamenti definitivi *“in tempi equi e ragionevoli proprio per quei gravi reati con riferimento ai quali le convenzioni internazionali prima ed il legislatore italiano poi hanno ravvisato la necessità di introdurre la responsabilità della persona giuridica”*⁶¹.

Un'ulteriore considerazione merita la previsione che consente di ricondurre i modelli organizzativi e gestionali sotto l'egida di codici di comportamento stilati in via generale da associazioni di categoria. Si tratta di una disposizione che se, da un canto, consente agli enti interessati di dotarsi di una sorta di tutela preventiva e generale (di dubbia efficacia, peraltro), d'altro canto, priva di flessibilità applicativa una normativa che si caratterizzava, quanto meno

nelle intenzioni del legislatore, per il fatto di prevedere un vaglio, caso per caso, dell'idoneità dei modelli adottati dalle singole società in relazione alle proprie specifiche esigenze e competenze, così consentendo al giudice di valutare di volta in volta se, ed in quale misura, il reato sia davvero frutto di cattiva organizzazione o di scarsa sorveglianza in ambito aziendale e quando, invece, non sia così.

Un ultimo rilievo critico, infine, va dedicato al rischio reale che l'introduzione di protocolli operativi, con la conseguente *“procedimentalizzazione”* delle decisioni e delle attività *“sensibili”*, finiscano per rendere la gestione delle società meno flessibile, rapida ed efficiente. In questa prospettiva, la sfida principale posta dalla nuova normativa sarà costituita proprio dalla ricerca di un difficile equilibrio tra l'efficacia preventiva dei modelli di controllo e l'esigenza di non gravare la vita delle società di incombenze ed oneri incompatibili con un'efficiente conduzione dell'impresa sociale.

Hanno collaborato a questo numero:

Alessio Gerhart Ruvolo, LL.M., LGU, London

Edoardo Gambaro, LL.M., Coll. of Europe, Bruges

Niccolò Landi, LL.M., UCD, Dublin

⁶¹ Cfr. R. RORDORF, *op. cit.*, p. 1304.