



La responsabilità amministrativa degli enti *ex* D. Lgs. 231/2001

La difesa dell'ente nel processo, le indagini difensive e le condotte riparatorie

AVV. ENRICO MARIA GIARDA

17 dicembre 2021



Prima parte:
LA DIFESA DELL'ENTE NEL PROCESSO

Il sistema della responsabilità dell'ente

Il Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 ha introdotto nel nostro ordinamento la «*responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di responsabilità giuridica*», già prevista dalle principali convenzioni internazionali vincolanti anche per il nostro Paese.

Si è dibattuto a lungo in ordine alla natura della responsabilità amministrativa degli «enti» - persone giuridiche, società, associazioni anche prive di personalità giuridica, ecc.; oggi si può affermare che l'ente risponda a titolo di responsabilità autonoma, costituente un *tertium genus*, ossia una 'tipologia' diversa e ulteriore rispetto alla responsabilità penale ed alla responsabilità amministrativa.

Il sistema della responsabilità dell'ente (2)

Ai sensi dell'art. 5 D. Lgs. n. 231/2001, i parametri fondamentali per fondare la penale responsabilità della persona giuridica sono:

- 1) la commissione di un reato incluso nel c.d. catalogo dei reati presupposto della responsabilità amministrativa dell'ente di cui agli artt. 24 ss. D. Lgs. n. 231/2001;
- 2) la commissione del reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente;
- 3) la qualifica soggettiva dell'autore del reato come soggetto c.d. apicale (ossia avente funzioni di rappresentanza, amministrazione o direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale, anche come soggetto apicale *de facto*) oppure come soggetto c.d. subordinato (ossia sottoposto alla direzione o alla vigilanza di un soggetto apicale).

In ogni caso, l'ente non è responsabile se l'autore del reato, sia esso apicale o subordinato, ha agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi.

Il sistema della responsabilità dell'ente (3)

Dalla distinzione tra apicali e subordinati discende una conseguenza essenziale.

Se il reato c.d. presupposto è stato commesso da un **apicale**, spetta all'ente dare dimostrazione di una complessa serie di circostanze che, se non provate o provate in maniera insufficiente o contraddittoria, conducono alla condanna.

Se, invece, il reato c.d. presupposto è stato commesso da un **subordinato**, l'onere della prova è interamente a carico della **Pubblica Accusa**, la quale, se non dimostrerà o dimostrerà in modo insufficiente o contraddittorio l'illecito amministrativo, andrà incontro ad una sentenza di esclusione della responsabilità dell'ente.

Reato c.d. presupposto commesso da un soggetto apicale

In ossequio all'art. 6 co. 1 D. Lgs. n. 231/2001, in caso di reato c.d. presupposto realizzato da un soggetto apicale, l'ente non risponde se prova che:

- a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del reato, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi (c.d. Modelli di organizzazione e gestione, MOG);
- b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo (c.d. Organismo di Vigilanza, OdV);
- c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione;
- d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lett. b).

Reato c.d. presupposto commesso da un soggetto apicale (2)

L'art. 6 D. Lgs. n. 231/2001 prosegue, al co. 2, descrivendo le esigenze che i modelli di cui alla lett. a) del primo comma devono soddisfare:

- a) individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati;
- b) prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire;
- c) individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati;
- d) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli;
- e) introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.

Reato c.d. presupposto commesso da un soggetto apicale (3)

I modelli di organizzazione e gestione possono altresì essere adottati, purché le esigenze poc'anzi esposte siano garantite, sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti (ad es., le Linee Guida di Confindustria), in seguito al positivo esame da parte del Ministro della giustizia, coadiuvato dai Ministeri competenti (art. 6 co. 3 D. Lgs. n. 231/2001).

Il quinto comma dell'art. 6 stabilisce che la **confisca** del **profitto** che l'ente ha tratto dal reato, anche nella forma per equivalente, trova **sempre** e comunque applicazione in caso di reato c.d. presupposto commesso da un **apicale**, **anche** laddove l'ente abbia beneficiato di una sentenza di **esclusione** della sua responsabilità.

Reato c.d. presupposto commesso da un soggetto subordinato

Se il reato c.d. presupposto è posto in essere da un **subordinato**, l'ente è responsabile se la commissione dello stesso è stata resa possibile dall'**inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza**.

Tuttavia, la suddetta inosservanza è **esclusa** se l'ente, prima della realizzazione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo (c.d. MOGC) idoneo a prevenire reati **della specie di quello verificatosi** (art. 7 co. 1 e 2 D. Lgs. n. 231/2001).

Il comma 3 della norma enuclea le caratteristiche che il MOGC deve presentare, ossia misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio, in base alla natura e alla dimensione dell'organizzazione, nonché alla tipologia di attività svolta.

Reato c.d. presupposto commesso da un soggetto subordinato (2)

Infine, è specificato che l'efficace attuazione del modello prevede (art. 7 co. 4 D. Lgs. n. 231/2001):

- a) una verifica periodica e l'eventuale modifica dello stesso quando sono scoperte significative violazioni delle prescrizioni oppure quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività svolta;
- b) un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.

Il principio di autonomia della responsabilità dell'ente

L'art. 8 D. Lgs. n. 231/2001 fonda il principio in virtù del quale la responsabilità 'amministrativa' dell'ente permane anche se l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile, oppure se il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia.

Il Decreto nel suo complesso, attraverso questa disposizione, chiarisce che la responsabilità della persona giuridica è un *quid diverso ed autonomo* rispetto alla responsabilità della persona fisica che ha commesso il reato, tanto che l'ente rimane perseguibile anche laddove l'autore materiale del fatto non è punibile a qualsiasi titolo (perché non identificato o perché non imputabile).

Dolo o colpa dell'ente?

Indipendentemente dalla qualifica soggettiva dell'autore del reato, rimane indiscusso che ciò che viene rimproverato all'ente sia, ancora una volta, una sorta di ibrido tra le categorie del dolo e della colpa, tipiche del diritto penale tradizionale che, in quanto tale, si applica alle sole persone fisiche.

La giurisprudenza delinea nei termini della 'colpa di organizzazione' l'elemento soggettivo della responsabilità dell'ente, consistente nell'aver omesso o aver predisposto in maniera carente quell'insieme di misure e meccanismi preventivi idonei ad impedire il compimento di reati.

In breve, si tratta di un deficit organizzativo 'colpevole'.

Colpa di organizzazione

L'illecito addebitabile all'ente non consiste in una responsabilità sussidiaria per il fatto altrui, sulla falsariga della responsabilità civile da reato del dipendente o del preposto; l'ente è punito per il **fatto proprio**, a seguito della possibilità di potergli muovere un autonomo rimprovero, basato sul fatto che il reato contestato possa essere considerato frutto di una politica aziendale deviante o, comunque, di una colpa di organizzazione (Così, Cass. Pen., Sez. I, 02.07.2015, n. 35818; Cass. Pen., Sez. VI, 18.03.2009, n. 14973).

Colpa di organizzazione (2)

La Suprema Corte, Sez. VI Pen., con la sentenza n. 27735 del 18.02.2010, ha, infatti, chiarito come il D. Lgs. 231/2001 abbia introdotto un *tertium genus* di responsabilità rispetto ai sistemi tradizionali e **non un'ipotesi di responsabilità oggettiva**, prevedendo, al contrario, la necessità, per affermare la penale responsabilità dell'ente per l'illecito amministrativo contestato, che sussista la c.d. colpa di organizzazione dell'ente, ovvero il non aver predisposto una serie di accorgimenti preventivi idonei **in astratto ed ex ante** ad evitare la commissione di reati del **tipo** di quello contestato.

Colpa di organizzazione (3)

Come osservato dalle Sezioni Unite della Suprema Corte (sentenza n. 38343 del 24.04.2014 sul caso Thyssenkrupp), la responsabilità dell'ente si fonda su una colpa connotata in senso normativo, correlata all'obbligo imposto agli enti di adottare le **cautele necessarie a prevenire astrattamente** la commissione di taluni **reati**, adottando iniziative di carattere organizzativo e gestionale (ossia il MOG) che individuino i rischi e delineino le misure atte a contrastarli.

Il rimprovero della **colpa di organizzazione** dell'ente, consiste nel **non** aver ottemperato a tale **obbligo organizzativo**.

In altri termini, la responsabilità dell'ente si deve fondare su **effettivi riscontri** del contestato **deficit organizzativo**, che consentano la piena ed agevole imputazione all'ente dell'illecito amministrativo da reato.

Colpa di organizzazione (4)

Il Tribunale, invece, deve fondare la sentenza di condanna dell'ente per l'illecito amministrativo contestato su precisi elementi indicativi della colpa di organizzazione dell'ente che siano, si badi, **teleologicamente collegati al fatto di reato contestato**.

La natura personale e autonoma della responsabilità dell'ente e l'esistenza di un *deficit* organizzativo vanno poste in relazione alla **mancata adozione** di un **Modello** precauzionale **astrattamente idoneo a prevenire** tanto il singolo **reato** dell'autore materiale, quanto le **carenze strutturali** e sistematiche che avrebbero alimentato e favorito tale accadimento (Così, Cass. Pen., Sez. I, n. 35818 del 2.07.2015, sul caso Citybank).

Colpa di organizzazione (5)

Alle considerazioni di cui sopra si aggiunga che, come chiarito dalla dottrina maggioritaria, il **giudizio di idoneità** del Modello deve essere formulato da parte del Giudice con valutazione dello stato dell'arte ***ex ante***, senza farsi influenzare *ex post* dal rilievo empirico che un reato è stato commesso.

Per queste ragioni si parla di **giudizio di idoneità *ex ante*** sul **Modello** e sul sistema di ***compliance* aziendale**.

Colpa di organizzazione (6)

La giurisprudenza è concorde: per primo il GUP del Tribunale di Milano (con sentenza n. 2242 del 17.11.2009, sul caso Impregilo) ha evidenziato come, per non cadere in una responsabilità oggettiva degli enti, occorra valutare l'efficacia del Modello con valutazione *ex ante* e *non ex post*.

Gli stessi concetti sono stati ribaditi dalla Corte d'Appello di Milano (Sez. II Pen., sentenza n. 1824 del 21.03.2012) nel secondo grado di giudizio relativo alla medesima vicenda.

Ancora nell'ambito del caso Impregilo, la Corte di Cassazione (Sez. V Pen., sentenza n. 3307 del 18.12.2013), pur avendo annullato con rinvio la precedente pronuncia della Corte di merito, ha enucleato taluni importanti principi: la responsabilità dell'ente non può trovare fondamento nel non aver impedito la commissione del reato ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p., né può trarsi dalla mera commissione del reato una conclusione di inadeguatezza del Modello organizzativo.

Cass: Pen. Sez. V, 18.12.2013. n. 3307 : "*La responsabilità dell'ente, ai sensi della L. n. 231 del 2001, **non trova certamente fondamento nel non aver impedito la commissione del reato** (ai sensi dell'art. 40 c.p., comma 2). Né si potrebbe, per converso e ricorrendo a un riconoscibile **paralogismo**, affermare che, poiché (in ipotesi) il reato di aggio è stato commesso, allora è certo che il modello organizzativo era inadeguato*".

Colpa di organizzazione (7)

Sempre secondo la Suprema Corte, ai fini della valutazione sull'efficacia del Modello, occorre, di contro, verificare che, da un lato, lo stesso sia **adeguato agli scopi** che si propone di raggiungere e, dall'altro, che i **controlli siano effettivi** e non cartolari, potendo gli organi di controllo esprimere una "dissenting opinion" sull'oggetto dei controlli.

In breve, deve appurarsi se, nel caso di specie, l'ente avesse previamente predisposto, approvato ed efficacemente attuato un Modello di organizzazione, gestione e controllo dotato di procedure e/o protocolli operativi che istituiscano presidi non ad evitare la commissione dei reati presupposto ma, piuttosto, a **contenerne il relativo rischio di commissione**.

L'ente risponde se non era organizzato per impedire la commissione del reato, non se non lo ha effettivamente impedito (il che integrerebbe un'evidente contraddizione).

*"Il giudizio, dunque, prescinde da qualsiasi apprezzamento di atteggiamenti psicologici (per altro, impossibile in riferimento alla volontà di un ente), e si sostanzia in una valutazione del modello concretamente adottato in azienda, **in un'ottica di conformità/adequatezza del predetto modello rispetto agli scopi che esso si propone di raggiungere.**"*

L'apparato sanzionatorio del D. Lgs. n. 231/2001

Le sanzioni che il Decreto contempla sono quelle di cui all'art. 9 co. 1: la sanzione pecuniaria, le sanzioni interdittive, la confisca e la pubblicazione della sentenza di condanna.

Le sanzioni interdittive, elencate al comma 2 dell'art. 9 del D. Lgs. n. 231/2001, sono:

- 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 da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi;
- e) il divieto di pubblicizzare beni o servizi.

La **sanzione pecuniaria** è **sempre** disposta in caso di **condanna** (art. 10 co. 1 D. Lgs. n. 231/2001) poiché rappresenta la sanzione precipua a carico degli enti.

L'apparato sanzionatorio del D. Lgs. n. 231/2001 (2)

La sanzione pecuniaria è comminata 'per quote': il giudice determina l'importo della singola quota – da 258€ a 1.549€ –, successivamente, individua il numero di quote – da cento a mille – da applicare al caso concreto, identificandolo all'interno del novero di quote considerato da ogni singolo reato c.d. presupposto (ad es., per il reato di abuso di informazioni privilegiate di cui all'art. 184 D. Lgs. n. 58/1998, richiamato dall'art. 25-*sexies* D. Lgs. n. 231/2001, l'ente è punito con la sanzione pecuniaria da quattrocento a mille quote), ed, infine, moltiplica l'importo della quota per il numero di quote prescelto.

L'art. 12 co. 1 D. Lgs. n. 231/2001 prevede la riduzione della metà della sanzione pecuniaria – che, comunque, non potrà eccedere i 103.291€ – se:

- a) l'autore ha commesso il reato nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente ne ha ricavato un vantaggio nullo o minimo;
- b) oppure il danno patrimoniale cagionato è di particolare tenuità.



Seconda parte:

IL MODELLO *POST FACTUM* E LE CONDOTTE RIPARATORIE

Il modello *post factum* e le condotte riparatorie

Il sistema configurato dal D. Lgs. n. 231/2001 pone particolare attenzione alle condotte *post factum* – ossia posteriori alla **commissione del reato** – che l'ente può realizzare quale **segno di ravvedimento e di propensione al superamento della criticità organizzativa riscontrata**.

Infatti, *ex art. 12 co. 2 D. Lgs. n. 231/2001*, la sanzione pecuniaria, oltre all'ipotesi di diminuzione già evidenziata nella Prima parte, può essere ridotta da un terzo alla metà se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, ricorre una delle seguenti condizioni:

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

Il modello *post factum* e le condotte riparatorie (2)

Ulteriormente, **laddove sussistano entrambe** le circostanze suesposte, il beneficio premiale comporta la riduzione della sanzione pecuniaria dalla metà ai due terzi (art. 12 co. 3 D. Lgs. n. 231/2001).

Tuttavia, anche ove ricorressero interamente le cause diminutive poc'anzi illustrate, la sanzione pecuniaria non potrà essere inferiore a 10.329€ (art. 12 co. 4 D. Lgs. n. 231/2001).

Il modello *post factum* e le condotte riparatorie (3)

La norma che funge da perno dell'intera ispirazione riparativa del Decreto è costituita dall'art. 17 D. Lgs. n. 231/2001, appunto rubricato «*Riparazione delle conseguenze del reato*».

L'art. 17 D. Lgs. n. 231/2001 dispone che, ferma restando l'applicazione delle sanzioni pecuniarie (le quali, come detto, rimangono indefettibili), le **sanzioni interdittive non** si applicano se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, l'ente abbia **cumulativamente**:

- a) **risarcito integralmente** il danno e ha **eliminato** le conseguenze dannose o pericolose del reato o, comunque, si è efficacemente adoperato in tal senso;
- b) **eliminato le carenze organizzative** che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di **modelli** organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;
- c) messo a **disposizione il profitto** conseguito ai fini della **confisca**.

Il modello *post factum* e le condotte riparatorie (4)

Il Decreto contempla molteplici fattispecie all'interno delle quali trovano spazio le **condotte riparatorie** di cui all'art. 17 D. Lgs. n. 231/2001, nell'ottica della volontà dell'ente di aderire a quella **giustizia riparativa** che fonda la *ratio* del **recupero alla legalità** perseguita dal legislatore.

In primo luogo, **in sede cautelare**, l'art. 49 D. Lgs. n. 231/2001 permette la **sospensione** delle misure cautelari se l'ente chiede di poter realizzare gli adempimenti di cui all'art. 17 D. Lgs. n. 231/2001; in tal caso, ottenuta l'autorizzazione del giudice, è depositata una somma a titolo di cauzione presso la Cassa delle ammende e la misura cautelare viene sospesa.

Se l'esecuzione delle condotte riparatorie manca, è incompleta o inefficace, la somma depositata viene devoluta alla Cassa delle ammende e la misura cautelare è **ripristinata**.

In caso contrario, il giudice ordina la **revoca** della misura cautelare e la restituzione della somma depositata.

Il modello *post factum* e le condotte riparatorie (5)

In secondo luogo, **ancora in ambito cautelare**, l'art. 50 D. Lgs. n. 231/2001 disciplina l'ipotesi in cui, in virtù della positiva messa in atto delle condotte riparatorie ex art. 17 D. Lgs. n. 231/2001, le misure cautelari sono **revocate** dal giudice, anche d'ufficio (ossia senza impulso di parte).

Ancora, **in sede di giudizio**, l'art. 65 D. Lgs. n. 231/2001 consente la **sospensione del processo** se l'ente, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, chiede di realizzare le condotte riparatorie ex art. 17 D. Lgs. n. 231/2001 e dimostra di essere stato nell'**impossibilità** di porle in essere prima.

Infine, **in sede esecutiva**, l'art. 78 D. Lgs. n. 231/2001 considera l'**ultima occasione** per l'ente di farsi parte diligente.

Entro venti giorni dalla notifica dell'estratto della sentenza, l'ente che abbia posto in essere **tardivamente** le condotte riparatorie dell'art. 17 D. Lgs. n. 231/2001 può richiedere la **conversione** della sanzione interdittiva applicata in sanzione pecuniaria.

E' persino prevista la possibilità di **sospendere l'esecuzione** della sanzione interdittiva nelle more dell'udienza camerale di decisione, se la richiesta di conversione non appare manifestamente infondata.

Considerazioni finali

In conclusione, il D. Lgs. n. 231/2001 ha introdotto un nuovo modello di responsabilità che ha permesso di imputare all'**ente** l'illecito amministrativo derivante dai reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio da parte di soggetti apicali o subordinati.

La particolare attenzione posta dal legislatore nel formulare le norme del Decreto evidenzia la peculiare centralità assegnata alla **giustizia riparativa** (quella che negli ordinamenti anglosassoni è la *restorative justice*) e al conseguente fondamentale ruolo dei **Modelli** di organizzazione e gestione e dei relativi protocolli all'interno degli enti.

Si assiste, pertanto, al progressivo abbandono dell'impianto tradizionale del diritto penale che vede l'autore del reato contrapposto allo Stato, avvicinandosi ad un'impostazione di giustizia che assegna alla riparazione del danno e al recupero alla legalità una funzione centrale all'interno dell'economia del processo penale.

Riferimenti

Avv. Enrico Maria Giarda

Studio Legale Giarda – Avvocati Associati

egiarda@studiogiarda.it