

Pirola
Pennuto
Zei
& Associati

studio di consulenza
tributaria e legale

LA RESPONSABILITÀ DELLE PERSONE GIURIDICHE

(Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231)

1 | Genesi e natura giuridica della responsabilità ex D.Lgs. 231/2001

Con l'emanazione del Decreto Legislativo 8 giugno 2001 n. 231, recante "Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300" (nel seguito, per brevità, il "D.Lgs 231/2001") il Legislatore italiano ha introdotto, per la prima volta nel nostro ordinamento, la responsabilità amministrativa degli enti.

Il D.Lgs. 231/2001 si inserisce in un ampio processo legislativo di lotta alla corruzione ed ha adeguato la normativa italiana in materia di responsabilità delle persone giuridiche ad alcune Convenzioni Internazionali precedentemente sottoscritte dall'Italia.

La normativa in esame stabilisce un regime di responsabilità amministrativa - equiparabile, sostanzialmente, alla responsabilità penale - a carico delle persone giuridiche che va ad aggiungersi alla responsabilità della persona fisica che ha compiuto materialmente il singolo reato e che mira a coinvolgere, nella punizione dello stesso, gli enti nel cui interesse o vantaggio tale reato è stato compiuto.

In considerazione, infatti, delle sanzioni previste dalla normativa in commento e del fatto che tale responsabilità è accertata attraverso un vero e proprio giudizio penale, con l'osservanza di tutte le formalità e della procedura del rito, si ritiene che la responsabilità, pur definita come amministrativa, sia nella sostanza penale.

2 | Ambito di applicazione soggettivo

Sono soggetti alla disciplina del D.Lgs. 231/2001 gli enti con personalità giuridica, le società di persone e di capitali e le associazioni, anche se prive di personalità giuridica (art. 1 del D.Lgs. 231/2001).

Sono, inoltre, soggetti alla normativa in esame gli enti che hanno sede principale nel territorio dello Stato per i reati commessi all'estero, a condizione che nei confronti di tali enti non proceda lo Stato del luogo in cui è stato commesso il fatto criminoso e purché siano rispettate le condizioni previste dagli articoli 7, 8, 9 e 10 del Codice Penale.

Risultano, invece, estranei all'applicazione soggettiva del D.Lgs. 231/2001 lo Stato, gli enti territoriali (Regioni, Province e Comuni), gli enti pubblici non economici (come ACI, CRI) e gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale (come i Sindacati e i Partiti Politici).

3 | Presupposti della responsabilità amministrativa degli enti

Affinché sorga la responsabilità in capo all'ente, è necessaria la ricorrenza delle condizioni previste dal D.Lgs. 231/2001. Tali condizioni sono:

1. la commissione dei reati espressamente previsti dal D.Lgs. 231/2001,
2. la responsabilità penale di almeno una persona inserita nell'organizzazione dell'ente,
3. l'"interesse" o il "vantaggio" dell'ente e
4. la mancata adozione ed applicazione di modelli organizzativi idonei alla prevenzione dei reati.

3.1 | La commissione di uno specifico reato

La responsabilità può sorgere solo ove sia commesso uno dei reati espressamente previsti dalla legge.

Le categorie dei reati c.d. presupposto sono diverse e sono state integrate ed ampliate dal 2001 ad oggi progressivamente. In particolare, le fattispecie rilevanti sono attualmente costituite dai reati contro la pubblica amministrazione - quali, ad esempio: l'istigazione alla corruzione, la truffa ai danni dello Stato o altro ente pubblico, la malversazione a danno dello Stato, l'indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato o della Comunità Europea, la frode informatica a danno dello Stato, la concussione, la corruzione, la truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche, il traffico di influenze illecite, ecc. - da alcuni reati di falso - come la falsità in monete, in carte di pubblico credito e in valori di bollo, l'uso di valori bollati contraffatti, la contraffazione, alterazione o uso di marchi o segni distintivi, l'introduzione nello Stato di prodotti con segni falsi - dai c.d. reati societari - quali le false comunicazioni sociali, la formazione fittizia del capitale, l'indebita restituzione dei conferimenti, le illecite operazioni sulle azioni o quote sociali o della società controllante, l'illegale ripartizione degli utili e delle riserve, le operazioni in pregiudizio dei creditori, l'indebita ripartizione dei beni sociali da parte dei liquidatori, l'illecita influenza sull'assemblea, l'aggiotaggio, l'ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza, la corruzione tra privati, ecc. - dai delitti di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico previsti dal Codice Penale e dalle leggi speciali, dai reati contro la personalità - quali la riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù, la prostituzione minorile, la pornografia minorile, la detenzione di materiale pornografico, le iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile, la tratta di persone, l'acquisto e alienazione di schiavi, l'intermediazione illecita e lo sfruttamento del lavoro, ecc. - dai reati di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato, dai

reati di ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, dai reati di omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro, dai delitti informatici e trattamento illecito di dati - quali l'accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico, l'intercettazione, impedimento o interruzione illecita di comunicazioni informatiche o telematiche, ecc. - dai delitti contro l'industria e il commercio - come l'illecita concorrenza con minaccia o violenza, la frode nell'esercizio del commercio, la vendita di sostanze alimentari non genuine come genuine, ecc. - dai delitti in materia di violazione del diritto d'autore, dai delitti di criminalità organizzata e dai reati ambientali.

Data la brevità della presente trattazione, pur meritando tutti i reati un approfondimento, si pone l'attenzione solo sui reati di omicidio e lesioni colpose derivanti dalla violazione delle norme sulla sicurezza e igiene sul lavoro, per due principali questioni.

In primo luogo, l'inclusione di tali reati, che è stata dettata dalla necessità di porre un freno ai numerosissimi infortuni sul lavoro e alle morti che si sono susseguite con periodicità allarmante, ha comportato un'estensione della platea dei soggetti interessati dal D.Lgs. 231/2001.

In secondo luogo, la responsabilità amministrativa viene ipotizzata come conseguenza della commissione di un reato colposo, e non più solamente doloso.

Da ultimo, è necessario rilevare che, in conformità alle previsioni della Legge Delega, il Legislatore amplierà le ipotesi di reato presupposto della responsabilità. Ad esempio, è attualmente al vaglio del Legislatore la decisione di introdurre i reati di tutela dell'incolumità pubblica (Titolo VI, Libro II, c.p.). È da tenere presente, che l'art. 26 del D.Lgs. 231/2001, dettato in tema di delitti tentati, prevede esplicitamente che: "(1) Le

sanzioni pecuniarie e interdittive sono ridotte da un terzo alla metà in relazione alla commissione, nelle forme del tentativo, dei delitti indicati nel presente capo del decreto. (2) L'ente non risponde quando volontariamente impedisce il compimento dell'azione o la realizzazione dell'evento".

3.2 | La responsabilità di una persona inserita nell'organizzazione dell'ente

Perché possa sussistere la responsabilità in commento è necessario che i reati sopra descritti siano commessi da persone che rivestono posizioni di vertice - rappresentanza, amministrazione o direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale o persone che esercitano, di fatto, la gestione ed il controllo, i Soggetti Apicali - o da persone fisiche sottoposte alla direzione o vigilanza di uno dei Soggetti Apicali - i Soggetti Sottoposti.

A questo proposito, giova rammentare che, secondo gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali formati sull'argomento, non parrebbe necessario che i Soggetti Sottoposti abbiano con l'ente un rapporto di lavoro subordinato. Appare, quindi, più opportuno fare riferimento alla nozione di "soggetti appartenenti all'ente", ricomprendendo in tale nozione anche quei prestatori di lavoro che, pur non essendo dipendenti dell'ente, abbiano con esso un rapporto tale da far ritenere sussistere un obbligo di vigilanza da parte dei vertici dell'ente medesimo.

Non rientrano, invece, tra i soggetti previsti come possibili autori dei reati espressamente richiamati dal D.Lgs. 231/2001 i sindaci, in quanto hanno solo il controllo, ma non la gestione, dell'ente.

Da ultimo, è necessario ricordare che nell'ambito del D.Lgs. 231/2001 vige il principio dell'autonomia della responsabilità dell'ente: infatti, la responsabilità dell'ente sussiste anche quando l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile, oppure quando il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia.

3.3 | L'interesse o il vantaggio dell'ente

Un altro presupposto perché possa sorgere una responsabilità in capo all'ente è che il reato sia stato commesso nel "interesse" o a "vantaggio" dell'ente.

In merito, va tenuto in considerazione che l'interesse viene definito come la semplice "intenzione" psicologica dell'autore del reato, valutabile *ex ante* dal giudice. Per vantaggio, invece, deve essere inteso qualunque beneficio derivante dal reato commesso, valutabile *ex post* dall'autorità giudiziaria.

Ne risulta che, anche qualora uno dei reati tipici previsti dalla normativa in commento ed elencati al punto 3.1 sia posto in essere da uno dei soggetti di cui al punto 3.2, ma l'ente non ne abbia avuto alcun interesse o vantaggio, la responsabilità dovrà ritenersi esclusa.

3.4 | La mancata adozione del modello organizzativo

Sussisterà la responsabilità amministrativa laddove l'ente non dimostri di aver adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione e di gestione idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

Pur, infatti, non imponendo la normativa in commento l'obbligatorietà di implementare il modello organizzativo, la responsabilità dell'ente potrà escludersi solo ove, verificandosi un reato tipico e verificandosi i presupposti di cui ai precedenti paragrafi, fosse stato, comunque, adottato ed applicato efficacemente il modello.

4 | Sanzioni previste

Le sanzioni che possono essere comminate all'ente, qualora ne sia accertata la responsabilità, sono di quattro diversi tipi:

- Pecuniarie;
- Interdittive;
- Confisca;
- Pubblicazione della sentenza di condanna.

Fra le misure di tipo interdittivo rientrano: (i) la sospensione o la revoca di autorizzazioni, licenze, concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; (ii) il divieto di contrattare con la Pubblica Amministrazione; (iii) l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi ed eventuale revoca di quelli già concessi; (iv) il divieto di pubblicizzare beni o servizi; (v) l'interdizione dall'esercizio dell'attività.

Le sanzioni pecuniarie trovano sempre applicazione quando l'ente sia stato condannato; diversamente le sanzioni interdittive trovano applicazione in relazione ai reati per i quali siano espressamente previste e quando l'ente abbia tratto dal reato rilevanti profitti oppure quando il reato sia stato commesso da soggetti in posizione apicale o, se in posizione sottoposta, in conseguenza di gravi carenze organizzative, oppure, ancora, nel caso di reiterazione del reato.

Nei casi più gravi, ove le altre sanzioni interdittive risultassero inadeguate a giudizio del giudice, la legge prevede che possa essere disposta addirittura l'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività.

5 | Accertamento processuale della responsabilità e pubblicità dei provvedimenti

Nel caso in cui il Pubblico Ministero, nell'ambito delle proprie indagini, ritenesse sussistenti i presupposti della responsabilità ex D.Lgs. 231/2001, l'ente verrebbe rinviato a giudizio nel processo penale e sarebbe sottoposto all'esame dello stesso giudice penale che è chiamato a verificare e punire i reati commessi dalle persone fisiche sopra ricordate. Esiste, peraltro, un sistema di pubblicità delle vicende che riguardano gli enti.

Infatti, per gli enti condannati a sanzioni amministrative è stata istituita, presso il Casellario Giudiziario Centrale, l'anagrafe nazionale delle sanzioni amministrative degli enti.

Il Giudice può disporre la pubblicazione della sentenza di condanna su una o più testate giornalistiche, nel caso in cui l'ente sia stato condannato ad una sanzione interdittiva. Infine, i provvedimenti giudiziari con i quali vengono semplicemente contestati all'ente l'illecito amministrativo dipendente da reato (o ogni altro provvedimento giudiziario che decide sulla contestazione dell'illecito ed emesso nelle fasi o gradi successivi del giudizio) viene iscritto presso l'anagrafe dei carichi pendenti degli illeciti amministrativi.

In tale anagrafe, che svolge funzioni di pubblicità simili a quelle svolte dal Casellario Giudiziario per le persone fisiche, sono iscritte le sentenze ed i decreti che hanno applicato agli enti sanzioni amministrative dipendenti da reato. Tali informazioni rimangono iscritte nell'anagrafe per un periodo di cinque anni, che decorre dal giorno in cui ha avuto esecuzione la sanzione pecuniaria, ovvero di dieci anni dal giorno di esecuzione di una sanzione diversa da quella pecuniaria.

6 | Esonero da responsabilità e modelli di organizzazione

Il D.Lgs. 231/2001 ha introdotto la possibilità per l'ente di essere esente dalla responsabilità amministrativa in presenza di determinati e specifici presupposti.

L'art. 6 del D.Lgs. 231/2001 richiede che l'ente dimostri:

- a) di aver adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati e capaci di:
 - individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati;
 - prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire;
 - individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati;
 - prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo che vigila sul funzionamento e l'osservanza dei modelli;
 - introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello;
- b) di aver vigilato sull'effettiva operatività dei modelli e sulla loro osservanza. Specificamente preposta a tale scopo è la previsione normativa che impone che l'ente nomini l'Organismo di Vigilanza o OdV, espressamente preposto a questi compiti;
- c) che il comportamento integrante il reato è stato attuato dai singoli soggetti eludendo fraudolentemente i suddetti modelli di organizzazione e di gestione;

d) che non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'Organismo di Vigilanza.

Con specifico riferimento ai modelli organizzativi, il D. Lgs. 231/2001 prevede che questi ultimi possano essere adottati sulla base di codici di comportamento redatti da associazioni rappresentative di categoria.

Tra le linee guida più rilevanti e maggiormente seguite dagli operatori di diritto e dagli enti vi sono quelle di Confindustria, predisposte, una prima volta, il 7 marzo 2002, aggiornate il 24 maggio 2004 e, in ragione del mutato quadro normativo, ulteriormente emanate lo scorso 31 marzo 2008.

7 | In particolare, l'Organismo di Vigilanza

L'individuazione dei componenti dell'Organismo di Vigilanza (OdV) costituisce una fase importante e delicata nella predisposizione dei modelli organizzativi.

I membri dell'OdV devono possedere le seguenti caratteristiche:

- autonomia e indipendenza. I requisiti di autonomia e indipendenza sono fondamentali e presuppongono che l'OdV non sia direttamente coinvolto nelle attività gestionali oggetto della sua attività di controllo;
- professionalità. L'OdV deve possedere, al suo interno, competenze tecnico-professionali adeguate alle funzioni

che è chiamato a svolgere, nonché un bagaglio di strumenti, conoscenze e tecniche per poter efficacemente svolgere la propria attività. Tali caratteristiche, unite all'indipendenza, garantiscono l'obiettività di giudizio;

- continuità d'azione. L'OdV deve svolgere in modo continuativo le attività necessarie per la vigilanza del modello organizzativo con adeguato impegno e con i necessari poteri di indagine; esso è una struttura riferibile all'ente, in modo da garantire la dovuta continuità nell'attività di vigilanza; cura l'attuazione del modello organizzativo, assicurandone il costante aggiornamento; non svolge mansioni operative che possano condizionare e contaminare quella visione d'insieme sull'attività aziendale che ad esso si richiede.

Da quanto sopra, discende che:

- in linea generale, deve evitarsi ogni "commistione tra il ruolo di vigilanza e un ruolo di amministrazione attiva" che si realizza, per esempio, con la nomina nell'OdV di amministratori esecutivi o di altri soggetti con "compiti operativi";
- le attività poste in essere dall'OdV non possono essere sindacate da alcun altro organismo o struttura aziendale;
- l'OdV deve poter colloquiare alla pari, senza vincoli di subordinazione gerarchica, anche con i vertici dell'ente;
- il pagamento di un compenso alla persona, interna o esterna alla società, che ricopre la carica di membro dell'OdV non costituisce una causa di dipendenza;
- per poter dare la garanzia di efficace e costante attuazione di un modello organizzativo, soprattutto nelle aziende di grandi e medie dimensioni, si rende necessaria la presenza di una struttura dedicata esclusivamente ed a tempo pieno all'attività di vigilanza sul modello, priva di mansioni operative o, comunque, in grado di assicurare una continuità di azione;
- la durata dell'incarico dei membri dell'OdV potrà essere a tempo indeterminato o determinato, anche se è preferibile

la "temporaneità" dell'incarico;

- le ipotesi di revoca dei componenti dell'OdV devono essere tassativamente predeterminate, onde evitare contingenti strumentalizzazioni;
- è opportuno che l'OdV si doti di un regolamento al fine di disciplinare le proprie attività e che possa disporre di una dotazione adeguata di risorse finanziarie per ogni esigenza necessaria al corretto svolgimento dei compiti.

L'insieme delle caratteristiche e dei principi sopra individuati porta necessariamente a ritenere estremamente delicata la fase di identificazione ed individuazione di coloro che, a buon diritto, possono essere chiamati a comporre l'OdV.

Tale valutazione non potrà prescindere da un'attenta analisi dello specifico contesto aziendale nel quale esso dovrà operare, opportunamente escludendo qualsiasi soggetto che possa, per la posizione all'interno della società, porre in essere o favorire uno degli illeciti rilevanti.

8 | L'attività del consulente legale

Nell'ottica di "moralizzazione" dell'impresa perseguita dal Legislatore, costituisce occasione e motivo di crescita per l'impresa stessa adeguarsi alla normativa sulla responsabilità amministrativa, implementando modelli organizzativi che rendano più efficienti e trasparenti le procedure interne, riducendo, nel contempo, al minimo il rischio di perpetrazione delle ipotesi criminose previste dal D.Lgs. 231/2001 da parte di soggetti facenti parte dell'organizzazione aziendale e garantendo, quindi, all'ente l'esimente dalla responsabilità amministrativa.

In tal senso, un ruolo fondamentale assume il consulente legale, il quale si presenta come il soggetto deputato allo

svolgimento delle attività volte alla disamina della situazione in cui la società opera e alla predisposizione ed implementazione di idonei modelli organizzativi.

Ciò avviene attraverso una complessa attività che può riassumersi nelle seguenti fasi di lavoro.

- “as-is analysis”, attuata sia attraverso il previo esame della documentazione aziendale rilevante, sia attraverso una serie di interviste e colloqui con i soggetti chiave nell’ambito della struttura aziendale. L’obiettivo di questa fase è duplice: da un lato, identificare in quali aree e per quali settori di attività si possono realizzare i reati previsti dal D.Lgs. 231/2001; dall’altro, l’analisi delle aree/settori a rischio reato è prodromica rispetto alla successiva valutazione delle modalità in cui i reati si possono concretamente perpetrare al loro interno;
- “gap analysis”, nel corso della quale vengono individuate le azioni finalizzate all’introduzione o all’integrazione del sistema di controllo interno che migliorano i requisiti organizzativi, essenziali per la definizione dello specifico modello organizzativo. In questa fase, il sistema dei controlli preventivi già esistenti nella Società è valutato dal consulente legale alla luce della diversa tipologia dei reati previsti dal D. Lgs. 231/2001. Così, nel caso di reati dolosi, deve essere valutata la possibilità di aggirare i controlli con comportamenti fraudolenti ed intenzionali e volti a consumare l’evento illecito; nel caso di reati colposi, invece, siccome incompatibili con l’intenzionalità dell’agente, è necessario valutare la possibilità di comportamenti in violazione dei controlli, nonostante la puntuale osservanza degli obblighi di vigilanza da parte dell’Organismo di Vigilanza, pur se non accompagnati dalla volontà dell’evento.
- individuazione dei criteri per la scelta di un organismo di

vigilanza, interno o esterno all’impresa, dotato delle funzioni necessarie al fine di vigilare sull’efficacia, l’adeguatezza e l’osservanza del modello organizzativo;

- redazione o adeguamento del codice etico;
- predisposizione, se necessario, di un adeguato sistema disciplinare.

È opportuno che, implementando tutte le attività previste per dare piena attuazione alle previsioni del D.Lgs. 231/2001 tramite l’adozione del modello organizzativo, tutte le società approfittino dell’esperienza che i consulenti legali possono offrire in questa materia, costituendo l’adeguamento alla normativa un’occasione per ripensare alla propria organizzazione interna.

9 | Lo Studio Pirola Pennuto Zei & Associati

In tale attività, lo Studio Pirola Pennuto Zei & Associati ha maturato un’importante esperienza nell’elaborazione di modelli organizzativi, potendo vantare la partecipazione in importanti progetti svolti in favore di società, sia a livello nazionale che internazionale.

L’esperienza maturata dai professionisti dello Studio è tale da garantire la predisposizione di un modello organizzativo che sia, al contempo, idoneo a garantire alla società di fruire dell’esimente dalla responsabilità amministrativa prevista dal D.Lgs. 231/2001, rispettando tutti i principi elaborati dalla giurisprudenza, dalle linee guida di settore e dalla migliore dottrina e tale da permearsi ed inserirsi nel contesto aziendale nel quale esso è chiamato ad operare nel rispetto della funzionalità della società.

Pirola Pennuto Zei & Associati

studio di consulenza
tributaria e legale

Milano

Via Vittor Pisani, 20
20124 Milano
Tel. +39 02 669951
Fax +39 02 6691800

Torino

Via Bertola, 34
10122 Torino
Tel. +39 011 5743611
Fax +39 011 5627062

Bologna

Via delle Lame, 109
40122 Bologna
Tel. +39 051 526711
Fax +39 051 526790

Napoli

Riviera di Chiaia, 256
80121 Napoli
Tel. +39 081 0150601
Fax. +39 081 0150150

Parma

Viale Mentana, 27
43121 Parma
Tel. +39 0521 271254
Fax +39 0521 798187

Roma

Viale Castro Pretorio, 122
00185 Roma
Tel. +39 06 570281
Fax +39 06 570282600

Padova

Corso Milano, 26
35139 Padova
Tel. +39 049 8249411
Fax +39 049 8756077

Brescia

Via Cefalonia, 70
25124 Brescia
Tel. +39 030 2219611
Fax +39 030 2219610

Verona

Via Belgio, 12
37135 Verona
Tel. +39 045 8092511
Fax +39 045 8015627

Firenze

Viale Don Minzoni, 1
50129 Firenze
Tel. +39 055 5326811
Fax +39 055 5326890

Londra

5th floor, Aldermay House
10-15 Queen Street
EC4N 1TX London (UK)
Tel. +44 207 2139250
Fax +44 207 2139299

Shanghai

Room 3003, Tower 1
Jing An Kerry Centre
1515 Nanjing Rd West
200040 Shanghai China
Tel. +86 21 52854580
Fax +86 21 52728433

Pechino

Unit 2003, Full Tower
9 DongSanHuan Zhong Lu
Chaoyang District
100020 Beijing China
Tel. +86 10 85911506
Fax +86 10 85911508

Hong Kong

Unit B, 17/F Wyndham Place,
44 Wyndham Street
Central, Hong Kong
Tel. +852 39533038
Fax +852 36942012