

La Responsabilità Amministrativa delle Società: il D.Lgs. 231/2001.

Il Decreto Legislativo 8 giugno 2001 n. 231 disciplina la responsabilità amministrativa delle Società, delle Associazioni e degli Enti privi di personalità giuridica (*di seguito denominati solo "Enti"*), ad eccezione di quelli che svolgono funzioni di rilievo costituzionale.

L'introduzione di questo decreto nel nostro ordinamento è funzione dell'attuazione di Convenzioni Internazionali sulla lotta alla corruzione e tutela degli interessi finanziari, in ambito dell'Unione Europea.

Il D.Lgs. 231/2001, superando il noto principio "*societas delinquere non potest*", prevede la responsabilità per l'Ente che, senza aver adottato un Modello di Organizzazione e Gestione dei Rischi, abbia tratto vantaggio dai reati commessi dai soggetti legittimati ad agire per conto dello stesso.

Oltre alla responsabilità penale del soggetto che ha commesso il reato, il Magistrato Penale può accertare la responsabilità amministrativa dell'Ente, comminare sanzioni pecuniarie, interdittive (compreso l'eventuale commissariamento), e accessorie, come la confisca e la pubblicazione della sentenza di condanna.

Diverse sono le Sentenze di condanna agli Enti che non hanno adottato il prescritto Modello di Organizzazione e Gestione dei Rischi, come di seguito riportato.

I soggetti destinatari.

La disciplina delle responsabilità è rivolta agli Enti con o senza personalità giuridica, le Società, le Associazioni, le Società di fatto, le irregolari, i Consorzi e gli Enti Pubblici Economici.

Non si applica il predetto decreto alle imprese individuali, allo Stato, agli Enti Pubblici Territoriali e non economici e agli Enti che svolgono funzioni di natura costituzionale, come ad esempio i partiti politici ed i sindacati.

I presupposti oggettivi del reato.

Il reato dev'essere stato commesso nell'interesse o per portare vantaggio all'Ente stesso, quindi la Società deve averne tratto un'utilità, per essere soggetta ad autonoma sanzione.

Altro elemento è dato dal rapporto esistente tra il soggetto che ha commesso il reato e l'Ente stesso.

Molto spesso chi commette il reato si trova in posizione "apicale" avendo funzioni di direzione, rappresentanza o amministrazione, ma può essere anche colui che è sottoposto alla direzione o vigilanza di altri soggetti al vertice della Società - come ad esempio il lavoratore dipendente, e per taluna dottrina possono esserlo anche i collaboratori, gli agenti, ecc. -.

Le sanzioni saranno comminate autonomamente all'Ente, in rapporto al vantaggio ottenuto, qualora manchi del tutto l'adozione di un efficiente Modello Organizzativo volto a garantire il controllo ed il rispetto della legalità, o nel caso in cui l'Ente, pur avendolo previsto, non lo ha adottato in pieno.

A seconda di chi ha commesso il reato, il legislatore ha previsto la sussistenza o meno della presunzione di responsabilità dell'Ente.

Se il reato è commesso da un soggetto in posizione apicale vi è la presunzione di responsabilità che ammette la prova contraria attraverso la dimostrazione:

- che siano stati previsti ed adottati opportuni Modelli di Organizzazione e Gestione per la prevenzione di reati dello stesso tipo di quello verificatosi;
- che il Modello di Organizzazione e di Gestione sia stato affidato ad un organismo autonomo dotato di poteri di vigilanza e controllo e che ne curi anche l'aggiornamento;
- che l'autore del reato abbia agito con l'intento di eludere il modello di organizzazione adottato;
- che la vigilanza prevista da parte dell'organo di controllo non sia stata omessa o insufficiente.

Qualora il reato, invece, viene commesso da un soggetto sottoposto alla direzione o vigilanza di coloro che sono all'apice del vertice aziendale, l'Ente ne diviene responsabile solo se l'illecito è avvenuto in mancanza degli adempimenti previsti dagli obblighi di direzione o vigilanza.

In questo caso sarà il Pubblico Ministero a dover fornire prova della mancata o carente adozione del Modello di Organizzazione e di Gestione dei Rischi.

I reati presupposto.

Sono quei reati previsti dalla normativa che, se commessi, potrebbero comportare la responsabilità amministrativa dell'Ente.

Sebbene i reati rientranti nella previsione del decreto 231/2001 fossero inizialmente ricompresi in una ristretta cerchia, l'elenco è stato più volte integrato proprio per una maggiore sensibilizzazione del Legislatore alla materia.

I casi più rilevanti interessano:

- i reati contro la Pubblica Amministrazione - *artt. 24 e 25 D.Lgs. 231/01 (tra cui la malversazione, l'indebita percezione di erogazioni, truffa, concussione, corruzione, istigazione alla corruzione, peculato);*
- i delitti informatici e il trattamento illecito dei dati - *art. 24 bis;*
- i delitti di criminalità organizzata - *art. 24 ter;*
- i reati di falsità in monete carte di credito e valori di bollo - *art. 25 bis;*
- i delitti contro l'industria ed il commercio - *art. 25 bis 1;*
- i reati societari - *art. 25 ter, tra i quali il falso in bilancio, o le false comunicazioni sociali, impedito controllo, illecite operazioni sul capitale, influenza sull'assemblea, formazione fittizia di capitali, indebita restituzione dei conferimenti, illegale ripartizione dei beni sociali da parte dei liquidatori, ostacolo all'esercizio di funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza;*
- i reati con finalità di terrorismo e di eversione - *art. 25 quater;*
- i delitti contro la personalità individuale - *art. 25 quinquies;*
- gli abusi di mercato - *art. 25 sexies;*
- i reati di omicidio colposo o lesioni colpose commesse anche in violazione di norme antinfortunistiche e sulla tutela della salute sui luoghi di lavoro – *art. 25 septies, quindi il mancato rispetto della normativa di cui al D.Lgs. 626/1994 e D.Lgs. 81/2008, nonché l'istituzione del Servizio di Prevenzione e Protezione nei casi previsti dalle predette norme;*
- la ricettazione ed il riciclaggio ed impiego di denaro di provenienza illecita - *art. 25 octies;*

- induzione a non rendere dichiarazioni o rendere dichiarazioni mendaci - *art. 25 novies*;
- i reati transnazionali - *artt. 3 e 10 della Legge 146/06*.

Allargamento ad altre tipologie di reati, anche in ambiti eterogenei e diversi da quelli di natura societaria:

- il traffico di stupefacenti - *Legge Comunitaria 2009*;
- la falsificazione e frode - *Legge Comunitaria 2009*;
- la violazione di norme su marchi e brevetti - *emendamento al collegato energia*;
- l'associazione criminale - *disegno di legge sulla sicurezza*;
- l'immigrazione clandestina - *Legge Comunitaria 2009*.

L'articolo 8, al comma 1, prevede la responsabilità dell'Ente anche nel caso in cui l'autore del reato non sia stato identificato o non è imputabile, ovvero nel caso il reato si sia estinto per una causa diversa dall'amnistia.

Le sanzioni.

Le sanzioni previste dal decreto legislativo 231/2001 si distinguono in pecuniarie, interdittive ed accessorie.

Le sanzioni pecuniarie - cfr. artt. 10, 11 - trovano applicazione ogni qualvolta ne viene accertato l'illecito; vengono comminate da un minimo di € 258,00 ad un massimo di € 1.549,00 per ciascuna quota (le stesse quote devono essere di numero non inferiore a 100 e non superiore a 1.000: quindi il minimo assoluto della sanzione è pari ad € 25.800,00 ed il massimo assoluto è di € 1.549.000,00); questo meccanismo permetterebbe al giudice di commisurare la sanzione sia in base alla gravità del reato, sia in base alle condizioni economiche dell'Ente.

Con il comma 1 dell'art. 12 sono previsti casi di riduzione della sanzione pecuniaria, ad una quota di € 103,29, nel caso di mancato vantaggio per l'Ente, vantaggio ricavato minimo, o qualora il danno patrimoniale cagionato è di particolare tenuità.

Il comma 2 dell'art. 12 riduce la sanzione da un terzo alla metà se, prima del dibattimento del primo grado, l'Ente si è adoperato per risarcire integralmente il danno o ne ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose; ovvero se lo stesso ha

adottato un modello organizzativo idoneo a prevenire i reati della stessa specie di quelli che si sono verificati.

Nel caso ricorrano entrambe le condizioni (risarcimento e/o eliminazione delle conseguenze e adozione del modello organizzativo) la sanzione pecuniaria è ridotta dalla metà ai due terzi, ma in ogni caso non potrà essere inferiore ad € 10.329,14.

Le sanzioni interdittive - previste dal comma 2 dell'art. 9 - vanno comminate congiuntamente a quelle pecuniarie ed in casi particolarmente gravi come la reiterazione del reato o la realizzazione di profitti di notevoli entità a fronte di reati commessi da soggetti in posizione di vertice o loro sottoposti, e la commissione è stata determinata da gravi carenze organizzative.

Queste sanzioni devono essere applicate solo per i reati per i quali sono espressamente previsti - vedere gli artt. 13 e 14 del D.Lgs. 321/2001 -.

Sono costituite da:

- l'interdizione dall'esercizio dell'attività;
- dalla sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni;
- dal divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, (talvolta solo per determinati tipi di contratti o di alcune amministrazioni pubbliche);
- dall'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi ecc.;
- dal divieto di pubblicizzare beni o servizi.

Possono essere applicate anche congiuntamente tra loro.

La durata delle sanzioni interdittive non è inferiore a tre mesi e non superiore a due anni.

Queste non si applicano, secondo quanto previsto dall'art. 17, se l'Ente si è adoperato per risarcire integralmente il danno o ne ha eliminato le conseguenze dannose e pericolose; ovvero se ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato, o ancora se ha messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca.

E' prevista la possibilità di far proseguire l'attività dell'Ente mediante l'intervento di un commissario giudiziale (art. 15) che curi l'adozione del modello organizzativo, qualora l'Ente svolga un pubblico servizio o di pubblica utilità o nel caso l'interruzione dell'attività possa essere pregiudizievole per la collettività o avere ripercussioni sull'occupazione.

Il magistrato può disporre l'interdizione definitiva dell'esercizio dell'attività - a norma dell'art. 16 - nel caso l'Ente abbia tratto dal reato un profitto rilevante o sia stato già condannato almeno tre volte negli ultimi sette anni all'interdizione temporanea dall'esercizio dell'attività.

Le sanzioni accessorie consistono nella confisca del prezzo o del profitto del reato (art. 19) fatta salva la parte da restituire al danneggiato, e nella pubblicazione della sentenza di condanna a spese dell'Ente, questa può essere disposta solo quando è stata comminata una sanzione interdittiva.

L'adozione del Modello Organizzativo.

I modelli di organizzazione e di gestione sono basati su "linee guida" che riprendono l'individuazione dei rischi, la previsione di specifici protocolli, l'attuazione di un organismo di vigilanza, le attività di controllo e l'introduzione di un sistema sanzionatorio, tutto questo al fine di prevedere i reati previsti dal decreto 231/2001, con le successive implementazioni.

Non esiste una configurazione standard di modello di organizzazione, ogni modello deve adeguarsi a ciascuna realtà aziendale dopo che siano state identificate tutte le casistiche di reato.

La prassi ha inoltre suggerito l'adozione di un codice etico, ai fini della prevenzione dei reati di cui al presente decreto, da distribuirsi a tutti gli stakeholders interessati all'Ente.

Assume rilevanza sottolineare che il legislatore non ha disposto l'obbligatorietà dell'adozione del modello organizzativo, né tanto meno ha previsto delle sanzioni per la mancata adozione, fatta salva l'esplicita previsione per le società ammesse alla quotazione nel segmento STAR di Borsa Italiana S.p.A.

La mancata adozione del Modello, sebbene non sia prevista alcuna sanzione, comporta per l'Ente, in caso di reati (come quelli previsti dalla normativa e per i quali vi sia tratto un vantaggio), l'onere di dover provare l'avvenuta adozione dello stesso, per evitare la responsabilità amministrativa e le relative sanzioni.

I legali rappresentanti degli Enti devono attentamente valutare se accettare o meno il rischio di una mancata adozione del Modello Organizzazione nel rispetto del D.Lgs. 231/2001.

L'eventuale risparmio di costi immediato va raffrontato con le responsabilità e le eventuali sanzioni a cui andrebbe incontro l'Ente stesso.

L'Ente può essere esonerato dalla responsabilità solo se l'organo dirigente ha affidato il compito di adottare il prescritto modello di organizzazione ad un Organismo di Vigilanza.

L'Organismo di Vigilanza deve possedere i seguenti requisiti per poter svolgere correttamente il compito affidatogli: **autonomia, indipendenza, professionalità e continuità d'azione.**

L'Organismo di Vigilanza non dev'essere condizionato nell'operato dal management; quindi non deve dipendere gerarchicamente dall'organo amministrativo; i componenti devono possedere competenze aziendalistiche e giuridiche.

Nel caso di Società di medio-grandi dimensioni l'Organismo di Vigilanza può essere individuato, ove esistente:

- nel Comitato di Controllo Interno;
- nell'Amministratore/i non esecutivo ed indipendente;
- nel Collegio Sindacale;
- nell'Internal Auditing (parte della dottrina è contraria a tali ultime due ipotesi).

Nel caso di piccole realtà è opportuno che l'Organismo di Vigilanza sia rappresentato da Soggetti Esterni, come è il caso dei Professionisti.

L'Organismo di Vigilanza può essere costituito anche da una sola persona dotata di autonomia e professionalità, che, nell'espletamento dell'incarico, conservi documentazione dell'attività svolta e dei controlli eseguiti.

Giurisprudenza e Casi.

Come già detto, il Legislatore ha individuato, nell'adozione del Modello di Organizzazione, l'unica causa di esonero da responsabilità dell'Ente.

In mancanza di questo Modello, i Magistrati hanno più volte attribuito all'Ente, la responsabilità amministrativa regolata dal D.Lgs. 231/2001, come di seguito riportato.

La Corte d'Appello di Torino con Sentenza del dicembre 2007 ha previsto la responsabilità della Società, anche in relazione alla mancata adozione del modello organizzativo di cui al D.Lgs. 231/2001 e nella fattispecie per il reato di Abuso di Mercato.

Con Sentenza 13 febbraio 2008 n. 1774, il Tribunale di Milano ha previsto la responsabilità della Società, concorrente con l'amministratore delegato, per "mala gestio" per non aver adottato i modelli organizzativi previsti dal D.Lgs. 231/2001.

La Corte di Cassazione, con la Sentenza/Ordinanza 41488 del 2009, ha ricondotto la frode fiscale al reato di truffa aggravata ai danni dello Stato, previsto tra i reati che generano responsabilità amministrativa dell'Ente, per il mancato rispetto del D. Lgs. 231/2001.

In data 17 novembre 2009 il G.I.P. di Milano ha prosciolto da responsabilità penale la Società che ha adottato il modello organizzativo previsto dal D.Lgs. 231/2001.

Con Sentenza 11 gennaio 2010 il Tribunale di Trani ha precisato che in caso di modello già esistente e aggiornato per i reati a tutela dei lavoratori, costituisce grave lacuna la mancata previsione di una specifica disciplina che rilevi i rischi anche per i lavoratori di altre imprese che entrino in contatto con la Società.

Conclusioni.

Ci si è più volte soffermati sulla utilità e necessità di adottare il Modello Organizzativo con l'istituzione di un Organismo di Vigilanza anche esterno all'Ente.

I vantaggi sono essenzialmente legati, in primo luogo a far preconstituire in capo all'Ente una causa di non imputabilità, ed in secondo luogo per verificare l'organizzazione produttiva e gestionale della Società nel suo insieme.

Non è da escludere che in mancanza dell'adozione del Modello Organizzativo, i Soci possano ricorrere ad eventuali azioni di responsabilità verso l'organo esecutivo (ad esempio il Consiglio di Amministrazione o Amministratore Unico).

A parere di chi scrive converrebbe rispettare il D.Lgs. 231/2001, proprio in virtù del fatto che il Legislatore ha mostrato interesse e sensibilità nella materia, ampliando in più casi le fattispecie previste dalla disciplina (la Sicurezza sui Luoghi di Lavoro e i Reati Societari ne sono degli esempi), ed i Magistrati, dall'altra parte, hanno più volte sanzionato le Società che non hanno rispettato il D.Lgs. 231/2001.

Si tratta quindi di una materia molto "sentita" a cui viene posta particolare attenzione, sia da parte del Legislatore, sia da parte degli Organi preposti al controllo, sia da parte di chi deve giudicare la sussistenza o meno di quanto previsto dalla normativa.

La Giurisprudenza applicata in senso favorevole alla normativa lascia pochi spazi di manovra per gli Enti che non adottano quanto prescritto dal predetto decreto.

Il Modello Organizzativo e di Gestione dei Rischi dev'essere redatto su misura ed esclusivamente per quel determinato Ente destinatario, in base alla conformazione societaria e di governance, non potendosi impiegare un modello fac-simile per più Enti.

L'Organismo di Vigilanza deve assumere un compito continuativo di verifica e controllo sulla corretta adozione del Modello Organizzativo, dovendo apportare, ogni qualvolta se ne rilevi la necessità per rilevazione di ulteriori rischi o modifiche nella normativa, tutte quelle variazioni che si ritengono utili al fine di scongiurare la responsabilità amministrativa.

Va segnalato per finire, che il comma 6 dell'art. 30 del D.Lgs. 81/2008 (Sicurezza sui Luoghi di Lavoro) prevede tra i Finanziamenti, la predisposizione del Modello Organizzativo per le imprese fino a 50 dipendenti, rifacendosi a quanto previsto dall'art. 11 dello stesso D.Lgs. 81/2008 per le micro, piccole e medie imprese.